

La participación en el capital social

**como modalidad de ayuda
pública a las empresas**

José Antonio Rodríguez Miguez

Escola Galega de Administración Pública

Santiago de Compostela 2002

Edita: ESCOLA GALEGA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (EGAP)
Rúa de Madrid, 2 - 4, Polígono das Fontiñas
15707 Santiago de Compostela

Diseño gráfico: uqui |||| cebra

Imprime: Galigraf

Depósito legal: C-51-2003

ISBN: 84-453-3457-3

A grayscale photograph of a hand holding a stack of papers. A circular cutout in the papers reveals a dark, textured interior. The lighting is soft, creating gentle shadows and highlights on the paper's edges.

La participación en el capital social

**como modalidad de ayuda
pública a las empresas**

José Antonio Rodríguez Miguez

Para Marta y Candela

ÍNDICE

PRÓLOGO.....	15
INTRODUCCIÓN	19
ABREVIATURAS.....	25
PARTE PRIMERA. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y REGLAS DE PROCEDIMIENTO	31
CAPÍTULO I: AYUDAS DE ESTADO Y PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL	33
1. Planteamiento general	33
2. El concepto de ayuda en el comercio internacional	36
3. El concepto de ayuda en el Derecho comunitario de la competencia ..	48
3.1. Tratado CECA y Tratado CEE: de la prohibición absoluta a la incompatibilidad relativa	51
3.2. El denominado test de la compatibilidad	62
3.3. El carácter de ventaja como elemento esencial de la noción de ayuda	65
3.4. Ayudas de Estado y servicio público	67
4. La irrelevancia de la forma	70
5. El progresivo tratamiento por la Comisión de las participaciones públicas en el capital de las empresas	74
5.1. Primeros planteamientos	76
5.2. Los principios de neutralidad y de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas	78
5.3. La directiva sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas	82
5.4. El reconocimiento de la participación en el capital en el ámbito de la CECA y de la construcción naval	86
5.5. Las primeras decisiones negativas de la Comisión sobre la participación en el capital	87
5.6. La Comunicación de la Comisión de 1984 sobre la participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas	89
5.7. La Comunicación de la Comisión sobre las empresas públicas del sector de fabricación	90
6. El reconocimiento por la jurisprudencia de las participaciones públicas en el capital	92

CAPÍTULO II: CONCEPTO Y MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL	97
1. El concepto de participación en el capital en el ámbito de la regulación comunitaria sobre ayudas estatales	97
1.1 Consideraciones generales sobre el Derecho europeo de sociedades	97
1.2. La noción de participación en capital	104
1.3. El contenido de la aportación	107
1.4. Las distintas acepciones del término capital: el problema de la determinación de los recursos propios	111
1.5. El concepto de participación en el capital como potencial ayuda de Estado	120
2. Modalidades de participación en el capital que pueden contener elementos de ayuda de Estado	125
2.1. Aportaciones que afectan a la cifra de capital social	125
2.1.1. La aportación inicial o fundacional: la sucesión de empresa	126
2.1.2. Las aportaciones de capital durante la vida de la sociedad	133
2.2. Aportaciones que no afectan a la cifra de capital social	145
2.3. Las denominadas aportaciones negativas	159
2.4. La suscripción de híbridos financieros	160
 CAPÍTULO III: PROCEDIMIENTO DE CONTROL	 181
1. Los procedimientos de control de las subvenciones en el comercio internacional: las reglas de la OMC	181
1.1. Subvenciones prohibidas	183
1.2. Subvenciones recurribles	185
1.3. Subvenciones no recurribles	186
1.4. La imposición de medidas compensatorias y su revisión judicial	191
2. Los procedimientos de control de las ayudas estatales en el Derecho comunitario	195
2.1. Las reglas de procedimiento en los ámbitos del carbón y del acero	196
2.2. Las reglas de procedimiento aplicables a las ayudas sometidas al Tratado CE	197
2.2.1. Las previsiones del Reglamento (CE) n° 994/98, sobre exenciones por categorías y regla de mínimos	200
2.2.2. El Reglamento (CE) n° 659/99, de procedimiento	202

2.3. El control jurisdiccional de las ayudas estatales	258
2.3.1. Procedimientos contenciosos ante los tribunales comunitarios	259
2.3.2. La intervención de los tribunales nacionales	270

PARTE SEGUNDA. EL TEST DE LA COMPATIBILIDAD Y LAS APORTACIONES

PÚBLICAS DE CAPITAL	275
----------------------------------	------------

CAPÍTULO IV: EL ORIGEN ESTATAL DE LA APORTACIÓN DE CAPITAL

1. Consideraciones introductorias	277
2. El origen estatal de las subvenciones en el ámbito del comercio internacional	278
3. El carácter estatal de las ayudas en el Derecho comunitario	280
3.1. El concedente de la ayuda: la interpretación extensiva de la noción de Estado	281
3.2. La noción amplia de fondos estatales	289
3.3. La doble necesidad de que las ayudas sean estatales y de que se financien mediante recursos públicos	293
4. La práctica comunitaria sobre participaciones públicas en el capital	300
4.1. La aportación de capital directamente estatal	301
4.2. Las aportaciones de capital indirectamente estatales	305
4.2.1. Entidades especializadas en la gestión de ayudas	306
4.2.2. Las sociedades de reconversión industrial	311
4.2.3. Las sociedades y holdings públicos	317
4.2.4. Las entidades públicas de crédito: las cajas de ahorro	326
4.2.5. Las sociedades y fondos de capital riesgo	333
4.2.6. Los fondos de garantía de depósitos	341

CAPÍTULO V: LA APORTACIÓN DE CAPITAL COMO BENEFICIO

ECONÓMICO INJUSTIFICADO	355
1. Consideraciones iniciales	355
2. La determinación del carácter de ventaja en las aportaciones de capital público en el comercio internacional	357
2.1. El estado de la cuestión en el marco del GATT de 1947 y del ASMC de 1979	358
2.2. La nueva situación creada tras la aprobación del ASMC de 1994	362
3. El principio del inversor privado en una economía de mercado aplicado en el Derecho comunitario	370

3.1. El principio del inversor privado en las normas y documentos	374
3.2. La práctica comunitaria sobre la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado a las aportaciones de capital	391
3.2.1. La participación de inversores privados	393
3.2.2. La existencia de cotización en un mercado oficial	405
3.2.3. La determinación de la rentabilidad probable de la inversión	410
3.3. La cuantificación de la ayuda aportada en forma de participación en el capital	437
4. Las críticas al principio del inversor privado en una economía de mercado	441

CAPÍTULO VI: LAS CONDICIONES DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS

AYUDAS Y SUBVENCIONES	445
1. Planteamiento	445
2. La especificidad de las subvenciones en el comercio internacional	445
3. Las denominadas condiciones de la incompatibilidad de las ayudas estatales en el Derecho comunitario	448
3.1. El favorecimiento de determinadas empresas o producciones	450
3.1.1. El beneficiario de la ayuda	451
3.1.2. La selectividad de la medida: la distinción entre ayudas de Estado y medidas de carácter general	462
3.2. Los efectos de la ayuda	477
3.2.1. La afectación de los intercambios comerciales intracomunitarios	480
3.2.2. El falseamiento de la competencia	488
3.3. Las ayudas de importancia menor y la regla de <i>minimis</i>	495

CAPÍTULO VII: LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE INCOMPATIBILIDAD

EN LOS CASOS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL	503
1. Las excepciones al régimen general de incompatibilidad	503
2. Las ayudas compatibles <i>de iure</i>	506
3. Las ayudas que pueden ser declaradas compatibles con el mercado común	510
3.1. Ayudas regionales	513

3.2. Ayudas para el fomento de proyectos de interés común europeo	525
3.3. Ayudas para remediar una grave perturbación en la economía de los Estados miembros	528
3.4. Ayudas sectoriales	535
3.5. Ayudas horizontales: las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis	539
3.5.1. Concepto de empresa en crisis	544
3.5.2. La distinción entre salvamento y reestructuración	546
3.5.3. Las condiciones de la compatibilidad	548
3.5.4. Principio de ayuda única	564
3.6. La excepción cultural	566
3.7. Las ayudas autorizadas por el Consejo	569
SENTENCIAS Y DECISIONES	573
1. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE)	573
2. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia (STPI)	578
3. Decisiones de la Comisión	581
PÁGINAS DE INTERNET	593
1. Organismos internacionales	593
2. Administración Federal norteamericana	594
3. Unión Europea	595
4. España	597
BIBLIOGRAFÍA	599
1. Artículos, capítulos de libros y conferencias	599
2. Obras generales y monografías	622

Domingo Bello Janeiro

*Director de la Escola Galega de Administración Pública
Catedrático de Derecho Civil*

Manuel Areán Lalín

*Catedrático de Derecho Mercantil de la
Universidad de A Coruña*

PRÓLOGO

El libro que nos honramos en prologar, constituye el resultado de una seria y rigurosa investigación dirigida e impulsada por el profesor Dr. D. Manuel Areán Lalín, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña, y defendida por su autor como tesis doctoral el 8 de marzo de 2002, ante un Tribunal integrado por los cinco catedráticos de la misma disciplina, D. Carlos Fernández-Nóvoa, D. Luis Suárez-Llanos, D. Carlos Lema Devesa, D. José Luis Río Barro y D. Anxo Tato Plaza, que por unanimidad le otorgaron la máxima calificación.

Su autor, el Dr. José Antonio Rodríguez Miguez, es funcionario del Cuerpo Superior de la Xunta de Galicia, lo que constituye para la EGAP motivo de especial satisfacción por el espíritu de superación y perfeccionamiento del personal al servicio de nuestra Administración Autónoma que en el mismo se pone de manifiesto.

Esta condición de funcionario público en activo le ha permitido, sin duda, aunar su ya rica experiencia práctica, vinculada básicamente a los servicios técnico-jurídicos de diversas consellerías, con la labor investigadora y docente que también ha desempeñado como profesor asociado y colaborador de diversos cursos y masters organizados por la

propia EGAP, las universidades de A Coruña, Santiago y Vigo o el Instituto Galego de Consumo, labor que ha sido posible gracias a la vinculación del Dr. Rodríguez Miguez con la prestigiosa Escuela Gallega del Derecho de la Competencia y de la Propiedad Industrial e Intelectual, creada en torno al magisterio del profesor Fernández-Nóvoa y al Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago, actualmente dirigido por el también catedrático de Derecho Mercantil de dicha Universidad, el profesor Dr. D. José Antonio Gómez Segade; los dos, distinguidos por la Xunta de Galicia con el Premio Eugenio Montero-Ríos de Ciencias Sociales en su primera y última convocatoria respectivamente.

En el seno de esta Escuela y con el apoyo de su órgano periódico de expresión mundialmente reconocido, las *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, José Antonio Rodríguez Miguez ha podido profundizar en un campo de investigación especialmente fértil y complejo como es el Derecho de Defensa de la Competencia; el cual constituye hoy también motivo de preocupación inmediata para nuestra Administración, tras la STC 208/99, de 11 de noviembre, que declaró la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, reconociendo a las Comunidades Autónomas importantes competencias en una materia antes reservada a la Administración General del Estado. En efecto, al amparo de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia, ya han comenzado a aflorar organismos autonómicos como el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia y la Dirección General de Defensa de la Competència de la Generalitat de Cataluña, que muy pronto confiamos encuentren adecuada correlación en la Administración autonómica gallega.

Del libro que ahora se presenta, hay que destacar su singular importancia práctica tanto desde el punto de vista de las Administraciones Públicas como de las propias empresas, por cuanto aborda la poliédrica cuestión de las ayudas públicas desde una triple perspectiva: la internacional de los acuerdos GATT, la comunitaria europea de extraordinario interés, y la de nuestro Derecho interno mas bien pobre hasta la actualidad. En este marco general constituido por las ayudas o subven-

ciones, como también se las denomina en el vigente Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994, la modalidad sobre la que el autor centra su interés, la *participación en el capital social*, se ha revelado especialmente delicada y compleja, en tanto que la libre iniciativa económica, reconocida comunitaria y constitucionalmente a los poderes públicos, debe conciliarse con el ineludible respeto a las reglas de la competencia en general, y a las normas sobre ayudas estatales en particular. Baste citar a este propósito el Decreto 172 /2001, de 12 de julio, sobre incentivos para el desarrollo económico y el fomento de la actividad empresarial en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOGA n° 142 de 23.07.2001), cuyas modalidades de ayuda habían sido autorizadas por la Comisión el 20 de junio de ese mismo año (DOCE C 30 de 02.02.2002). Y en sentido contrario, las recientes sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2002, que insisten en cuestionar determinados aspectos de la fiscalidad vasca.

El libro se estructura en dos partes complementarias, claramente diferenciadas. En la primera de ellas se definen, con arreglo a la doctrina y jurisprudencia más reciente, los conceptos de ayuda estatal, subvención y participación en el capital, y se describen los cauces procedimentales establecidos en las diferentes regulaciones aplicables, incidiendo de manera especial en las obligaciones que incumben a los Estados miembros, la Comisión Europea y los terceros interesados. Particularmente novedosa es la exposición que se lleva a cabo de las diversas formas de participar en el capital y en los fondos propios de las empresas, con el rigor y la dificultad que entraña el Derecho de Sociedades español y comunitario.

En la segunda parte, algo más extensa, se desarrolla, de acuerdo con la metodología empleada por la propia Comisión Europea, el análisis denominado en la jerga comunitaria *test de la compatibilidad*, que lleva a valorar una concreta aportación de capital como potencial ayuda estatal y permitir, en su caso, su posterior aprobación por las autoridades comunitarias, si se demuestra su compatibilidad con los objetivos perseguidos por la Unión Europea en su conjunto.

La obra incorpora, finalmente, tres interesantes anexos. En el primero se recopila la jurisprudencia más relevante del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia,

así como numerosas decisiones de la Comisión, verdaderos *leading cases* en una materia donde el precedente juega un papel de primer orden. En el segundo de ellos se relaciona la abundante bibliografía internacional. Y en el tercero, de acuerdo con las tendencias al uso, se recoge una interesante selección de direcciones de internet, que permite conocer los sitios *web* más importantes en este campo.

Se trata, en definitiva, de una obra útil para los operadores jurídicos, especialmente en el caso de quienes prestan sus servicios en las diferentes Administraciones Públicas y en las empresas que compiten en un mercado cada vez más globalizado. A unos y a otros suministra información para navegar en el no siempre claro panorama normativo del Derecho comunitario y del comercio internacional, y proporciona claves precisas para aprovechar las oportunidades que se le ofrecen a quienes saben manejar con habilidad el timón de sus intereses legítimos.

Por todo ello, la Escola Galega de Administración Pública, quiere contribuir con esta publicación a la formación y al conocimiento imprescindibles en la actual Sociedad de la Información, y apuntalar, si cabe un poco más, el triángulo Universidad-Empresa-Administración que tan eficiente resulta para el desarrollo económico y el bienestar colectivo.

Santiago de Compostela, noviembre de 2002

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, que tiene su origen en una tesis doctoral defendida el 8 de marzo de 2002 en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña, es el fruto de una larga investigación, iniciada a finales del año 1993, al poco tiempo de ingresar en el Cuerpo Superior de la Administración General de la Xunta de Galicia. Quiero destacar este hecho en la medida en que dicha circunstancia me ha permitido apreciar la singular importancia de combinar la investigación científica con la experiencia cotidiana de la actividad profesional, en mi caso básicamente vinculada a los servicios jurídicos de diversas consellerías, en mayor o menor medida relacionados con el desarrollo y fomento de la actividad económica.

El objetivo que se perseguía con esta investigación era doble. Por una parte y desde una perspectiva estrictamente personal, el tema elegido (la participación en el capital social de las empresas como forma de ayuda estatal) permitía encauzar mi interés por el Derecho mercantil que encontró en esta modalidad particular de ayuda estatal el atractivo añadido de enlazar su estudio, prácticamente inédito en nuestra doc-

trina, con uno de los sectores más clásicos de nuestra disciplina: el Derecho de sociedades. Por otro lado, el tema general de las ayudas estatales me permitía profundizar y ofrecer algunas respuestas a alguno de los múltiples interrogantes que su regulación comunitaria ha venido suscitando, especialmente en el caso de las aportaciones públicas en el capital de las empresas, modalidad de intervención nada infrecuente, especialmente a través de formas instrumentales de origen público.

Resulta evidente que tras la incorporación de España a las comunidades europeas, la regulación de las ayudas públicas ha adquirido una importancia capital. Su estudio, tradicionalmente reservado al Derecho administrativo y centrado casi exclusivamente en la subvención, presenta nuevos matices al ser analizado desde la perspectiva del Derecho de la competencia. Este enfoque mercantil se hace especialmente evidente si nos adentramos en el análisis de la participación en el capital como potencial forma de ayuda pública a las empresas; cuestión que nos sitúa ante uno de los retos más importantes a los que ha de hacer frente la empresa pública o con participación pública para su propia supervivencia: la necesidad de ajustar sus formas de financiación a las exigencias derivadas del control sobre las ayudas públicas

En nuestra exposición tratamos de seguir el proceso y las técnicas de análisis que emplean las instituciones encargadas de velar por el respeto a las reglas de la competencia. Por ello, hemos desglosado esta investigación en dos partes diferenciadas y complementarias. En la primera de ellas, dividida en tres capítulos, tratamos las cuestiones conceptuales y las reglas de procedimiento. En la segunda, sus cuatro capítulos abordan las etapas que de manera habitual cubre la Comisión Europea para apreciar en cada caso concreto la concurrencia de los elementos imprescindibles para calificar una medida como de ayuda estatal. Asimismo y a modo de referencia se incorpora la interpretación que de los requisitos comunes se hace en sede del comercio internacional al amparo de los acuerdos del GATT, especialmente de los nuevos acuerdos aprobados en 1994 en la Ronda de Uruguay, que dio origen a su actual configuración, en el marco de la Organización Mundial de Comercio nacida de dichos acuerdos.

Esta metodología resulta de una gran utilidad práctica, puesto que permite detectar los principales problemas suscitados en su contexto

habitual, al tiempo que ofrece una visión general del Derecho y la práctica de las ayudas y subvenciones en sus dimensiones comunitaria e internacional. Las referencias al Derecho interno español son, sin embargo, meramente puntuales ante la falta de desarrollo que el control de las ayudas públicas presenta aún tras la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Así las cosas, el primero de los capítulos presenta, desde una perspectiva general, las nociones de subvención y de ayuda estatal, analizando las dificultades que suscitan algunas de sus modalidades concretas y, como es natural, centrándose en el progresivo acogimiento por las autoridades comunitarias de la denominada *participación pública en el capital*.

El capítulo segundo acomete la imprescindible tarea de delimitar desde una perspectiva jurídica y financiera el alcance de la expresión *participación en el capital*, al objeto de precisar qué operaciones concretas pueden incluirse en esta modalidad de intervención estatal; labor para la que es preciso partir de conceptos y categorías propias del Derecho de sociedades.

Por razones sistemáticas hemos dedicado el capítulo tercero al examen de las reglas de procedimiento, con el que se pretende facilitar la exposición y la comprensión de las cuestiones abordadas en los capítulos posteriores. El conocimiento de los sujetos intervinientes, sus competencias y poderes respectivos, así como de los instrumentos de control y revisión articulados al efecto, deviene a todas luces imprescindible para valorar en su justa medida los distintos casos de participación pública en el capital de las empresas.

Con carácter preliminar, el capítulo cuarto afronta los problemas específicos que suscita el necesario origen público de la intervención cuestionada. Esta es la calificación que es preciso efectuar en primer lugar, puesto que tanto el control comunitario como el que se diseña en el marco de la OMC se limitan a las medidas de origen estatal.

El capítulo quinto busca perfilar el principio del inversor privado en una economía de mercado, criterio que, sin merma de la necesaria seguridad jurídica, permite determinar cuándo una concreta participación pública en el capital confiere a su destinatario un beneficio gratuito e injustificado que puede ser reputado como ayuda o subvención.

En este punto resulta de singular interés contrastar la práctica comunitaria con la que en el contexto del comercio internacional ha venido desarrollando la Federal Trade Commission norteamericana.

En el capítulo sexto se estudian de manera conjunta las demás notas que tanto la legislación internacional como la comunitaria exigen para calificar una medida como ayuda o subvención: la especificidad o selectividad de la medida y sus efectos sobre la competencia y el comercio intracomunitario.

Por último, el capítulo séptimo se ocupa de las excepciones a la regla general de la incompatibilidad que consagra la regulación comunitaria de las ayudas estatales. Como es lógico, el análisis se detiene especialmente en las que con mayor frecuencia se presentan en el caso de las ayudas otorgadas en forma de participación en el capital.

El esquema elegido permite exponer de una manera coherente un vastísimo material doctrinal y práctico en constante evolución y extraer de tan densa casuística algunos ilustrativos criterios generales. A tal efecto se han consultado tanto decisiones individuales como normas y comunicaciones generales, siendo de especial utilidad en el caso del Derecho comunitario las decisiones de la Comisión, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y el Tribunal de Primera Instancia y los informes que anualmente elabora la Dirección General de la Competencia de la Unión Europea.

En la era de la sociedad de la información tampoco podemos olvidar el caudal de datos que hemos podido consultar y actualizar continuamente a través de internet, visitando las páginas *web* de diversas instituciones y organismos públicos, tanto comunitarios como internacionales, entre los que cabe destacar los portales de la Unión Europea *Europa* y *Eur-Lex*, así como las páginas oficiales de la OMC y de diversos departamentos de la Administración federal norteamericana.

No quiero terminar esta introducción sin dedicar al menos unas sentidas palabras a agradecer la colaboración de todos aquellos que me han ayudado a ver culminado un proceso al que he dedicado tanto esfuerzo.

En primer lugar, quiero mostrar mi gratitud a mi maestro, el profesor doctor D. Manuel Areán Lalín, por haberme guiado por el difícil camino de la investigación científica dedicándome a lo largo de estos

años su tiempo y conocimientos, animándome con su ejemplo de trabajo constante.

Asimismo es justo manifestar mi agradecimiento a los miembros del tribunal juzgador de la tesis doctoral por todas sus valiosas aportaciones que he tratado de recoger en esta edición.

Quiero tener también un recuerdo lleno de sincera gratitud para mis compañeros del Área de Derecho Mercantil de las Facultades de A Coruña, Santiago y Vigo, con quienes he compartido tantas inquietudes.

Mención singular merece la Escola Galega de Administración Pública y su director, el profesor doctor D. Domingo Bello Janeiro, a quien agradezco el hecho de que este trabajo salga a la luz, traspasando la esfera meramente académica, enlazando con sus destinatarios naturales: los servidores públicos y el mundo empresarial.

Igualmente es de justicia dejar constancia de las facilidades prestadas por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela y por la Dirección General de la Competencia de la Comisión Europea en la que realicé una estancia a través de la Fundación Galicia-Europa y en cuyas dependencias pude trabajar, gracias al apoyo recibido por parte de D. Rafael García-Palencia, por aquel entonces, uno de los directores generales de la institución, que me brindó la ocasión de conocer y aprender de su cualificado personal.

También debo testimoniar mi gratitud a la ONCE, de cuya benemérita labor puedo dar prueba personal.

En último lugar, permítaseme mostrar mi público agradecimiento a mi familia y, de manera muy especial, a quien sin duda más ha padecido mi labor investigadora y a quien debo en gran medida que este trabajo pueda llegar a ver la luz. Se trata de mi mujer Marta quien, consciente de mi ilusión por ver publicada la labor de tantos años y conociendo la dificultad de la tarea, asumió muchas de mis obligaciones familiares y me prestó su apoyo incondicional. A ella y a mi hija Candela va dedicado este libro de manera singular.

ABREVIATURAS

- AAMN = Anales de la Academia Matritense del Notariado (España)
ADI = Actas de Derecho Industrial (España)
AEEE = Acuerdo sobre el espacio económico europeo
AEIE = Agrupación europea de interés económico (Unión Europea)
AFDUC = Anuario da Facultadec de Dereito da Universidade da Coruña (España)
AIE = Agrupación de interés económico (España)
AJA = Actualidad Jurídica Aranzadi (España)
AJDA = L'Actualité Juridique-Droit Administratif (Francia)
Antitrust Bull = The Antitrust Bulletin (EE.UU.)
ASMC = Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias (OMC)
BAUE = Boletín Asturiano de la Unión Europea (España)
BGE = Boletín Galicia-Europa (España)
BOCG = Boletín Oficial del Congreso de los Diputados (España)
BOE = Boletín Oficial del Estado (España)
BOICAC = Boletín Oficial del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (España)
BSA = Bons de souscription d'actions
CAPM = Capital Asset Pricing Model
CC = Código civil (España)
CdC = Código de comercio (España)

CDE = Cahiers de Droit Europeen (Bélgica)
 CE = Comunidad Europea
 CEA = Cuadernos Europeos Aranzadi (España).
 CECA = Comunidad Europea del Carbón y del Acero
 CEE = Comunidad Económica Europea
 CH du CRISP = Courier Hebdomadaire du CRISP (Bélgica)
 CI = Certificado de inversión
 CMLR = Commom Market Law Reports (Gran Bretaña)
 CMLRev = Commom Market Law Review (Holanda)
 COREPER = Comité de Representantes Permanentes (Unión Europea)
 CRDBB = Cuadernos de la Revista de Derecho Bancario y Bursátil (España)
 CTC = Costes de la tansición a la competencia
 DCSI = Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali (Italia)
 DDC = Documentação e Direito Comparado (Portugal)
 DG = Dirección general
 DN = Derecho de los Negocios (España)
 DOC = Department of Commerce (EE.UU.)
 DOCE = Diario Oficial de las Comunidades Europeas
 DOGA = Diario Oficial de Galicia (España)
 E = Ayuda existente (Unión Europea)
 EC Comp. Pol. News = EC Competition Police Newsletter (Unión Europea)
 ECLR = European Competition Law Review (Gran Bretaña)
 EEE = Espacio económico europeo
 EI = Economía Industrial (España)
 ELR = European Law Review (Gran Bretaña)
 ESD = Entendimiento de Solución de Diferencias (OMC)
 FEDER = Fondo Europeo de Desarrollo Regional (Unión Europea)
 FEOGA = Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola (Unión Europea)
 FGD = Fondo de Garantía de Depósitos (España)
 FMI = Fondo Monetario Internacional
 For. It. = Il Foro Italiano (Italia)
 For. Pad. = Il Foro Padano (Italia)
 Fortham Int. L. Rev. = Fortham International Law Review (EE.UU.)
 FR = Federal Register (EE.UU.)
 GATT = General Agreement on Tariffs and Trade
 (Acuerdo Genral sobre Aranceles y Comercio)
 GE = Grupo Especial (OMC)

Gius. civ. = Giustizia Civile (Italia)
 GJ = Gaceta Jurídica de la CEE/Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia/
 Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia (España)
 GPE = Grupo Permanente de Expertos (OMC)
 IASC = International Account Standards Committee (EE.UU.)
 ICAC = Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (España)
 ICE = Boletín de Información Comercial Española (España)
 IPC = Informe Anual sobre la Política de la Competencia (Unión Europea)
 JCE = Juris-Clauseur-Europe (Francia)
 JdT = Journal des Tribunaux (Francia)
 JWTL = Journal of World Trade Law (Gran Bretaña)
 LDC = Ley de defensa de la competencia (España)
 LDIEC = Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito (España)
 LIS = Ley del impuesto de sociedades (España)
 LMV = Ley del mercado de valores (España)
 LSA = Ley de sociedades anónimas (España)
 LSRL = Ley de sociedades de responsabilidad limitada (España)
 N = Ayuda notificada (Unión Europea)
 NN = Ayuda no notificada (Unión Europea)
 Not. CEE = Noticias CEE (España)
 Not. UE = Noticias de la Unión Europea (España)
 NUTS = Nomenclatura de las unidades territoriales estadísticas
 OA = Órgano de Apelación (OMC)
 OCDE = Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económico
 OCM = Organización Común de Mercado (Unión Europea)
 OMC = Organización Mundial del Comercio
 OPA = Oferta pública de adquisición de acciones (en plural, OPAS)
 ORA = Obligations remboursables en actions
 OSD = Órgano de Solución de Diferencias (OMC)
 PAC = Política agraria común
 PGC = Plan general de contabilidad (España)
 PGCP = Plan general de contabilidad pública (España)
 PIB = Producto interior bruto
 PPC = Paridad de poder de compra
 PYME = Pequeña y mediana empresa (en plural, PYMES)
 RAE = Revue des affaires européennes/Law and European Affairs
 RAJ = Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia (España)

RAP = Revista de Administración Pública (España)
 RD = Real decreto
 RDBB = Revista de Derecho Bancario y Bursátil (España)
 RDE = Revue de Droit Economique (Francia)
 RDGRN = Resolución de la Dirección General de los Registros
 y del Notariado (España)
 RDI = Rivista de Diritto Industriale (Italia)
 RDLeg = Real decreto legislativo
 RD-L = Real decreto-ley
 RDM = Revista de Derecho Mercantil (España)
 RdS = Revista de Derecho de Sociedades (España)
 Rec. = Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia
 de las Comunidades Europeas (Unión Europea)
 REDA = Revista Española de Derecho Administrativo (España)
 REDE = Revista Española de Derecho Europeo (España)
 REI = Revue d'Economie Industrielle (Francia)
 Rev. Soc. = Revue des Sociétés (Francia)
 RIDE = Revue Internationale de Droit Economique (Francia)
 Riv Trim. Dir. Pub. = Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico (Italia)
 Riv. Dir. Comm. = Rivista di Diritto Commerciale (Italia)
 Riv. Soc. = Rivista delle Società (Italia)
 RJA = Revista Jurídica Aranzadi (España)
 RJN = Revista Jurídica del Notariado (España)
 RMC = Revue du Marché Commun (et de l'Union Européenne) (Francia)
 RRM = Reglamento del registro mercantil (España)
 RTDC = Revue Trimestrale du Droit Commercial (Francia)
 RTDE = Revue Trimestrielle de Droit Européen (Francia)
 SA = Sociedad anónima
 SAE = Sociedad anónima europea
 Sem. Jur. = La Semaine Juridique (Francia)
 SEW = Sozial-Economische Wetgeving (Alemania)
 SRL/SL = Sociedad de responsabilidad limitada
 STC = Sentencia del Tribunal Constitucional (España)
 STJCE = Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
 (en plural, SSTJCE) (Unión Europea)
 STPI = Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Unión Europea)
 STS = Sentencia del Tribunal Supremo (España)
 TAA = Trade Agreements Act (EE.UU.)

TDC = Tribunal de Defensa de la Competencia (España)
TJCE = Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Unión Europea)
TSDI = Titres subordonnés à durée indéterminée reconditionnés
TSIP-BSA = Titres subordonnés à intérêts progressifs assortis de bons
de souscription d'actions
TUE = Tratado de la Unión Europea
URAA = Uruguay Round Agreements Act (EE.UU.)
USC = United State Code (EE.UU.)
USCIT = United States Court of International Trade (Estados Unidos)
USITC = United States International Trade Commission (EE.UU.)
WC = World Competition
WTO = World Trade Organization (Organización Mundial del Comercio)

Parte primera

Delimitación conceptual y reglas de procedimiento



Capítulo I

AYUDAS DE ESTADO Y PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL

1. Planteamiento general

La participación pública en el capital de las empresas puede analizarse en sede del Derecho comunitario de la competencia desde una doble perspectiva: 1) la del control sobre las concentraciones económicas de dimensión comunitaria, ya que las tomas públicas de capital pueden llegar a restringir la competencia al crear posiciones dominantes en el mercado que impidan una competencia efectiva, y 2) la del control sobre las ayudas de Estado. A este segundo aspecto nos vamos a referir.

Desde el punto de vista del control comunitario sobre las ayudas de Estado, la participación pública se ha venido planteando en relación tanto con empresas que realizaban una actividad económica sometida al Tratado CECA como con aquellas otras que operaban en el ámbito regulado por el Tratado CE. Hoy, sin embargo y, a pesar de que la expiración del Tratado CECA el 23 de julio de 2002¹ ha permitido superar

¹ Conforme al artículo 97 del Tratado CECA, dicho Tratado se aprobó por un período de cincuenta años, por lo que su vigencia concluyó formalmente el 23 de julio de 2002, fecha a partir de la cual, con ciertas salvedades, todas las ayudas pasaron a regularse exclusivamente por el Tratado CE.

la dualidad de regímenes en vigor, no resulta todavía ociosa la referencia al sistema establecido por dicho tratado CECA por cuanto, además de que la vigencia paralela de ambos sistemas fue aproximándolos hasta hacerlos muy similares y, en cierta medida, casi complementarios, subsisten todavía ciertas reglas especiales, amén de la aplicación transitoria de aquel sistema, bajo determinadas condiciones².

Por otra parte, si bien genéricamente el término *ayuda* tiene un significado más o menos preciso, desde una óptica jurídica presenta múltiples problemas basados no sólo en la ausencia de un significado unívoco, sino también en el empleo de distintas expresiones con un sentido no siempre equivalente.

Por ello, es posible y necesario hablar más que de un concepto de ayuda, de varios conceptos no necesariamente contradictorios, según analicemos el fenómeno en el Derecho comunitario o en el Derecho del comercio internacional. Un tercer nivel estaría formado por las regulaciones nacionales sobre las ayudas públicas, tradicionalmente contempladas en España al margen del Derecho de defensa de la competencia y centradas en su modalidad más habitual: la subvención³.

² Acerca de esta cuestión, sobre la que volveremos más adelante, vid. Comunicación de la Comisión, relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultante de la expiración del Tratado CECA (DOCE C 152, de 26.6.2002, p. 5) y el Reglamento (CE) n° 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002 sobre las ayudas estatales a la industria del carbón (DOCE L 205, de 12.8.2002, p. 1). Desde una perspectiva general, vid. también el Protocolo anejo al Tratado CE incorporado por el Tratado de Niza, acerca de las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA y el Fondo de investigación del carbón y el acero (DOCE L 317, de 13.11.2001, p. 17).

³ Una buena prueba de la importancia que nuestra legislación atribuye a la subvención se encuentra en el hecho de que la rúbrica de los artículos 81 y 82 de la Ley general presupuestaria (introducidos por la Ley 31/1990, de presupuestos generales del Estado para 1991) se refiere a las «ayudas y subvenciones»; en este mismo sentido, el RD 2225/1993, de 17 de diciembre, regula el procedimiento para la concesión de subvenciones públicas. Una crítica a la utilización de la rúbrica «ayudas y subvenciones» puede verse, entre otros, en AYMERICH CANO, C. I.: *Ayudas públicas y Estado autonómico*, Universidade da Coruña, Monografías n° 23, A Coruña, 1994, p. 155, nota 279. Recoge también esta doble denominación el artículo 78 del Decreto legislativo 1/1999, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de gestión financiera y presupuestaria de Galicia y, lógicamente, el decreto que lo desarrolla en esta cuestión (Decreto 287/2000, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla el régimen de ayudas y subvenciones públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia). No se puede olvidar tampoco en este contexto que el término *subvención* es empleado por nuestro Plan General de

Además, es preciso señalar que el control ejercido sobre las ayudas responde a distintas finalidades en cada uno de estos ámbitos examinados. Así, como destaca Coccia⁴, mientras en el Derecho comunitario el control sobre las ayudas constituye un elemento imprescindible para la completa integración de los mercados (mercado común/mercado único), ya que el otorgamiento indiscriminado de ayudas públicas puede poner en peligro este objetivo, en el Derecho del comercio internacional el control que se establece sobre los subsidios nacionales responde a la necesidad de garantizar la igualdad entre los productores a la hora de vender sus productos en los diferentes mercados. A su vez, en el Derecho interno español podría llegar a afirmarse que la regulación sobre las ayudas sin incidencia comunitaria, al menos en su primera regulación, respondió más a la necesidad de completar formalmente nuestro Derecho interno de defensa de la competencia que al reconocimiento real de su utilidad para la mejor asignación de recursos⁵.

Contabilidad (PGC), aprobado por el RD 1643/1990, de 20 de diciembre (BOE, nº 310 de 27.12.1990), en diferentes cuentas (130, 131, 740 y 741, sólo en la parte 3ª: Definiciones y relaciones contables) y por el Plan General de Contabilidad Pública (PGCP), aprobado por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994 (BOE, nº 120 de 20.5.1994). Para una visión general de las subvenciones, incluida la perspectiva contable y sin perjuicio de lo que veremos más adelante, vid. PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Estudios Jurídicos, Serie Derecho Público, BOE, 3ª ed., Madrid, 1999.

⁴ COCCIA, M.: «Comment on Public Undertakings-Equity in Fusions», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 139 a 150, concretamente pp. 140 a 142. En términos semejantes, PAPPALARDO, A.: «Public Undertakings-Equity Infusions», en la misma obra colectiva, pp. 123 a 138, en particular pp. 123 y 124.

⁵ Cfr. Ley 16/1989 de 17.7.1989 (BOE, nº 170 de 18.7.1989), modificada por RD-L 7/1996, de 7 de junio (BOE, nº 139 de 8.6.1996; corrección de errores en BOE, de 18.6.1996). Esta ley ha sido recientemente reformada 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, nº 311 de 29.12.1999). Acerca de esta reforma, vid. COSTAS COMESAÑA, J.: «Crónica crítica de la reforma de la Ley española de defensa de la competencia», en ADI, nº XX, *Homenaje al profesor Carlos Fernández-Novoa*, 1999, Madrid, 2000, pp. 1411 a 1430. Es preciso destacar, no obstante, que la nueva redacción del artículo 19 LDC atribuye al TDC la facultad de analizar de oficio los criterios de concesión de las ayudas públicas, así como las facultades que en su caso puedan reconocérseles a las comunidades autónomas como consecuencia de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, relativa a la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 16/1989. Es preciso subrayar que la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de competencias del estado y las Comunidades Autónomas

2. El concepto de ayuda en el comercio internacional

La concesión de ayudas o subvenciones por parte de los Estados es uno de los obstáculos más importantes para el desarrollo del comercio internacional, de ahí que el establecimiento de una disciplina supranacional que regule su concesión haya sido desde un principio uno de los objetivos básicos de las instituciones y de las organizaciones internacionales relacionadas con el comercio internacional. Por esta razón nos centraremos, en primer lugar, en la disciplina internacional del comercio⁶.

2.1. Antecedentes

Constituye ya un lugar común que uno de los rasgos más sobresalientes de la regulación de las ayudas, en los diferentes planos señalados, es la ausencia de una definición precisa del concepto de ayuda o de su equivalente en el comercio internacional, la subvención. Como destaca Montañá⁷, la ausencia de una definición precisa de subvención

en materia de defensa de la competencia (BOE nº 46 de 22.2.2002) no contiene previsión alguna en materia de ayudas públicas.

⁶ En el ámbito internacional debemos destacar también la labor realizada por organizaciones internacionales como la OCDE o el Fondo Monetario Internacional. Para una visión general de ambas instituciones pueden verse sus páginas web: <http://www.oecd.org/daf/clp> y <http://www.imf.org/external/spa/index.htm> (última consulta en noviembre de 2002).

⁷ La dificultad para someter la figura de las subvenciones a una disciplina internacional arrancarí, a juicio de MONTAÑÁ, del hecho de que bajo un mismo concepto conviven una gran diversidad de prácticas que responden a necesidades distintas. A pesar de su amplia utilización por parte de la mayoría de los Estados desarrollados y de su regulación en numerosas leyes nacionales e instrumentos internacionales, no existe una definición comúnmente aceptada de la misma. La utilización de términos distintos (subvención, primas, auxilios...) para designar una misma figura y su difícil diferenciación con respecto a figuras afines ha conducido tradicionalmente a una cierta confusión terminológica. Esta complejidad práctica de las subvenciones unida al frecuente empleo de este instrumento por parte de alguno de los principales actores del comercio internacional, sobre todo para apoyar sectores económicos especialmente sensibles, como la siderurgia o la agricultura, han venido a dificultar las iniciativas tendentes a someter las subvenciones a una regulación internacional estricta. Vid. MONTAÑÁ MORA, M.: «El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay», en *GJ*, D-27, 1997, pp. 239 a 280, en particular p. 241.

ha llegado a convertirse en uno de los tradicionales *talones de Aquiles* del sistema GATT como marco jurídico del comercio internacional.

Las subvenciones en el comercio internacional se regían únicamente por los artículos VI y XVI del GATT de 1947⁸, dedicados respectivamente a los «*derechos antidumping* y *derechos compensatorios*» y a las «*subvenciones*»⁹ que, como recuerda Didier¹⁰, han permanecido sin apenas modificación en la actual versión del GATT de 1994¹¹. El artículo VI legitimaba a las partes contratantes a adoptar unilateralmente medidas compensatorias a las importaciones de productos que se beneficiaran de subvenciones, mientras que el artículo XVI se limitaba a establecer la obligación de las partes contratantes de notificar toda subvención «que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio». Sin embargo, tanto estos preceptos como los que componían el Acuerdo para la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT¹² se caracterizaban por la imprecisión de los conceptos

⁸ Estados Unidos disponía ya desde finales del siglo XIX de una legislación interna antisubvenciones. A este respecto, vid. RHODES, C.: «Managed Steel Trade, the GATT Subsidies and Countervailing Duty Code and the 1979 United States Trade Act», en WC, vol. 12, n° 2, december, 1988, pp. 37 a 47, en particular p. 38; COLLINS-WILLIAMS, T., SALEM-BIER, G.: «International Disciplines on Subsidies. The GATT, the WTO and the Future Agenda», en JWTL, vol. 30, n° 1, february, 1996, pp. 5 a 17, en especial p. 6. España no se adhirió al GATT hasta 1963, publicándose en el BOE el Acuerdo de 1947 junto con el Protocolo de adhesión, de 29 de julio de 1963 (BOE, n° 24, de 28.1.1964). En relación con la entrada de España en el GATT y de su significado para nuestra economía, vid. CASTILLO, J. A.: «Historia de España en el GATT», en ICE, n° 770, abril-mayo, 1998, pp. 35 a 47.

⁹ Este artículo estaba dividido en dos secciones dedicadas a las «subvenciones en general» (sección A) y a las «disposiciones adicionales relativas a las subvenciones a la exportación»(sección B). Esta sección B fue incorporada al texto del GATT en 1955, introduciendo la distinción entre productos primarios y no primarios. Vid. BEVIGLIA ZAMPETTI, A.: «The Uruguay Round Agreement on Subsidies-A Forward-Looking Assessment», en JWTL, n° 6, december, 1995, pp. 5 a 29, en especial p. 10.

¹⁰ DIDIER, P.: «Le code anti-subventions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté», en CDE, n° 5-6, 1995, pp. 679 a 750, en particular p. 682.

¹¹ La versión en castellano del Acuerdo general sobre aranceles y comercio de 1994, conocido como GATT 1994, se recoge en el BOE, n° 20, supl., de 24.1.1995.

¹² Este acuerdo, en adelante Acuerdo 1979, también conocido como Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1979, fue aprobado el 12 de abril de 1979 en la Ronda de Tokio del GATT (1973-1979). Cfr. BOE, n° 175, de 23.7.1982.

utilizados, especialmente en lo que se refería a la noción misma de subvención¹³ y a los tipos de subvenciones consideradas incompatibles¹⁴.

Al igual que en el ámbito del Derecho comunitario de la competencia, el tema de las participaciones públicas en el capital de las empresas como potencial forma de ayuda ha sido una cuestión delicada y compleja en el ámbito del comercio internacional.

En efecto, la aplicación de las reglas del GATT sobre subvenciones y medidas compensatorias ha sido y sigue siendo una fuente importante de conflictos, especialmente y aunque no de manera exclusiva, entre la Comunidad Europea y la Administración Federal de los Estados Unidos (*Department of Commerce / International Trade Administration*)¹⁵.

La mayor conflictividad se ha suscitado básicamente a partir de la aprobación del ya mencionado *Acuerdo para la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT*¹⁶, al que siguió en Estados Unidos la adopción de la *Trade Agreements Act* de 1979¹⁷. Como des-

¹³ En relación con la ausencia de definición de subvención y al contexto económico en que aprobó el GATT de 1947, vid. las observaciones de COLLINS-WILLIAMS, T., SALEM-BIER, G.: «International...», op. cit., pp. 6 y 7.

¹⁴ Como subraya MONTAÑA («El Acuerdo...», op. cit., p. 242), este acuerdo vio dañada su credibilidad como consecuencia de su inoperancia a la hora de resolver las diferencias agrícolas entre los Estados Unidos y la Comunidad Europea.

¹⁵ Con carácter general y por razones de simplificación emplearemos únicamente las siglas DOC.

¹⁶ Este acuerdo, como destaca BEVIGLIA ZAMPETTI («The Uruguay Round...», op. cit., p. 10), constituyó la primera regulación internacional de la materia.

¹⁷ Cfr. 19 USC para 11671 (1981). Como afirma GREENWALD («US Law and Practice», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies...*, op. cit., pp. 33 a 41, en particular p. 34), este texto supone la revisión más sustantiva de la normativa norteamericana sobre medidas compensatorias llevada a cabo hasta entonces en Estados Unidos. La primera legislación estadounidense sobre medidas compensatorias procedía de 1897, siendo modificada en 1922, en 1974 y en 1979. Esta última modificación, operada a través de la citada *Trade Agreements Act*, tenía como objetivo adaptar la legislación norteamericana al Acuerdo del GATT de 1979, para lo que añadió un nuevo título VII a la *Tariff Act* de 1930. Uno de los cambios más importantes de esta reforma fue el de aplicar el *injury test* a todos los casos de subvenciones procedentes de países que hubieran suscrito el Acuerdo de 1979, manteniéndose el sistema anterior para terceros países. Por otro lado, la *Trade Agreement Act* de 1979 transfirió la competencia para imponer medidas compensatorias del Departamento del Tesoro (Treasury Department) al Departamento de Comercio (Commerce Department). Con posterioridad y antes de la aprobación del Acuerdo de 1994 que, a diferencia del de 1979, se suscribía automáticamente al firmar el Tratado de la OMC, la *Tariff Act* sería reformada por la *Trade and Tariff Act* de 1984 y por la *Omnibus Trade and*

taca Pappalardo¹⁸, los diversos debates que suscitó la aplicación efectiva del Acuerdo de 1979, debido a la ambigüedad de las diferentes categorías de subvenciones, o los problemas planteados con el complejo sistema para poder imponer medidas compensatorias¹⁹, llevaron a los Estados Unidos a resolver de manera unilateral algunas de estas cuestiones a través de la promulgación de la citada *Trade Agreements Act*²⁰.

La adopción de esta normativa nacional hizo que estos conflictos, aunque surgieron en el ámbito del comercio internacional regulado por el GATT y por el Acuerdo de 1979, se dilucidaran en numerosos casos como disputas bilaterales entre los Estados Unidos y sus demás socios comerciales, especialmente la Comunidad Europea, haciendo evidente la necesidad de una profunda revisión del sistema.

Uno de los problemas prácticos que suscitó la aplicación del Acuerdo de 1979 fue el de las consecuencias derivadas de las participaciones públicas en el capital de las empresas. Según resalta Pappalardo²¹, el Acuerdo contenía en su artículo 11(3) una lista de ejemplos de *posibles formas de subvención*, en referencia a los objetivos enunciados en el apartado 1 de dicho artículo. Esta lista incluía algunas medidas que, bajo ciertas condiciones, entrarían en el ámbito de aplicación

Competitiveness Act de 1988. Cfr. *Antidumping and Countervailing Duty Handbook*, Publication 3140, Ninth edition, Washington DC, december, 2001. Este documento puede consultarse en formato PDF en el servidor de internet de la United States International Trade Commission (USITC) en la dirección www.usitc.gov/reports.html (última consulta en noviembre de 2002). Por su parte, el título 19 USC está disponible también en internet en la dirección: uscode.house.gov/title_19.htm (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹⁸ PAPPALARDO, A.: «Public Undertakings...», op. cit., pp. 126 y 127. Vid. también del mismo autor: «Government Equity Participation Under the EEC Rules on State Aids. Recent Developments», en *Fortham Int. L. Rev.*, vol. 2, n° 2, winter, 1988, pp. 310 a 331.

¹⁹ Se trata de los denominados *Track I* y *Track II*. El primero de los mecanismos permitía la imposición de las medidas compensatorias por las autoridades del país que se sintiera perjudicado por las subvenciones, mientras que el segundo diseñaba un procedimiento de consultas previas que hacían más difícil y menos unilateral su imposición. Uno de los problemas que planteó esta duplicidad de sistemas era el de la posibilidad de aplicar el mecanismo más expeditivo del *Track I* en relación con los «*domestic subsidies*».

²⁰ En relación con las dificultades existentes en el Derecho norteamericano con el sistema del GATT de 1947 y con el Acuerdo de 1979, con especial referencia a la *Trade Agreements Act*, vid., entre otros, PAPPALARDO, A.: «Public Undertakings...», op. cit., pp. 131 a 136, y RHODES, C.: «Managed Steel Trade...», op. cit., pp. 37 a 47.

²¹ PAPPALARDO, A.: «Public Undertakings...», op. cit., pp. 129 y 130.

del artículo 92.1 Tratado CE (hoy 87.1 CE) y entre las cuales mencionaba expresamente «la suscripción o aportación por el Estado de capital social».

Siguiendo al mismo autor, es preciso destacar dos aspectos. En primer lugar, que el precepto no califica estas medidas como subvenciones, sino como *posibles formas* de subvención, lo que lleva a pensar que deben reunir determinadas condiciones para que puedan considerarse como subvenciones propiamente dichas. En segundo término, el artículo 11(3) no hacía ninguna mención a la propiedad de la empresa a la que se aporta capital. El precepto no sugiere, por tanto, que la posible subvención esté dirigida a dar una ventaja a empresas de titularidad pública (*state-owned enterprises*). Pero sí es cierto que las relaciones financieras entre los Estados y ciertas empresas de titularidad total o parcialmente pública, especialmente en el caso de que sean objeto de aportaciones de capital público, presentan importantes problemas desde el punto de vista de la competencia.

Es en este contexto y en virtud de las demandas presentadas ante la Administración Federal estadounidense donde se va a cuestionar cuándo estas operaciones constituyen verdaderas subvenciones prohibidas, al objeto de poder imponer contra ellas medidas compensatorias²². Desde las primeras decisiones es posible considerar que, al igual que en el Derecho comunitario, las participaciones públicas en el capital de las empresas no constituyen *per se* un subsidio o una ayuda de Estado, según la diferente terminología de una y de otra legislación y ámbito normativo, sino que es la evaluación posterior de las condiciones en las que éstas se efectúan las que llevarán a valorarlas como tales²³.

²² En la práctica estos conflictos se suscitaron principalmente en sectores en crisis sometidos a una intensa competencia a escala mundial. Vid. BENYON, F., BOURGEOIS, J.: «The European Community-United States Steel Arrangement» y DOMINICK, M. F.: «Countervailing State Aids to Steel: A Case for International Consensus», ambos en *CMLRev*, n° 21, June, 1984, pp. 305 a 354 y 355 a 403, respectivamente.

²³ QUICK, R.: «Calculation of Subsidy», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies...*, op. cit., pp. 83 a 115, en concreto p. 91. Como reconoce PAPPALARDO («Public Undertakings...», op. cit., p. 132), el simple hecho de que una empresa pertenezca directa o indirectamente al Estado no constituye una subvención contra la que sea posible adoptar medidas compensatorias: ni la participación pública en el capital ni cualquier otro posible beneficio derivado de la misma constituyen *per se* una subvención, ya que la participación pública en el capital no es por si misma incongruente con las reglas del mercado.

Por su parte, la Comunidad Europea adoptó diversos reglamentos para la aplicación de las reglas del GATT de 1947 y del Acuerdo de 1979, que adolecían de los mismos defectos prácticos que aquéllos al no definir el concepto de subvención²⁴.

2.2. Situación actual

A la luz de los antecedentes que acabamos de exponer, el *Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994*²⁵, surgido de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT²⁶, supone un paso decisivo al ofrecer una definición de subvención junto a otras importantes novedades²⁷.

²⁴ El primero de estos reglamentos por los que el Consejo estableció un régimen común relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea fue el n° 3017/79 (DOCE L 339, de 31.12.1979, p. 1), que sería sucesivamente modificado o reemplazado por el Reglamento (CEE) n° 1580/82 (DOCE L 178, de 22.6.1982, p. 9) y por el Reglamento (CEE) n° 2176/84 (DOCE L 201, de 30.7.1984, p. 1), modificado por el Reglamento (CEE) n° 1761/87 (DOCE L 167, de 26.6.1987, p. 9). Con posterioridad, dicho reglamento sería reemplazado por el Reglamento (CEE) n° 2423/88 del Consejo, de 11 de julio de 1988, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de *dumping* o de subvenciones por parte de países no miembros de la Comunidad Económica Europea (DOCE L 209, de 2.8.1988, pp. 1 a 17).

²⁵ En adelante, Acuerdo de 1994 o ASMC 1994. Este acuerdo se aprobó en el acta final de la Ronda Uruguay del GATT, incorporándose en su anexo IA (BOE, n° 20, supl., de 24.1.1995).

²⁶ No se puede olvidar, como apunta el propio MONTAÑA («El Acuerdo...», op. cit., p. 242), que parte del éxito alcanzado en este nuevo acuerdo ha sido fruto de la exclusión de su ámbito de aplicación de algunas de las materias más conflictivas, como las agrícolas. Las subvenciones en el ámbito de la agricultura se contemplan en el Acuerdo sobre la agricultura, adoptado también en la Ronda Uruguay del GATT de 1994. Cfr. en relación con la aplicación de este Acuerdo en la CE, las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario (DOCE C 28, de 2.2.2000, p. 2), apartado 1.3 y Eighth Survey on State Aid in the European Union, Commission of the European Communities, Brussels, 11.4.2000, COM (2000)205 final, apartado 4.

²⁷ A diferencia de su predecesor de 1979, no se limita al control de las subvenciones que causen un perjuicio en el mercado del país importador, sino que va a regular también las subvenciones interiores (*domestic subsidies*) que frenen las exportaciones hacia el país que concede la subvención (*import substitution*) y aquéllas que frenen las exportaciones de un miembro hacia terceros países en beneficio de las exportaciones subvencionadas (*third country displacement*). Para ello, como apunta DIDIER («Le code...», op. cit., pp. 679 a 680), el nuevo Acuerdo prevé claramente y sin la anterior ambigüedad que las subvenciones generales o interiores, aunque no resulten prohibidas de plano (*per se*), pueden

La búsqueda de una definición de consenso del término *subvención* ha sido una de las cuestiones más complejas que se trataron en la Ronda Uruguay de 1994, especialmente por el debate suscitado casi en exclusiva entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos²⁸. El nudo del problema radicaba, como expone Didier²⁹, en las distintas concepciones que cada país y cada cultura tienen del papel normal del Estado. Así, mientras que, como veremos, en sede comunitaria se define a la ayuda de manera positiva como una medida de política económica destinada a la realización de objetivos económicos o sociales, el Derecho norteamericano la concibe como una distorsión del funcionamiento del mercado que afecta a la asignación de recursos en una economía³⁰; en consecuencia, una medida pública extranjera que contraviniese al principio del «*laissez faire, laissez passer*» constituiría, para el Derecho norteamericano, una subvención³¹.

De acuerdo con la posición mantenida por los Estados Unidos durante la negociación, no sería suficiente prohibir determinadas categorías de subvenciones exclusivamente en función de sus objetivos, ya que, atendiendo al carácter fungible del dinero, los objetivos aparentemente perseguidos por aquéllas no deberían ser la única base para su

ser objeto de una acción, con algunas excepciones, al igual que las clásicas subvenciones a la exportación.

²⁸ En este sentido, el ya citado DIDIER («Le Code...», op. cit., p. 686, nota 17) advierte que los demás países negociadores, incluido Japón, se habían mantenido prudentemente a la espera.

²⁹ Cfr. DIDIER: «Le code...», op. cit., pp. 685 y ss.

³⁰ A pesar de este posicionamiento de partida, no podemos ignorar las importantes ayudas públicas que las autoridades norteamericanas han concedido en circunstancias excepcionales, como la crisis de las cajas de ahorros de los años ochenta o las destinadas a paliar las repercusiones económicas derivadas de los recientes atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. En este sentido, vid. «Bush ultima un plan que contempla ayudas al sector aéreo y un nuevo recorte de impuestos», en *El País*, de 19 de septiembre de 2001.

³¹ Por su parte, MONTAÑA («El Acuerdo...», op. cit., p. 244) centra el debate en que para la Comisión el criterio para identificar la subvención es la «carga efectiva para los poderes públicos», mientras que para los Estados Unidos la pauta es el beneficio que suponga para el receptor, aunque no implique una carga efectiva para los poderes públicos. A esta diferencia de planteamiento se refiere también de manera exhaustiva el Abogado General DARMON en sus conclusiones, presentadas el 17 de marzo de 1992, en la cuestión prejudicial formulada por el Arbeitsgericht de Bremen en el asunto Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993, p. I-0887.

valoración. De ahí el rechazo a que la compatibilidad de las subvenciones fuera juzgada caso por caso en función del perjuicio causado, ya que ésta no deja de ser una apreciación subjetiva que como tal admitiría interpretaciones divergentes. Y de ahí también el rechazo del sistema de listas (sistema conocido como del semáforo), ya que en dichas clasificaciones se da más importancia a la denominación de la subvención que a la realidad económica. En conclusión, abogaban por un sistema en el que fueran prohibidas todas las subvenciones que alcanzaran un determinado grado de intensidad. En definitiva, como concluye Didier³², se trataba de sustituir el criterio de los objetivos de la subvención por el de su intensidad y, en consecuencia, su presumible efecto perturbador sobre el mercado.

Por su parte, la Comunidad Europea defendía una concepción más limitada de la noción de subvención, reconociendo al Estado su derecho a intervenir activamente en la economía a título de actor y de catalizador de una política industrial para asistir a los sectores y a las empresas en dificultades más o menos pasajeras.

A pesar de las distintas concepciones de partida con que se iniciaron las negociaciones, finalmente se pudo alcanzar una fórmula de compromiso, que se refleja en la definición de subvención que recoge el Acuerdo de 1994³³.

Esta fórmula, que se ha considerado como una de las grandes novedades de la Ronda Uruguay del GATT, en realidad tampoco supondría, como destaca Montaña³⁴, una verdadera definición del término subvención, sino una descripción de los elementos que tradicionalmente se han valorado como necesarios para considerar que existe una subvención, los cuales no serían otros que una carga para los fondos públicos y un beneficio neto para el receptor, a los que habría de añadirse el de la especificidad sectorial³⁵, aunque no como elemento definidor

³² DIDIER, P.: «Le code...», op. cit., pp. 686 y 687.

³³ Como reconoce DIDIER («Le code...», op. cit., p. 689), no hay duda, sin embargo, de que numerosos problemas de interpretación han permanecido ocultos o se han remitido al órgano de reglamentación de las controversias de la OMC.

³⁴ MONTAÑA MORA, M.: «El Acuerdo...», op. cit., p. 244.

³⁵ Como matiza RODRÍGUEZ CURIEL [(«Aproximación a un análisis comparado entre el acuerdo de subvenciones y medidas compensatorias (Acta final de la Ronda Uruguay

de su existencia, sino como condición para la aplicación de diversas partes del Acuerdo³⁶.

Así, el artículo 1.1 del Acuerdo dispone que «a los efectos del presente Acuerdo, se considerará que existe subvención:

a.1) Cuando haya una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un miembro (denominados en el presente Acuerdo «gobierno»), es decir:

i. cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii. cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales);

iii. cuando un gobierno proporcione bienes o servicios –que no sean de infraestructura general– o compre bienes; cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i a iii supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que los lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos.

a.2) Cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994.

b) Cuando se otorgue un beneficio».

Por su parte, el apartado 2 dispone que «una subvención, tal como se define en el párrafo 1, sólo estará sujeta a las disposiciones de la parte II o a las disposiciones de las partes III o V cuando sea específica con arreglo a las disposiciones del artículo 2».

del GATT de 13.12.93, y el artículo 92 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea», en *GJ*, B-98, octubre, 1994, pp. 13 a 16, especialmente p. 13)], el requisito de la especificidad resulta más restringido en el ámbito del Acuerdo de 1994 que en el Tratado CE, cuyo artículo 92.1 (actualmente artículo 87) incorpora un concepto de «ayudas de Estado» sustancialmente coincidente.

³⁶ Sobre esta cuestión, vid. *in extenso* el apartado 2 del capítulo sexto de este trabajo.

Como se observa, finalmente la mención principal a las *aportaciones de capital* (públicas) se contiene en el artículo 1.1.i, que delimita los supuestos en los que «*se considerará que existe subvención*», si bien posteriormente vuelven a ser contempladas en el artículo 14.a bajo la rúbrica «*cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor*», a los efectos de precisar cuándo una operación concreta constituye o no de manera efectiva una subvención contra la que puedan oponerse medidas compensatorias.

2.3. El desarrollo interno de los acuerdos del GATT de 1994 en la Comunidad Europea y en los Estados Unidos

En desarrollo de los Acuerdos de 1994, la Comunidad Europea adoptó, en primer lugar, el Reglamento (CE) n° 3284/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, *sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea*³⁷, posteriormente³⁸ sustituido por el Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997³⁹, cuyo artículo 2 vuelve a definir las subvenciones en los siguientes términos: «Se considerará que existe subvención cuando:

1.a) haya una contribución financiera de los poderes públicos en el territorio del país de origen o de exportación, es decir:

- i. cuando la práctica de los poderes públicos implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, subvenciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos u obligaciones (por ejemplo, garantías de préstamos);

³⁷ DOCE L 349, de 31.12.1994, p. 22. Este reglamento fue parcialmente modificado por el Reglamento (CE) n° 1252/95 del Consejo (DOCE L 122, de 2.6.1995, p. 2) en materia de plazos.

³⁸ En los considerandos 36 y 37 de este Reglamento se justifica la sustitución del de 1994 por la existencia de problemas de redacción en su texto, a lo que se uniría el hecho de que dicho Reglamento había sido ya objeto de modificaciones, lo que en aras de una mayor claridad, transparencia y seguridad jurídica habría inducido al Consejo a derogar y a sustituir dicha normativa «sin perjuicio de los procedimientos compensatorios ya iniciados con arreglo al mismo o al Reglamento (CEE) n° 2423/88».

³⁹ DOCE L 288, de 21.10.1997, p. 1.

ii. cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos adeudados (por ejemplo, incentivos tales como los créditos por impuesto); a este respecto, no se considerará como subvención la exoneración en favor de un producto exportado de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en un importe que no exceda del acumulado, siempre que la exoneración se conceda con arreglo a lo dispuesto en los anexos I a III;

iii. cuando los poderes públicos proporcionen bienes o servicios que no sean de infraestructura general o cuando compren bienes;

iv. cuando los poderes públicos realicen pagos a un sistema de financiación o encomienden a una entidad privada una o más de las funciones descritas en los incisos i, ii y iii que normalmente le incumbirían, y la práctica no difiera realmente de las prácticas normalmente seguidas por los poderes públicos, o

1.b) haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994, y

2) con ello se otorgue un beneficio».

Como se puede observar, esta definición presenta ciertas diferencias interesantes con la versión de 1994. Así, el término *gobierno* de la versión de 1994 es reemplazado por la expresión más genérica de *poderes públicos*⁴⁰, de acuerdo con la consolidada interpretación extensiva del término *Estado* en sede comunitaria⁴¹. Por otro lado, en el inciso 1.ii se añade el término *adeudados*⁴² cuando se refiere al supuesto de que se *condonen o no se recauden ingresos públicos*, sustituyendo en el

⁴⁰ La sustitución del término *gobierno* por el de *poderes públicos* se realiza ya en el artículo 1, apartado 3, que en la versión de 1994 señalaba que «se entenderá por “gobierno”, a efectos del presente Reglamento, el gobierno o cualquier organismo público del territorio del país de origen o de exportación», mientras que en la de 1997 puede leerse: «a efectos del presente Reglamento, se entenderá por “poderes públicos” cualquier organismo público que sea de la competencia territorial del país de origen o de exportación».

⁴¹ Sobre esta cuestión, vid. *infra* apartado 3.1 del capítulo cuarto.

⁴² En la versión española del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994 se utiliza la expresión *que en otro caso se percibirían*, al igual que se habla de *Gobierno* y de *bonificaciones fiscales*.

ejemplo la expresión *bonificación fiscal* por la de *créditos por impuesto*. Por su parte, la Comisión adoptó en 1998 una comunicación en la que desarrolla las *Directrices para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios*⁴³. Y en el ámbito de la CECA, ha sido también la Comisión quien ha adoptado la Decisión n° 1889/98/CECA, de 3 de septiembre de 1998⁴⁴, sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero⁴⁵, cuyo artículo 2 incorporaba una definición de la categoría de subvención idéntica a la del ya citado Reglamento (CE) n° 2026/97.

Por lo que se refiere a la normativa estadounidense, la ratificación de los acuerdos de la Ronda Uruguay del GATT supuso una nueva reforma de la *Tariff Act* de 1930 a través de la *Uruguay Round Agreements Act* (URAA), al objeto de adaptarla a los nuevos compromisos internacionales.

Como consecuencia del consenso alcanzado en la Ronda Uruguay del GATT y las mutuas cesiones de las partes, la definición de subvención que hoy incorpora la legislación norteamericana⁴⁶ guarda plena coincidencia con la recogida en el Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994⁴⁷. Junto a esta normativa básica aprobada

⁴³ DOCE C 394, de 17.12.1998, p. 6.

⁴⁴ Con anterioridad a esta Decisión, la Comisión había ido aprobando los siguientes textos: Decisión n° 2424/88/CECA (DOCE L 209, de 2.8.1988, p. 18), Decisión n° 2177/84/CECA (DOCE L 201, de 30.7.1984, p. 17), Recomendación n° 3018/79/CECA (DOCE L 339, de 31.12.1979, p. 15) y Recomendación n° 3025/82/CECA (DOCE L 317, de 13.11.1982, p. 17).

⁴⁵ DOCE L 245, de 4.9.1998, p. 3.

⁴⁶ He aquí el texto recogido en 19 USC at 1677 (35): transcrito en versión original «(5) Countervailable subsidy: (A) In general, except as provided in paragraph (5B), a countervailable subsidy is a subsidy described in this paragraph which is specific as described in paragraph (5A); (B) Subsidy described: a subsidy is described in this paragraph in the case in which an authority: i) provides a financial contribution, ii) provides any form of income or price support within the meaning of Article XVI of the GATT 1994, or iii) makes a payment to a funding mechanism to provide a financial contribution, or entrusts or directs a private entity to make a financial contribution, if providing the contribution would normally be vested in the government and the practice does not differ in substance from practices normally followed by governments, to a person and a benefit is thereby conferred».

⁴⁷ Entre los comentaristas norteamericanos del Acuerdo de 1994 se ha destacado la influencia que en su redacción han tenido la legislación y la práctica estadounidenses

por el Congreso es preciso destacar la importancia de las normas que para su desarrollo elabora la Administración Federal, el *DOC*, en forma de *final regulation/rules*. Mención especial merecen las adoptadas el 11 de mayo de 1995 como *interim final regulations*⁴⁸, que se limita a desarrollar las obligaciones derivadas de la URAA, así como a regular nuevos procedimientos y a revisar aquéllos afectados por las mismas. Posteriormente, el Departamento de Comercio adoptó también, tras un intenso proceso de información pública, la *Countervailing Duties Final Rule*, de 25 de noviembre de 1998⁴⁹, que será objeto de especial atención al analizar la posible existencia de una ventaja en las aportaciones de capital público en el comercio internacional⁵⁰.

3. El concepto de ayuda en el Derecho comunitario de la competencia

En el Derecho comunitario el término *ayuda* es empleado en distintos ámbitos y no siempre con un único significado. Por ello, antes de entrar en su significado técnico-jurídico, procede realizar unas precisiones terminológicas. En primer lugar, la inexistencia de un concepto legal de *ayuda* pudiera dar a entender que dicho término se utiliza en su sentido genérico o gramatical; sin embargo, es preciso adelantar que no toda *ayuda*, en sentido amplio, se encuentra sometida a la regulación comunitaria de la competencia⁵¹. En segundo

sobre la determinación de las subvenciones contra las que cabe imponer medidas compensatorias y sobre la medición del beneficio aportado por las mismas. Cfr. HORLICK, G. N., CLARKE, P. A.: «The 1994 WTO Subsidies Agreement», en WC, vol. 17, 1993-1994, pp. 41 a 54, en especial p. 42.

⁴⁸ 60 FR 25, 130.

⁴⁹ Cfr. 19 CFR, part 351. Esta resolución fue publicada en 63 FR at 65348 (1998). Puede, asimismo, consultarse en internet en la dirección: www.access.gpo.gov/ (última consulta en noviembre de 2002).

⁵⁰ Vid. *infra* capítulo quinto de este trabajo, especialmente apartado 2.2.

⁵¹ Como veremos con más detalle a lo largo de esta obra, el carácter particular de la noción de ayuda en el Derecho comunitario de la competencia impide calificar como tales a medidas generales de política económica, como una reducción generalizada de cotizaciones sociales o de impuestos o a aquéllas que, aunque favorezcan a empresas o sectores, no suponen una carga para los presupuestos públicos. En este contexto tampoco

lugar, el término ayuda suele adjetivarse de manera diferente y así se habla de *ayudas de Estado*, de *ayudas públicas*, de *ayudas nacionales* y de *ayudas comunitarias*⁵², cuando en realidad sólo en determinados

podrían calificarse como ayudas las procedentes de terceros países no comunitarios sin perjuicio de la posible aplicación, en su caso, de las reglas del GATT. Cfr. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L.: *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas*, Colección Estudios Europeos, Comunidad de Murcia, 1992, p. 28.

⁵² En la doctrina suelen emplearse de manera indistinta las tres primeras expresiones. Vid. a título de ejemplo sobre ayudas nacionales: FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El control de las ayudas financieras nacionales», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1986, pp. 619 a 646; BLUMANN, C.: «De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales», en BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationales dans la Communauté Européenne*, capítulo V, Publications de l'Université de Tours, 1987, pp. 85 a 124; CADIEUX, J. L.: «Restructuration industrielle et politique communautaire vis-à-vis des aides nationales», en DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., VANDAMME, J. (dir.): *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, París, 1988, pp. 77 a 88; CHÉROT, J. Y.: «La discipline des aides nationales dans la Communauté Européenne», en *REI*, n° 63, 1^{er} trim., 1993, pp. 222 a 241. Sobre ayudas públicas: DELCROS, X.: «Le contrôle du juge administratif français en matière d'aides publiques», en *AJDA*, n° 6, pp. 462 a 471; POUCHAIN, M., LAMBERT, T.: «Les aides publiques: éléments d'analyse statique», en *AJDA*, n° 6, pp. 472 a 473; HEREDIA BENOT, D.: «Control de las ayudas públicas», en Varios: *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92-94 del Tratado CE)*, Fundación Galicia-Europa, 1997, pp. 27 a 59; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Monografías Aranzadi, 2000. Sobre ayudas de Estado: DONY-BARTHOLME, M.: «La notion d'aide d'Etat», en *CDE*, IX, 3-4, 1993, pp. 399 a 416; CUESTA, C.: «Las directrices comunitarias sobre ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», en *ICE*, 2354, del 25 al 31 de enero de 1993; GARCÍA FEMENIA, A. M.: «Ayudas estatales: intervenciones financieras notificación previa (Comentario de la STJCE en el asunto C-301/87, Francia v. Comisión)», en *Not. CEE*, n° 78, julio, 1991, pp. 125 a 129; FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: «Ayudas otorgadas por los Estados (Dº comunitario)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 740 a 742; FRANZOSI, M.: «Il sistema degli aiuti di Stato ex artt. 92-94 Tratt. UE, alla luce della recente giurisprudenza», en *For. Pad.*, n° 2, pt. II, 1995, pp. 13 a 28; QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Ayudas estatales a las empresas», en BIGLINO CAMPOS, P. (coord.): *Diccionario de términos comunitarios*, Madrid, 1997, pp. 29 a 36; RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado en favor del medio ambiente», en *ADI*, n° XVII, 1996-1997, pp. 1083 a 1096; RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado», en *RDBB*, n° 69, enero-marzo, 1998, pp. 81 a 124; CHÉROT, J. Y.: *Les aides d'Etat dans les Communautés Européennes*, Economica, París, 1998;

contextos pueden ser términos intercambiables⁵³. La expresión *ayudas de Estado*⁵⁴ es la más clásica y la que más se ajusta a la literalidad del artículo 87 CE (antiguo 92 Tratado CE). De forma no del todo precisa nos remite al ente otorgante, el Estado nacional, entendido en sentido amplio como centro de imputación de responsabilidades en la esfera comunitaria. En este sentido, la expresión *ayudas de Estado* tendría el mismo sentido que la de *ayudas nacionales*.

A su vez, la expresión *ayudas públicas* alude en un sentido más general al origen *público* de los recursos que constituyen la ventaja otorgada; sin embargo, no podemos olvidar que tan públicas pueden ser las ayudas otorgadas por una administración nacional como aquéllas que provengan de una institución comunitaria⁵⁵.

Finalmente, las *ayudas comunitarias* son aquéllas cuyos fondos proceden del presupuesto comunitario, si bien el acceso a las mismas puede ser *directo* –cuando su concesión se efectúa por las autoridades comunitarias (ayudas comunitarias directas⁵⁶)– o *indirecto* –cuando en las condiciones de su otorgamiento intervienen las autoridades nacionales (fondos estructurales⁵⁷)–. En uno y en otro caso, los pagos se efectúan a través de las autoridades nacionales.

KEPPENNE, J. P.: *Guide des aides d'Etat en Droit communautaire. Reglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999; HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State Aids*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1999.

⁵³ Acerca de esta cuestión, vid. CORRAL INUARBE, P.: *Vademecum de ayudas financieras y subvenciones de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 1 a 8.

⁵⁴ Con carácter general ésta es la denominación que emplearemos a lo largo de todo nuestro trabajo, siguiendo el ejemplo de la Comisión que la utiliza en sus documentos con carácter prácticamente exclusivo en las diversas versiones lingüísticas.

⁵⁵ El artículo 19 LDC emplea el término *ayuda pública* para poder comprender no sólo las de origen estatal, sino también las que concedan las demás administraciones públicas territoriales que pueden acudir a estas medidas de fomento.

⁵⁶ Este es el caso de diversas acciones e iniciativas comunitarias, como las que establece el Programa LIFE en el ámbito del medio ambiente, o el Programa Raphael en relación con el patrimonio cultural.

⁵⁷ Respecto a los denominados fondos comunitarios, no puede olvidarse la necesidad de la cofinanciación entre las autoridades nacionales y las comunitarias en proporciones diversas según los objetivos y los beneficiarios.

3.1. Tratado CECA y tratado CE: de la prohibición absoluta a la incompatibilidad relativa

De los tres tratados constitutivos de la Comunidad Europea⁵⁸ sólo dos –el Tratado CECA y el Tratado CE– contenían normas sobre ayudas⁵⁹. Como ha destacado en general la doctrina, el rasgo más sobresaliente de su regulación es la ausencia de una definición legal de ayuda⁶⁰. En efecto, ni el tratado por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado CECA) de 1951, ni el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CEE) de 1957 ofrecían definición alguna de ayuda.

⁵⁸ En este trabajo no vamos a detenernos en la regulación sobre ayudas estatales contenida en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo al ser en todo coincidente con la comunitaria, por lo que lo expuesto sobre ésta le es perfectamente trasladable. Con carácter general sobre la regulación de ayudas estatales del AEEE, vid. MARTÍN, I.: «Le contrôle des aides d'Etat dans l'Espace Economique Européen», en *RIDE*, n° 3, 1993, pp. 403 a 427. En relación con los acuerdos de la Comunidad Europea con terceros países, al margen del AEEE, vid., EVANS, A.: «Contextual Problems of EU Law: State Aid Control Under the European Agreements», en *ELR*, vol. 21, n° 4, august, 1996, pp. 263 a 279.

⁵⁹ Como recuerda RODRÍGUEZ CUIEL («Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia», en *EL*, n° 318, 1997, pp. 97 a 110, en particular p. 105, con sus correspondientes notas), el Tratado Euroatom no contiene ninguna reglamentación sobre ayudas estatales comparable a la de los artículos 92 a 94 Tratado CE (hoy 87 a 89 CE), puesto que, como señala, citando a RODRIGO FERNÁNDEZ («Ayudas de Estado», en *Not. CEE*, n° 33, p. 71), dicho tratado sólo contiene una referencia muy limitada a las ayudas de Estado a las empresas conjuntas, en su artículo 48, que se remite al anexo III del mismo; por ello, añade dicho autor, la Comisión, el Abogado General en sus conclusiones en los asuntos acumulados 188 a 190/80 y la doctrina en general entienden que deben aplicarse los preceptos del Tratado de Roma, sin que sea obstáculo para ello el apartado 2 del artículo 305 CE (ex 232 Tratado CE). Respecto a esta última cuestión, siguiendo a KEPPELNE, J. P. (*Guide...*, op. cit., p. 16, nota 1), el apartado 2 del artículo 305 CE (ex 232 Tratado CE) no deroga las previsiones del Tratado Euroatom, sino que, como entiende la propia Comisión, la ausencia de disposiciones sobre ayudas estatales en este Tratado determina que rigen las correspondientes reglas del Tratado CE, aunque en la práctica no se conozcan supuestos de aplicación de las reglas sobre ayudas estatales a empresas que desarrollen su actividad en el ámbito sometido a dicho tratado.

⁶⁰ Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA (*Las ayudas...*, op. cit., p. 23), esta afirmación constituye ya un lugar común en la doctrina. Por su parte, FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, en Cuadernos de Estudios Europeos, n° 9, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1993, p. 25), quien, en este sentido, cita también a IPSEN (*Europäische Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972, pp. 671 y ss.), ha destacado que esta indefinición no ha dejado de propiciar

El artículo 4 del Tratado CECA se limitaba a prohibirlas de plano al establecer que «se reconocen como incompatibles con el mercado común del carbón y del acero y quedarán por consiguiente suprimidas y prohibidas dentro de la Comunidad, en las condiciones previstas en el presente Tratado: c) las subvenciones o ayudas otorgadas por los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma».

Por su parte, el párrafo 1º del artículo 92 del Tratado CE (hoy artículo 87.1 CE), aprobado sólo cinco años después⁶¹, formula como principio general la incompatibilidad⁶² 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, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, salvo que el Tratado disponga otra cosa.

La doctrina en general ha apreciado la intencionalidad de la ausencia de una definición legal de ayuda en el Derecho comunitario de la competencia, puesto que una definición precisa, si es que pudiera

importantes críticas por ni siquiera haber descrito detalladamente el supuesto de hecho que merece tal calificación.

⁶¹ La diferencia formal entre uno y otro planteamiento se explicaría, a juicio de MEROLA («Introduction à l'étude des règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux entreprises», en *RIDE*, nº 3, De Broeck Université, Bruxelles, 1993, pp. 277 a 323, en concreto pp. 283 y ss.), por el carácter sectorial del Tratado CECA que, por una parte, preveía la transferencia por los Estados miembros a la Alta Autoridad de determinadas competencias sustanciales en materia económica, dentro del ámbito de aplicación del propio Tratado; Alta Autoridad a la que, además, se confería la facultad de acordar el otorgamiento de ayudas comunitarias a la industria del carbón y del acero, sobre las que ejercía su control en detrimento de las autoridades nacionales que renunciaban a su otorgamiento unilateral.

⁶² Como apunta HERMITTE («Aides des Etats membres-compatibilité des aides des Etats membres avec le Droit communautaire», en *JCE*, vol. III, fasc. 675, 1989, p. 2), esta «incompatibilidad de principio» adquiere en el Derecho comunitario un sentido particular, ya que no significa tanto que las excepciones a la incompatibilidad sean raras, sino más bien que son concedidas por la Comisión de manera individualizada, en la medida en que son el instrumento de una política económica de reestructuración del tejido industrial según las normas más competitivas. En términos parecidos, KEPPENE (*Guide...*, op. cit., pp. 8 y 9) señala como en la práctica la incompatibilidad del apartado 1 del artículo 87 CE (ex artículo 92 Tratado CE) se muestra más como la excepción que como la regla general.

darse, limitaría en la práctica la finalidad de la norma⁶³ e impediría a la Comisión ejercer su facultad de control sobre unos comportamientos estatales que se consideran negativos desde la perspectiva de la consecución de un régimen de competencia no falseada⁶⁴.

La necesidad de superar la ausencia de definición legal del concepto de *ayuda* ha llevado tanto a la doctrina⁶⁵ como a la propia jurisprudencia⁶⁶ y a la Comisión⁶⁷ a ofrecer algunas definiciones que, con carácter descriptivo y finalidad práctica, han querido aproximarse al

⁶³ Por todos, vid. EVANS, A.: *EC Law of State Aid*, European Community Law Series, Oxford, 1997, p. 27.

⁶⁴ Cfr. artículo 3.º CE.

⁶⁵ En nuestra doctrina destaca la ya clásica definición ofrecida por BERCOVITZ («Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Tratado de Derecho...*, op. cit., vol. II, pp. 327 a 480, en especial p. 463), para quien «son ayudas estatales (...) cualesquiera atribuciones de ventajas patrimoniales a favor de empresas determinadas, individualmente o de forma global, realizadas directa o indirectamente con cargo a fondos públicos en condiciones distintas a las que serían normales en el mercado».

⁶⁶ A juicio de RODRÍGUEZ CUIEL (*Ayudas de Estado a empresas públicas. Las aportaciones de capital y otras medidas de financiación de las empresas públicas o con participación pública, como ayudas de Estado según el Tratado de la CEE*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989, pp. 69 y 70), la más completa de las definiciones ofrecidas por la jurisprudencia comunitaria se encuentra en la STJCE de 27 de marzo de 1980, *Denkavit italiana* (Asunto 61/79, fundamento 31) que, en traducción del propio autor, indica que el artículo 92.1 Tratado CE se refiere a «las decisiones de los Estados miembros por las que estos últimos, para alcanzar objetivos económicos y sociales que le son propios, ponen, mediante decisiones unilaterales y autónomas a disposición de las empresas o de otros sujetos de derecho, recursos procurándoles ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetivos económicos o sociales perseguidos».

⁶⁷ En este sentido resulta especialmente descriptiva la definición que incorporan las Directrices para el examen de las ayudas de Estado en el sector de la pesca y de la acuicultura (DOCE C 100, de 27.3.1997, p. 5), cuyo apartado 1.1, bajo la rúbrica de «principios generales», establece: «1.1. Las presentes directrices afectarán a todas las medidas que supongan una ventaja financiera para una o para varias empresas, cualquiera que sea su forma, y que estén financiadas directa o indirectamente con recursos presupuestarios de cualquier autoridad pública, nacional, regional, provincial, departamental o local. Se considerarán ayudas las transferencias de capitales, los préstamos con interés reducido, las bonificaciones de intereses, determinadas participaciones públicas en el capital de las empresas, las ayudas financiadas con recursos procedentes de gravámenes especiales, así como las ayudas concedidas en forma de garantía del Estado para préstamos bancarios o en forma de reducción o exención de tasas o impuestos, incluidas las amortizaciones aceleradas y la reducción de las cotizaciones sociales».

concepto contenido en la normativa comunitaria. En la práctica comunitaria, como recuerda Evans⁶⁸, las ayudas han sido definidas de diferente modo. La mayoría de las definiciones consideran las ayudas simultáneamente como un beneficio para la empresa que las recibe y como una carga para los presupuestos públicos. Por contra, otras definiciones se centran en el beneficio que suponen para el que las recibe, en la carga que representan para las finanzas públicas o en los propósitos del Estado concedente.

En definitiva, la fórmula adoptada por el legislador comunitario para establecer el control sobre las ayudas ha derivado en un sistema de marcado carácter casuístico (*case law*) en el que no siempre resulta fácil formular criterios generales. Este sistema confiere a la Comisión la posibilidad de efectuar una aplicación amplia y flexible⁶⁹, cuyos límites quedan acotados por el ulterior acceso a la vía judicial.

Como hemos visto, el artículo 4.c Tratado CECA, en el que no se definía el término *ayuda* y se identificaba erróneamente con el de *subvención*, imponía una prohibición tajante de las ayudas estatales cual-

Más recientemente podemos encontrar otra definición en XXX IPC 2000, COM (2001) 694 final, de 7.5.2001, en cuyo apartado 314 se define la ayuda como «una ventaja que las autoridades públicas confieren a una empresa, sin pago o mediante un pago que corresponde sólo en una pequeña medida a la cifra en que se puede valorar la ventaja. Una definición de este tipo abarca la asignación de recursos y la concesión de la exención al pago de costes que, de no ser por ella, tendría que soportar la empresa, lo que le permite ahorrar».

⁶⁸ EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 27.

⁶⁹ Según advierte FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 25), a pesar de los reproches de ambigüedad e imprecisión de que han sido objeto los tratados en este punto, no dejan de ser fruto de lo que el autor califica de excesivo formalismo, que es lo que, a su juicio, se ha querido marginar deliberadamente de esta regulación, como vendría a confirmar la jurisprudencia a partir de la STJCE recaída en el asunto 173/73, Italia c. Comisión, Rec. 1974, pp. 709 y ss. Por su parte, RODRÍGUEZ CURIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 69 y nota 104), citando también a SCHINA (*State Aids Under the EEC Treaty*, artículos 92 to 94, European Competition Law Monographs, ESC Publishing Limited, Oxford, 1987, p. 13), recuerda la opinión del Abogado General CARL OTTO LENZ, quien en sus conclusiones en el asunto 234/84, *Meura*, a la que nos referiremos en extenso más adelante, señaló a este respecto que «sin duda una definición dada por los Tratados (CECA y CEE) no sería ni posible ni oportuna, ya que cualquier definición concreta es susceptible de limitar el concepto de ayuda. Pero se impone una interpretación amplia, de modo que el artículo 92 Tratado CE pueda contribuir eficazmente a garantizar que no se falsee la competencia en el mercado común, como exige la finalidad marcada por la letra f del artículo 3 Tratado CE».

quiera que fuera su forma. Un sistema de prohibición tan radical y absoluto como el que se desprendía de la redacción de este precepto, que permaneció inalterado desde su redacción original⁷⁰, resultaba coherente en el contexto económico e ideológico de 1951 con la finalidad y amplitud del Tratado, que se limitaba a regular el carbón y el acero⁷¹. Sin embargo, en la práctica resultó poco realista⁷² desde un principio por lo que, como destaca Fernández Farreres⁷³, los órganos comunitarios tendieron poco después de su entrada en vigor a minorar las consecuencias de esta rigurosa prohibición. A tal efecto se busca cobertura en otras previsiones del propio tratado para admitir la existencia de ciertas excepciones⁷⁴ a la regla general prohibitiva de las ayudas estrictamente nacionales⁷⁵.

⁷⁰ Una buena prueba de su vigencia, al menos formal, se encuentra en el hecho de que siguió constituyendo el punto de partida para analizar el régimen de las ayudas en los sectores del carbón y del acero regulados por el Tratado CECA, como así reconoce la jurisprudencia. Cfr. por todas, STJCE de 1 de diciembre de 1998 en el asunto C-200/97 (apartado 32), que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por la Corte Suprema di Cassazione (Italia), en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Ecotrade Srl y Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), Rec. 1998, p. I-7907.

⁷¹ Debemos destacar, sin embargo, que el Tratado CECA no regulaba todas las ayudas a la siderurgia, ya que existían subsectores de la misma regulados desde un principio por el Tratado CE. Vid. la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación de determinados sectores siderúrgicos no regulados en el Tratado CECA (DOCE C 320, de 13.12.1988, p. 3). Para conocer en extenso el sistema del Tratado CECA, vid. MERTENS DE WILMAR, J.: «Aides CECA et aides CEE. Aspects juridiques d'une convergence économique», en VARIOS: *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 421 a 440.

⁷² Este calificativo está presente en la generalidad de la doctrina. Vid., entre otros, MEROLA, B.: «Introduction à l'étude...», op. cit., p. 485, y EHLERMANN, C.D.: «State Aids Under European Community Competition Law», en *Fortham Int. L. Rev.*, vol 18, 1994, pp. 410 a 436.

⁷³ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 88. Este mismo autor recuerda que el Tribunal de Justicia en su STJCE de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolemmijnen in Limburg c. Alta Autoridad, asunto 30/59, Rec. p. 19, ya declaró que el régimen prohibitivo no alcanzaba a las ayudas financieras otorgadas por la alta autoridad o por los propios Estados «con la *previa autorización expresa de ésta*».

⁷⁴ Cfr. MERTENS DE WILMAR, J.: «Aides CECA...», op. cit., p. 423.

⁷⁵ Un resumen de este proceso puede verse, en nuestra doctrina, en ALVARGONZÁLEZ RODRÍGUEZ, I.: «Las ayudas a la construcción naval, al carbón y al acero», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único Europeo*, en BAUE, n° 9, supl., abril, Principado de Asturias, 1996, pp. 89 a 117, en especial pp. 106 y ss.

Tan sólo cinco años después de su adopción, el sector hullero hubo de hacer frente a una primera crisis derivada del papel preponderante de los hidrocarburos como fuente de energía y de las masivas importaciones de carbón procedente de terceros países, favorecidas por el descenso de los fletes marítimos⁷⁶. Esta primera crisis, a la que siguió la del sector del acero en los años ochenta, puso de relieve la incapacidad del sistema para hacer frente a una crisis estructural en un sector de capital intensivo, por lo que diversos Estados procedieron a conceder masivamente subsidios a sus respectivas empresas nacionales⁷⁷.

Esta situación llevó a la Comisión y al Consejo a solicitar del Tribunal de Justicia un dictamen motivado sobre la base del artículo 95 Tratado CECA, que permitiese ampliar las posibilidades de otorgar ayudas comunitarias a la industria del carbón. Y en efecto, tras un primer informe desfavorable⁷⁸, el Tribunal emitió un segundo y definitivo dictamen⁷⁹ que permitió ampliar considerablemente las competencias de la Comisión para otorgar ayudas comunitarias, gracias a la inclusión de un párrafo nuevo (el 2º)⁸⁰ en el artículo 67 Tratado CECA.

⁷⁶ Vid. MERTENS DE WILMARS, J.: «Aides CECA...», op. cit., p. 430.

⁷⁷ Esta situación de todo punto incompatible con las previsiones del Tratado, que había optado por la sustitución de las ayudas nacionales indiscriminadas por un sistema reglado de ayudas comunitarias, dio lugar a una situación que describe perfectamente CASPARI («The Aid Rules of the EEC Treaty and Their Application», en SCHWARZE (dir.): *Les pouvoirs discrétionnaires des Etats membres de la CE dans le domaine de la politique économique et leurs limites en vertu du Traité CEE*, Nomos, Baden-Baden, 1988, pp. 37 a 52, en concreto p. 47) en los siguientes términos y que, por su expresividad, pasamos a reproducir literalmente: «How was this making light of article 4 (c) justified? There was a time when the principle was applied. «If it cannot be so, it is not so». Aids were declared to be not-aids or were simply ignored. Later, by invoking some would say violating-article 67 of the ECSC Treaty, a theory was developed according to which aids to steel producers under general aid schemes fall under this (unworktable) provisions and not under article 4 (c)».

⁷⁸ Dictamen motivado de 17 de noviembre de 1959, Rec. vol. V (1958-59), p. 537 (555), fundándose dicha disconformidad, entre otras circunstancias, en que el texto propuesto excluía al sector siderúrgico. Vid. MERTENS DE WILMARS, J.: «Aides CECA...», op. cit., p. 430.

⁷⁹ Este dictamen dio paso a lo que se conoce como *petite revision* de 4 de marzo de 1960. Dictamen motivado de 4 de marzo de 1960, Rec. 1960, p. 95 (107).

⁸⁰ En la práctica esta ampliación generó también importantes problemas financieros ante la necesidad de captar los recursos necesarios. Vid. MERTENS DE WILMARS, J.: «Aides CECA...», op. cit., p. 430 y nota 31.

En este contexto, la entrada en vigor del Tratado CE el 1 de enero de 1958 puso de manifiesto la necesidad de elaborar una política coordinada en materia de energía, cuya regulación se encontraba dispersa entre los tres Tratados ya en vigor: CECA, CEE y EUROATOM⁸¹. El problema se solventó con la firma de un protocolo el 21 de abril de 1964⁸² entre la Comisión y los Gobiernos de los Estados miembros de la CECA. De este protocolo saldría la iniciativa de elaborar una política común de la energía, que se apoyaría en la admisión del otorgamiento de ayudas de Estado, por lo que, a través de normas de Derecho derivado y sin nuevos retoques del tratado, se pudo llegar a admitir que las ayudas nacionales otorgadas bajo ciertas condiciones podían ser compatibles, esquivando la taxativa prohibición del artículo 4.

Para justificar la derogación práctica, que no formal, de la prohibición del artículo 4.c, fue necesario encontrar en el propio tratado una base jurídica coherente. La solución que se encontró fue la de acudir nuevamente al artículo 95 Tratado CECA, calificando como *subvenciones comunitarias* a las ayudas otorgadas por medio de recursos nacionales y exigiendo para su autorización que se concediesen sobre la base de un programa común y de criterios uniformes dictados y aplicados por la Comisión⁸³. Con estas premisas la Alta Autoridad aprobó el 17 de febrero de 1965⁸⁴ su primera decisión relativa a un régimen comunitario de intervención de los Estados miembros en favor de la industria hullaera, que suponía la admisión efectiva de ayudas de Estado en el área del carbón.

⁸¹ El Tratado CECA para el carbón, el Euratom para la energía nuclear y el Tratado CE para las otras fuentes de energía, en particular los hidrocarburos.

⁸² Protocolo de Acuerdo relativo a los problemas energéticos entre los Gobiernos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas con ocasión de la 94ª sesión del Consejo Especial de Ministros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, que tuvo lugar el 21 de abril de 1964 en Luxemburgo (DOCE, de 30.4.1964, p. 1099).

⁸³ Conforme a estas precisiones, cualquier otra subvención nacional no estaría justificada y quedaría sujeta a la regla general de prohibición absoluta, prevista por el artículo 4.c, a menos que contase con una autorización especial (*ad hoc*), la cual sólo podría darse en casos extremadamente raros y que habría de adoptarse según el procedimiento extraordinario previsto en el propio artículo 95 Tratado CECA. Vid. MEROLA, B.: «Introduction à l'étude...», op. cit., p. 285.

⁸⁴ Decision 3/65 (DOCE, de 25.2.1965, p. 480).

Por lo que se refiere al sector del acero, será igualmente la crisis de los años ochenta⁸⁵, marcada por una elevada sobrecapacidad de la producción europea y por la caída de precios originada por la producción de terceros países, la que va a provocar una evolución similar, que se traducirá en la aprobación en 1980 del *Primer código de ayudas a la siderurgia*⁸⁶, por el que se completaba y en gran parte sustituía el régimen existente de ayudas comunitarias⁸⁷.

Con el nuevo sistema se produjo, como ya señalábamos, una convergencia fundamental entre las concepciones del Tratado CECA y del Tratado CE⁸⁸, –que se ha hecho definitiva tras la expiración del Tratado CECA el 23 de julio de 2002–, al autorizarse bajo ciertas condiciones el otorgamiento de ayudas estatales. La Comisión ha ido fijando en sucesivas decisiones, con un marcado carácter restrictivo⁸⁹, las ayudas autorizables y las condiciones de su otorgamiento según las particulares circunstancias que atravesaban ambos sectores.

⁸⁵ A propósito de esta cuestión, vid. HEUSDENS, DE HORN: «Crisis Policy in the European Steel Industry in the Light of the ECSC Treaty», en *CML Rev*, n° 17, 1980, pp. 31 y ss.

⁸⁶ Decisión 257/80/CECA de la Comisión, de 1 de febrero de 1980, por la que se instituyen las reglas comunitarias sobre ayudas a la siderurgia (DOCE L 29, de 6.2.1980, p. 5).

⁸⁷ MERTENS DE WILMAR, J.: «Aides CECA...», op. cit., p. 432.

⁸⁸ MERTENS DE WILMAR, J.: «Aides CECA...» op. cit., pp. 421 a 440. Esta convergencia esencial pondría en evidencia la existencia de un verdadero Derecho común de las ayudas estatales en la Unión Europea, que se plasma de manera formal con la expiración del Tratado CECA y con la consiguiente extensión de las reglas del Tratado CE a los sectores del carbón y del acero sometidos a aquél. En relación con la complementariedad práctica de ambos sistemas es especialmente reveladora la STPI de 29 de junio de 2000, DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH (anteriormente Hamburger Stahlwerke GmbH) y RFA c. Comisión, asunto T-234/95, Rec. 2000, p. II-2603, en cuyo apartado 115 puede leerse que «...el juez comunitario ha precisado los conceptos que se contemplan en las disposiciones del Tratado CE relativas a las ayudas de Estado. Estas precisiones son pertinentes para la aplicación de las disposiciones correspondientes del Tratado CECA, en la medida en que no son incompatibles con este último. Está, pues, justificado en tal medida remitirse a la jurisprudencia relativa a las ayudas de Estado comprendidas en el ámbito de aplicación del Tratado CE para apreciar la legalidad de decisiones referentes a ayudas contempladas en el Tratado CECA». (Véase también la STPI de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke y Lech-Stahlwerke c. Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. p. II-17, apartado 100).

⁸⁹ No se pueden olvidar los problemas suscitados con los Estados Unidos por las ayudas a estos sectores, cuya crisis era de dimensión mundial, y las limitaciones que imponía el marco del GATT. A propósito de los problemas con los Estados Unidos, vid. BENYON, F., BOURGEOIS, J.: «The European Community...», op. cit., pp. 305 a 354, y DOMINICK, M. F.: «Countervailing...», op. cit., pp. 355 a 403.

En este contexto, resulta muy ilustrativa la STPI de 12 de mayo de 1999⁹⁰, en la que el Tribunal señala que «la prohibición así expresada se formula con un rigor excepcional porque tiene por objeto intervenciones directas en el funcionamiento del mercado común del carbón y del acero, consideradas, como tales, contrarias a las condiciones mismas de establecimiento de este mercado común. Por ello, se considera a dichas ayudas incompatibles con el mercado común, sin que sea necesario probar, ni siquiera examinar, si de hecho existe la violación de las condiciones de competencia o cabe el riesgo de que se produzca...⁹¹. Así, el régimen de la letra c del artículo 4 del Tratado CECA es distinto del establecido en el apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE (antiguo artículo 92). El primero prohíbe de forma general e incondicional cualquier ayuda, por ser ésta contraria en su esencia a las condiciones mismas de establecimiento del mercado común del carbón y del acero. Por el contrario, el segundo sólo prohíbe una ayuda si ésta puede falsear o amenazar con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

En la actualidad y, sin perjuicio de la vigencia con carácter transitorio respecto de los costes subvencionables correspondientes al ejercicio 2002, respecto de los que rige todavía la Decisión n° 3632/93/CECA, de 28 diciembre 1993⁹², desarrollada e implementada, a su vez, por la Decisión de la Comisión n° 341/94/CECA, de 8 febrero 1994, la concesión de ayudas al carbón se rige por el Reglamento (CE) n° 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002 sobre las ayudas estatales a la industria del carbón⁹³.

⁹⁰ *Moccia Irme SpA y otros c. Comisión*, asuntos acumulados T-164/96, T-165/96, T-166/96, T-167/96, T-122/97 y T-130/97, Rec. 1999, p. II-1477, apartados 82 y 83.

⁹¹ En este punto la sentencia se remite a las conclusiones del Abogado General SR. LAGRANGE, en el asunto *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Alta Autoridad*, asunto 30/59, Rec. 1961, p. 3.

⁹² DOCE L 329, de 30.12.1993, p. 12. Conforme al artículo 14.2 de este Reglamento, las ayudas que cubran los costes correspondientes a al año 2002 podrán quedar sujetas, «previa petición justificada del Estado miembro interesado» a las normas y principios establecidos en la Decisión n° 3632/93/CECA, con excepción de las normas relativas a los plazos y los procedimientos.

⁹³ DOCE L 205, de 12.8.2002, p. 1.

Por su parte, las ayudas a la siderurgia CECA se regulan en la actualidad y, sin perjuicio de las reglas de Derecho transitorio recogidas en la Comunicación de la Comisión, relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultante de la expiración del Tratado CECA⁹⁴, con arreglo a las bases establecidas en el Tratado CE, con las siguientes matizaciones que exponemos de manera resumida:

- Las ayudas regionales a la inversión seguirán estando prohibidas. Esta prohibición también se aplica a la concesión de bonificaciones de la ayuda regional a las PIMES.

- Las ayudas de salvamento y de reestructuración seguirán estando prohibidas⁹⁵.

- A partir del 24 de julio de 2002 se aplican las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente adoptadas en 2000⁹⁶.

- Las ayudas de investigación y desarrollo (I+D) seguirán estando autorizadas de conformidad con lo dispuesto en el Encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de investigación y desarrollo⁹⁷.

- Las ayudas al cierre seguirán estando permitidas.

- Las ayudas a las PYME de hasta el 15% y el 7,5% respectivamente estarán permitidas de conformidad con el Reglamento (CE) n° 70/2001 de la Comisión, sobre ayudas de estado a las pequeñas y media-

⁹⁴ DOCE C 152, de 26.6.2002, p. 5. Esta Comunicación establece en su apartado 42 que «En el caso de las ayudas estatales autorizadas por la Comisión con arreglo al código de ayudas a la siderurgia [Decisión 2486/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996 (DOCE L 338, de 28.12.1996, p. 42)] o al artículo 95 del Tratado CECA con determinadas condiciones, después del 23 de julio de 2002 la Comisión seguirá controlando el cumplimiento de dichas condiciones. En caso de incumplimiento, se aplicará el artículo 88 del Tratado CE». Un breve comentario de este documento puede verse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «A expiración del Tratado CECA e as regras da competencia», en BGE, n° 128, xullo-agosto, 2002, pp. 25 a 28.

⁹⁵ Comunicación de la Comisión - «Ayudas de salvamento y de reestructuración y ayudas al cierre en favor del sector del acero» (DOCE C 70 de 19.3.2002, p. 21).

⁹⁶ DOCE C 37, de 3.2.2001, p. 3. La aplicación de estas directrices supone, como claramente señala la Comunicación de la Comisión que ya no se permiten las ayudas para adaptarse a normas (salvo que se trate de ayudas a PYME y de manera limitada).

⁹⁷ DOCE C 45, de 17.2.1996, p. 5.

nas empresas⁹⁸, a excepción de las subvenciones individuales de elevada cuantía a las que se refiere el artículo 6 del mismo y, que seguirán prohibidas.

■ Las ayudas *de minimis* y a la formación son permitidas de conformidad con lo dispuesto en sus respectivos reglamentos reguladores⁹⁹.

■ Las ayudas a empleo están igualmente permitidas de conformidad con las Directrices sobre ayudas al empleo¹⁰⁰.

A diferencia del Tratado CECA, el Tratado CE diseñó desde un principio un sistema normativo más completo en relación con las ayudas dentro de las normas dedicadas a la *política de la competencia*¹⁰¹.

La perspectiva con la que aborda este tratado la regulación de las ayudas es claramente diferente de la que recogía inicialmente el Tratado CECA¹⁰² en la medida en que la prohibición absoluta se sustituye por la incompatibilidad, en principio, de las ayudas que reúnan determinadas características¹⁰³.

⁹⁸ DOCE L 10, do 13.1. 2001, p. 33.

⁹⁹ Reglamento (CE) n° 69/2001 de la Comisión (DOCE L 10, de 13.2001, p. 30) y n° 68/2001 de la Comisión (DOCE L 10, de 13.2001, p. 20).

¹⁰⁰ DOCE C 334, do 12.12.1995, p. 4. Tengase en cuenta que estas directrices han expirado tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337, de 13.12.2002, p. 3).

¹⁰¹ La versión original del Tratado CE incluía en el título primero de la parte tercera, bajo la rúbrica de «política de la Comunidad», un capítulo primero (artículos 85 a 94), dedicado a las «normas sobre la competencia», cuya sección III se refería a las ayudas otorgadas por los Estados. El artículo G 17 del TUE modificó esta estructura al transformar el citado título I en título V: «normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones».

¹⁰² En su origen se puede describir el sistema de ayudas públicas CECA como un sistema elaborado de ayudas comunitarias específicas que excluye las ayudas de Estado, y el sistema CEE como un sistema de ayudas de Estado que ofrece a los Estados miembros amplias posibilidades de intervención, pero cuyo ejercicio está sometido al control permanente y previo de la Comunidad. Vid. MERTENS DE WILMAR, J.: «Aides CECA...» op. cit., pp. 327-328.

¹⁰³ Con respecto a esta cuestión, JOLY («L'incompatibilité des aides nationales», en BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationales...*, op. cit., pp. 15 y ss) subraya que la regla de incompatibilidad que consagra el artículo 92.1 en materia de ayudas de Estado constituye el fundamento del control material ejercido por las autoridades comunitarias encargadas de asegurar el respeto a las normas de la competencia. El Tratado CE condena las ayudas de Estado no en tanto tales, sino únicamente porque constituyen prácticas restrictivas que van en contra de la idea misma de mercado común y de su principio de unidad.

3.2. El denominado test de la compatibilidad

Aunque tampoco define el concepto de ayuda, el Tratado CE formula en el apartado 1 del artículo 87 CE (antiguo artículo 92 Tratado CE) lo que con acierto ha definido Roberti¹⁰⁴ como una *hipótesis compleja*, integrada por una pluralidad de elementos constitutivos al establecer la «incompatibilidad con el mercado común en la medida que afecten a los intercambios entre los 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», con la limitación de que «el Tratado disponga otra cosa»¹⁰⁵.

La doctrina ha abordado de diversa manera el estudio de las condiciones enumeradas en el artículo 87.1 CE. Algunos autores se limitan a analizar cada una de las proposiciones de dicho precepto señalando, no obstante, un número variable de condiciones¹⁰⁶. Otros conceptúan

Desde un punto de vista jurídico, la diferente redacción se explicaría, en primer lugar, por la diferente naturaleza de los tratados en que se inscriben. El Tratado CECA es un tratado-ley que establece con detalle una lista exhaustiva de prácticas anticompetitivas de los Estados miembros y que fija él mismo las sanciones que le corresponden: la abolición y la prohibición. El Tratado CE es un tratado-marco, no sólo mucho más general en la definición de las ayudas de Estado sino también más vago en la determinación de las condiciones de la incompatibilidad, conformándose con establecer el principio de incompatibilidad, sin fijar la consecuencias sancionadoras, que quedan en manos de la Comisión y del Tribunal de Justicia.

Desde un punto de vista económico, la diferencia entre ambos Tratados obedece a su distinto campo de aplicación: mientras que el Tratado CECA no afecta más que a dos productos, el Tratado CE tiene unos objetivos económicos más amplios, puesto que afecta a la vez tanto a los productos industriales como a los agrícolas.

¹⁰⁴ ROBERTI, G. M.: «Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales», en *AJDA*, n° 6, 20, juin, 1993, París, pp. 397 a 411, especialmente p. 399. En el mismo sentido, GARBAR, CH.: «Aides d'Etat: pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté Européenne (1990-1994) I y II», en *RMC*, 383 y 384, décembre 1994-janvier 1995, pp. 665 a 674 y 36 a 45, en concreto p. 666.

¹⁰⁵ Con esta última mención se hace referencia a las ayudas sometidas a un régimen especial, como las ayudas a la agricultura o al transporte. Por todos, vid. SCHINA, D.: *State Aids...*, op. cit., pp. 37 y ss., y RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 102.

¹⁰⁶ Mientras RODRÍGUEZ CURIEL (tanto en su ya citado libro *Ayudas de Estado...*, p. 69, como en sus artículos «Compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas de Estado a empresas públicas. Artículo 92.3 del Tratado CE», en *RAP*, n° 122, 1990, pp. 409 a

las condiciones establecidas en el precepto, y así habla de origen, de destinatario, de efectos y de formas¹⁰⁷. Un tercer grupo lo conformarían los autores que distinguen entre las condiciones que se refieren a la noción de ayuda propiamente dicha y las que aluden a su incompatibilidad¹⁰⁸.

Lo cierto es que el apartado 1 del artículo 87 CE enumera las seis condiciones siguientes:

438, y «Giro jurisprudencial restrictivo del concepto de ayuda de Estado. STJCE, de 17 de marzo de 1993», en *GJ*, nº 1, 83, serie B, abril, 1993, pp. 5 a 11, en especial p. 10, nota 20), habla de cuatro elementos, otros autores, como QUIGLEY («The Notion of State Aid in the EEC», en *ELR*, 1998, pp. 242 a 256), distinguen únicamente tres condiciones, aunque sólo la primera (la medida debe ser una ayuda otorgada por un Estado miembro o mediante recursos estatales cualquiera que sea su forma) determina si la medida adoptada es ayuda, mientras que las demás (2.- Debe distorsionar o amenazar con distorsionar la competencia favoreciendo a determinadas empresas o a la producción de determinados bienes; 3.- Debe afectar el comercio entre Estados miembros) hacen referencia a su posible compatibilidad. A su vez, SCHINA (*State Aids...*, op. cit., pp. 12 y ss.) distingue cinco (excluyendo la forma); e incluso de manera más expositiva, KOBIA habla de seis en su conferencia «*Introduction to the Law, Practice and Policy of State aids in the European Community*», pronunciada en Gante (Bélgica), el 1.2.96. y reproducida en internet: <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/six/en/sp96007.htm> (última consulta en noviembre de 2002). Finalmente, no faltan autores como DA CRUZ VILAÇA y ARAGAO MORAIS («Competition Policy and Etate Aids to Undertaking», en *Antitrust between EC Law and National Law*. Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario, Treviso, 1998, pp. 325 a 345), para quienes sólo dos condiciones (la existencia de una ayuda, otorgada por una autoridad pública o mediante fondos estatales) determinan si una medida es una ayuda estatal, mientras que las demás permiten calificarla de incompatible.

Por su parte, el Abogado General MARCO DARMON en sus conclusiones de 25 de noviembre de 1992, en el asunto C-189/91, Rec. 1993, p. I-6185, recordó que la jurisprudencia sobre el ámbito de aplicación del artículo 92.1. Tratado CE (hoy 87.1 CE) distingue las tres nociones siguientes: «origen de la ayuda»(otorgada por el Estado o mediante fondos estatales), «naturaleza» (selectividad o favorecimiento de determinadas empresas o producciones) y «efectos de la ayuda» (afectación de los intercambios y falseamiento de la competencia).

¹⁰⁷ En algunos casos las clasificaciones toman el esquema general de las subvenciones (elementos subjetivos, objetivos...), como en MORILLAS JARILLO («El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Civitas, 1996, pp. 3989 a 4046), o adoptan carácter propio, como en GARBAR («Aides d'Etat...», op. cit., pp. 665 a 674 y 36 a 45), quien habla de origen, destinatario y efectos.

¹⁰⁸ Entre estos autores es posible advertir también notables diferencias a la hora de valorar cuáles son las condiciones relativas al concepto de ayuda y cuáles las que se refieren a su incompatibilidad. Sobre esta cuestión, vid. *infra* el apartado 3 del capítulo sexto de este trabajo.

- 1) Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa.
- 2) ... las ayudas otorgadas ... bajo cualquier forma ...
- 3) ... otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales ...
- 4) ... que falseen o amenacen falsear la competencia ...
- 5) ... favoreciendo a determinadas empresas o producciones ...
- 6) ... en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros ...

Como subraya Roberti¹⁰⁹, la fórmula elegida por los redactores del Tratado CE cumple un doble objetivo, puesto que, por una parte, enuncia el principio de incompatibilidad de las ayudas de Estado con el Mercado Común y, por otra, define la noción de ayuda de Estado y con ello el campo de aplicación material de su correspondiente régimen. En efecto, los distintos elementos que se enuncian en el apartado 1 del artículo 87 CE se refieren a su ámbito de aplicación material, al origen estatal de las ayudas potencialmente incompatibles y a las condiciones para su incompatibilidad.

Según ya hemos advertido¹¹⁰ al abordar el análisis de las condiciones del apartado 1 del artículo 87 CE, se observa cómo algunos autores incluyen el carácter de ayuda otorgada por los Estados o mediante fondos estatales como una más de las condiciones de la incompatibilidad, mientras que otros consideran que el origen estatal se refiere más que a su incompatibilidad a la noción misma de ayuda sometida al control comunitario, identificando en el ámbito del Derecho comunitario la noción de ayuda con la de ayuda de Estado, que es la que está sometida a la regla general de incompatibilidad.

Es posible concluir, por lo tanto, que los esfuerzos de la Comisión, bajo el control de los tribunales, se centran, más que en la definición del término ayuda en sentido amplio, en la determinación de qué medidas pueden constituir ayudas de Estado incompatibles¹¹¹. En este sen-

¹⁰⁹ ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., p. 399. En el mismo sentido, GARBAR, CH.: «Aides d'Etat...», op. cit., p. 666.

¹¹⁰ *Supra* nota 99.

¹¹¹ Existen numerosas sentencias que examinan el concepto de ayuda, si bien en la práctica su análisis se centra en determinar si los supuestos decididos por la Comisión reúnen efectivamente las condiciones enumeradas en el apartado 1 del artículo 87 CE. Vid.

tido, ya el Reglamento (CE) 659/99 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (hoy artículo 88 CE)¹¹², define en su artículo 1 el término *ayuda* como *toda medida que reúna todos los criterios establecidos en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado*¹¹³.

En consecuencia, la determinación de las medidas sometidas al control comunitario se ha traducido en la práctica en un complejo proceso de calificación, conocido en el lenguaje comunitario como el *test de la compatibilidad*, a través del cual se trata de dilucidar 1) si una medida concreta cumple las condiciones necesarias para ser considerada como ayuda de Estado, en principio incompatible y, en su caso, 2) si es susceptible de encajar en alguna de las excepciones previstas¹¹⁴.

3.3. *El carácter de ventaja como elemento esencial de la noción de ayuda*

Como oportunamente apuntaron Kovar¹¹⁵ y Rodríguez Curiel¹¹⁶, es mérito de la jurisprudencia haber delimitado la esencia de la ayuda

a título ilustrativo la STJCE de 7 de mayo de 1998, que falló los asuntos acumulados C-52/97 (Epifanio Viscido) y C-54/97 (Mauro Scandella y otros (C-53/97) y Massimiliano Terragnolo y otros) contra el ente Poste Italiane (Rec. 1998, p. I-2629) y la STPI de 27 de enero de 1998, Ladbroke Racing Ltd. c. Comisión, asunto T-67/94, Rec 1998, p. II-1.

¹¹² DOCE L 83, de 27.3.1999, p. 1.

¹¹³ Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «O Consello aproba o Regulamento sobre procedemento en materia de axudas estatais», en BGE, n° 91, marzo, 1999, pp. 7 a 10, en especial p. 5 a 8.

¹¹⁴ Este procedimiento se explica claramente, por ejemplo, en el apartado 25 de las Directrices sobre ayudas de Estado al transporte aéreo [*Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación* (DOCE C 350, de 10.12.1994, p. 7)].

¹¹⁵ KOVAR, R.: «Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat», en RTDC, 45 (1), janvier-mars, 1992, pp. 112 y ss.

¹¹⁶ EN su citado trabajo «Las ayudas públicas...», op. cit., en particular p. 88 y notas 5 y 6, RODRÍGUEZ CURIEL recuerda como en algunas sentencias de los años setenta se incluyó en el concepto de ayuda el carácter gratuito de la ventaja, requisito del que actualmente parece haberse prescindido, de acuerdo con un sector de la doctrina, que considera que el criterio más plausible es que existirá ayuda si se obtiene un beneficio que no se habría alcanzado normalmente, independientemente de la contribución total o parcial de la empresa receptora a la financiación de la medida. Este autor cita expresamente las conclusiones del Abogado General JACOBS, de 23 de marzo de 1994, en los

al identificarla con la noción de *ventaja* de la que se benefician determinadas empresas o producciones¹¹⁷.

En efecto, el Tribunal de Justicia estableció en una de sus primeras sentencias que «el concepto de ayuda es más general que el de subvención, ya que comprende no sólo las prestaciones positivas, como las propias subvenciones, sino también las intervenciones que bajo formas diversas alivian las cargas que normalmente recaen sobre el presupuesto de una empresa y que, por ello, sin ser subvenciones en el sentido estricto del término, son de la misma naturaleza y tienen efectos idénticos»¹¹⁸.

asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92 (Reino de España c. Comisión, Rec. 1994, p. I-4103), quien a su vez remite a favor del carácter gratuito a la ya clásica obra de SCHINA, D.: *State Aids...*, op. cit., p. 15, punto 50, y en contra de este requisito a WENING: *Kommentar zum EWG Vertrag*, 4ª ed., Groeben, Thiesing y Ehlermann (ed.), p. 2645, punto 5; BELLAMY, CHILD: *Common Market Law of Competition*, 3ª ed., puntos 14-004; y HANCHER, L., OTTERVANGEN, T, SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 21, punto 2.6. No obstante, es preciso resaltar que la identificación de la ayuda con una ventaja gratuita se recoge en decisiones recientes de la Comisión: cfr. Banco de Sicilia y Sicilcassa (II) (DOCE C 297, de 25.9.1998, p. 3).

¹¹⁷ Además del término «ventaja», predominantemente empleado por la jurisprudencia, los términos utilizados para describir esta circunstancia varían, como destaca ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas públicas...*, op. cit., p. 65). Así, mientras Vogelaar se refiere a una ayuda como un «beneficio financiero» y Everling como un «beneficio directo o indirecto», Guilliams, Caspari y Waelbroeck prefieren utilizar el término «ventaja». No obstante, el propio Arpio Santacruz, que emplea el término «beneficio económico», considera que su significado es idéntico, si bien puntualiza que «los términos ventaja y beneficio deben ser entendidos de forma objetiva, es decir, como algo que tiene un valor económico para el beneficiario».

¹¹⁸ STJCE de 23 de febrero de 1961, en el asunto 30/59 *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg* c. Alta Autoridad, 30/59, Rec. 1961, pp. 1 y ss., especialmente p. 39. Esta jurisprudencia, dictada a propósito del artículo 4.c del Tratado CECA, se ha considerado plenamente aplicable a las ayudas en el Tratado CE. En este sentido, por todos WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo de la competencia* (vol. 4 del Comentario J. Megret; versión española a cargo de SÁENZ-CORTABARRÍA FERNÁNDEZ, I., MORALES ISA-SI, M., vol. I y II, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 423 a 521, en particular p. 442 y nota 73). Esta línea jurisprudencial ha sido seguida, entre otras, por la STJCE de 15 de marzo de 1994, Banco Exterior de España (C-387/92, Rec. p. I-877, apartado 13); por la STPI de 27 de febrero de 1997, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), Union des Sociétés Étrangères d'Assurances (USEA), Groupe des Assurances Mutuelles Agricoles (Groupama), Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurances (FNSAGA), Fédération Française des Courtiers d'Assurances et de Réassurances (FCA) y Bureau International des Producteurs d'Assurances et de Réassurances (BIPAR) c. Comisión (Asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 172) y más recientemente y

Justamente por la ausencia de una ventaja efectiva, la Comisión y el Tribunal han declarado la inexistencia de ayudas de Estado y, por tanto, la inaplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 87 Tratado CE en los siguientes supuestos¹¹⁹: las medidas «objetivamente justificadas por razones de tipo económico»¹²⁰; las prácticas que «se justifica(n) objetivamente por motivos comerciales»¹²¹, aunque respondan igualmente a un objetivo político; las medidas que «forman parte del entorno económico de la Comunidad»; «la mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público»¹²²; las exenciones de cargas heredadas de un régimen de economía planificada¹²³; y las aportaciones de capital efectuadas en condiciones de mercado.

De todos estos supuestos, dejando aparte el de las aportaciones de capital, que constituye el objeto principal de este trabajo, el que presenta una mayor complejidad es el de la compensación de los costes vinculados a las obligaciones derivadas de un servicio público.

3.4. Ayudas de Estado y servicio público

En el Derecho comunitario la relación entre servicios públicos y normas de la competencia no ha sido nunca una cuestión pacífica¹²⁴.

con cita de las anteriores en la STJCE de 1 de diciembre de 1998 en el asunto C-200/97, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado CE por la Corte Suprema di Cassazione (Italia), destinada a obtener en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Ecotrade Srl y Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS) una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 92 del Tratado CE (Rec. p. I-7907).

¹¹⁹ Seguimos en esta enumeración a RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Las ayudas públicas...», op. cit., en *EI*, n° 318, 1997, p. 98 y notas 7 a 12.

¹²⁰ STJCE de 2 de febrero de 1988, asuntos 67, 68 y 70/85, Rec. 1988, p. 219 y 265, apartado 30.

¹²¹ STJCE de 29 de febrero de 1996, C-56/93, Rec. 1996, p. I-0723, en particular p. I-767, apartado 79.

¹²² Apartado 167 del XXVI IPC 1996.

¹²³ Cfr. Decisión de 26 de junio de 1997, relativa a las ayudas de Estado concedidas a SKET Schwermaschinenbau Magdeburg GmbH (SKET SMM), Sajonia-Anhalt (DOCE L 314, de 18.11.1997, p. 20).

¹²⁴ Esta cuestión ha sido uno de los puntos más complejos abordados en la conferencia intergubernamental de 1996 que finalizaría con la aprobación del Tratado de Amsterdam. Con respecto al alcance y a la dimensión de la expresión *servicio de interés*

No se puede olvidar que, aunque el apartado 1 del artículo 86 CE (ex artículo 90 Tratado CE) consagra el principio de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas al señalar que «los Estados miembros no mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89»; el apartado 2º del mismo artículo establece, no obstante, una importante excepción a esta regla general. Conforme al apartado 2 del artículo 86 CE: «las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada»¹²⁵.

económico general, que acuña el apartado 2 del artículo 90 Tratado CE (hoy 86 CE) frente a la clásica noción de *servicio público* y las críticas a la política liberalizadora de la Comisión, véase por todos BUENDÍA SIERRA, J. L.: «Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence», en *EC. Comp. Pol. News*, nº 3, vol. 2, autum, 1996, pp. 14 a 22 y GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia», en *GJ*, B-124, junio, 1997, pp. 17 a 21. A propósito de la Conferencia Intergubernamental de Amsterdam (CIG 96) que incorpora el artículo 7.D (hoy artículo 16 CE) y los protocolos relativos a las televisiones públicas, las entidades de crédito de derecho público en Alemania y las regiones ultraperiféricas, véase MIERT, K. V.: «La conference intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence», en *EC. Comp. Pol. News*, nº 2, vol. 3, summer, 1997, pp. 1 a 5, y ROSS, M.: «Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?», en *ELR*, nº 25, febrero, 2000, pp. 22 a 38. En cuanto a los límites y a la aplicación de este concepto en sectores concretos, véase BOTANA AGRA, M.: «La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CE», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, La Ley, 1994, pp. 349 a 362, y FRÜLING, P.: «Le contrôle des aides d'Etat dans le secteur du transport aérien», en *CDE*, nº 3-4, 1997, pp. 275 a 365.

¹²⁵ Vid. la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés económico general (DOCE C 281, de 26.9.1996, p. 3). Esta comunicación ha sido reemplazada por una nueva comunicación de la Comisión, bajo el título de *Los servicios de interés general en Europa* (COM (2000) 580 final, de 20.9.2000, publicada en DOCE C 17, de 19.1.2001, p. 4), cuya aprobación se debió al Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000. Resulta de interés también la lectura de la nota de prensa donde se daba cuenta de su aprobación: IP/00/1022, de 20 de septiembre de 2000, bajo el expresivo título de *La Comisión define claramente su política sobre servicios de interés general*. Más recientemente, vid. PONS, J. F.: «Les services d'intérêt économique général dans l'Union Européenne: subsidiarité, contrôle et libéralisation», París, 8 de octubre de 2001, disponible en la dirección

El alcance de esta excepción, modulada por la Comisión en virtud de las facultades que le confiere el apartado 3¹²⁶, ha suscitado en la práctica múltiples problemas a la hora de aplicar a estas *empresas*¹²⁷ las reglas de la competencia.

Acerca de esta cuestión, la Coimisión y el Tribunal de Justicia habían discrepado. En efecto, mientras la Comisión había defendido tradicionalmente que la mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público excluía de la prohibición general las ayudas otorgadas a las empresas comprendidas en la excepción del artículo 86.2 CE¹²⁸, el rechazo del Tribunal de Justicia que de manera reiterada entendía que sí constituían ayudas estatales¹²⁹ le obligó a cambiar de criterio¹³⁰. En la actualidad, sin embargo, la cues-

http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_018_fr.pdf (última consulta en noviembre de 2002).

¹²⁶ Al intento de suprimir el poder que este precepto confiere a la Comisión con motivo de la CIG 96, en la que se aprobó el Tratado de Amsterdam, vid. MIERT, K. V.: «La conférence intergouvernementale...», op. cit., pp. 1 y 2.

¹²⁷ Sobre las entidades a las que se refiere esta norma, vid. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública (Comentario a la STJCE, de 16 de junio de 1987, Causa 118/85, Comisión v. Italia, asunto Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato)», en *Not. CEE*, n° 42, 1988, pp. 163 a 167.

¹²⁸ En este sentido y como señala el propio RODRÍGUEZ CUIEL («Las ayudas públicas...», op. cit., p. 98, nota 10), el XVI IPC 1996, apartado 167 confirma este criterio en el asunto relativo a la financiación de la radiotelevisión portuguesa, señalando que «la mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público no constituye una ayuda estatal», en aplicación de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 90 Tratado CE (artículo 86 CE). Para un estudio de las diversas teorías que explican la financiación de los servicios públicos (indemnización, remuneración y ayuda estatal), vid. TRIANTAFYLLOU, D.: «L'encadrement communautaire du financement du service public», en *RTD Eur.*, n° 35 (1), janvier-mars, 1999, pp. 21 a 41, en particular pp. 29 a 33.

¹²⁹ STPI de 27 de febrero de 1997, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA) y otros c. Comisión, asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 170; STPI de 10 de mayo de 2000, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125, apartados 82 a 84 y STJCE de 22 de junio de 2000. República Francesa c. Comisión. Asunto C-332/98. Rec. 2000, p. I-04833, apartado 30 a 33.

¹³⁰ Cfr. Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión, DOCE C 320, de 15.11.2001, p. 5, apartado 19. En el mismo sentido, el Informe presentado por la Comisión al Consejo Europeo de Leiken. Los servicios de interés general, de 17.10.2001. COM (2001) 598 final, apartado 2.1. Para un comentario de este documento, en el que se da cuenta de la sentencia Ferring sin adelantar cuál pueda ser la posición de la Comisión ante su nueva

ción vuelve a ser polémica, puesto que la STJCE de 22 de noviembre de 2001, en el caso *Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)*¹³¹, retomando una primera jurisprudencia¹³², parece confirmar el acierto de la primitiva posición de la Comisión, aunque sea todavía prematuro hablar de un verdadero giro jurisprudencial¹³³.

4. La irrelevancia de la forma

Uno de los elementos comunes que presentaba la regulación de las ayudas en los Tratados CECA y CE es la indiferencia de la forma bajo la cual se produzca para que pueda ser calificada como ayuda de Estado. En efecto, tanto el artículo 4.c CECA como el artículo 87.1 CE se refieren a ayudas otorgadas «bajo cualquier forma». Esta irrelevan-

doctrina, vid. ALEXIS, A.: La Commission contribue à plus de sécurité juridique pour le financement des Services d'intérêt économique général», en *EC Comp. Pol. News.*, nº 1, february, 2002, pp. 81 a 84. Deconfirmarse esta jurisprudencia, la Comisión, como apunta RODRÍGUEZ CURIEL [«Inexistencia de ayuda de estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público (Sentencia «Ferring» de 22.11.2001)», en *GJ*, nº 216, noviembre/diciembre, 2001, pp. 90 a 94, 94] se vería en la necesidad de modificar estos documentos.

¹³¹ Asunto C-53/00, pendiente de publicación.

¹³² Esta primera jurisprudencia está constituida por una única sentencia que no había tenido continuidad en el tiempo; se trata de la STJCE de 7 de febrero de 1985, ADBHU, 240/83, Rec. p. 531, apartado 18, que es citada expresamente por el Tribunal de Justicia.

¹³³ Un comentario de esta sentencia puede verse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «La financiación de los servicios públicos y la noción de ayuda de Estado. A propósito de la STJCE de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00. Decisión prejudicial planteada por el tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), en el litigio «Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)», en *AFDUC*, nº 6, A Coruña, 2002, pp. 953 a 964, en la que defendemos la racionalidad de la sentencia, a pesar de lo cual, consideramos que, con toda probabilidad, no tendrá continuidad. En la actualidad existen dos conclusiones de sendos abogados generales que en mayor o menor grado, discrepan de esta nueva línea jurisprudencial: Conclusiones del Abogado General M. PHILIPPE LÉGER de 19 de marzo de 2002, en el asunto C-280/00. *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*. En especial apartados 73 a 90 y Conclusiones del Abogado General Jacobs de 30 de abril de 2002, en el caso C-126/01. *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c. GEMO SA*. En especial apartados 117 a 121.

cia de la forma que puedan revestir las ayudas para ser calificadas como tales ha permitido a la Comisión ir extendiendo de manera progresiva el concepto de ayuda de Estado a las diversas modalidades de intervención pública¹³⁴.

A pesar de ello y a título meramente indicativo, tanto la propia Comisión¹³⁵ como la jurisprudencia¹³⁶ han ofrecido en alguna ocasión sin carácter exhaustivo¹³⁷ un catálogo de posibles formas de ayudas de Estado; formas que la doctrina ha clasificado atendiendo a diferentes criterios, si bien, basándose en general en la propia evolución de la práctica de la Comisión que, a medida que se producía el proceso de integración, ha ido ampliando el catálogo de potenciales formas de ayuda estatal hacia modalidades de más difícil apreciación¹³⁸ y, por ello, más eficaces desde el punto de vista de los Estados interesados¹³⁹.

Entre las clasificaciones ofrecidas por los autores, Mattera¹⁴⁰ distingue formas *más o menos manifiestas o corrientes* y *formas de intervención más sofisticadas*, incluyendo entre estas últimas, junto a las primas a los trabajadores en sectores en dificultades o las tasas de redescuento preferencial, las participaciones públicas en el capital de la empresa, sobre las que, advierte, existe un vivo y controvertido debate. Por su

¹³⁴ En este sentido, vid. las ya clásicas SSTJCE de 22 de marzo de 1977 (Steinike und Weinling c. República Federal de Alemania, asunto 78/76, Rec. 1977-1, p. 595), dictada con motivo de una cuestión prejudicial en la demanda que la empresa Steinike und Weinling había formulado ante el Tribunal Administrativo de Frankfurt, y de 14 de noviembre de 1984 (SA Intermills c. Comisión, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 3809) en anulación de la Decisión de 22 de julio de 1982 (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

¹³⁵ En respuesta a la pregunta n° 48, formulada por el parlamentario Sr. Burgbacher (DOCE C 125, de 30.7.63, p. 39).

¹³⁶ STJCE de 23 de febrero de 1961, Steenkolenmijnem c. Alta Autoridad, asunto 30/59, Rec. 1961, p. 2235.

¹³⁷ Algún autor, como CARBAJO [«La notion d'aide nationale d'après l'article 92 du Traité CEE», en BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationales...*, op. cit., pp. 1 a 14], ha destacado que sería un esfuerzo inútil tratar de enumerar todas las potenciales formas de ayuda.

¹³⁸ Vid. CARBAJO, J.: «La notion d'aide...», op. cit., p. 7.

¹³⁹ Un análisis reciente de distintas modalidades de ayudas estatales puede verse en DÍAZ ABAD, N.: «Clases de ayudas de Estado: subvenciones, medidas de tipo financiero y aportaciones de capital», en *Not. UE*, n° 196, mayo, 2001, pp. 7 a 16.

¹⁴⁰ MATTERA, A.: *El Mercado Único, sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 90 a 92. (Edición española a cargo de Cora Zapico).

parte, Garbar¹⁴¹ distingue únicamente entre formas clásicas de ayudas y ayudas específicas a las empresas públicas, incluyendo en estas últimas los supuestos de participación en el capital. Supuestos que, en cambio, Carbaajo¹⁴², con acertado criterio, convierte en una categoría propia, ya que, como veremos, las tomas de capital por parte de las autoridades públicas pueden darse también respecto de empresas que, inicialmente al menos, sean total o parcialmente privadas.

En general, entre las formas más clásicas suelen incluirse todas las modalidades de atribución patrimonial directa, en dinero o en especie, cuyo modelo sería la tradicional subvención¹⁴³, mientras que entre las modalidades más sofisticadas suelen incluirse, entre otras, el otorgamiento de primas a los trabajadores en sectores en dificultad, con las que se trata de elevar sus salarios sin cargar las cuentas de la empresa para la que trabajan¹⁴⁴; las tasas de descuento preferencial; la renuncia a la percepción de dividendos normales o de mercado en empresas públicas¹⁴⁵; la adquisición reiterada de sus productos frente a los de sus competidoras en el mercado¹⁴⁶ o, cómo no, la participación pública en

¹⁴¹ GARBAR, CH.: «Aides d'Etat...», op. cit., pp. 669 y ss.

¹⁴² CARBAJO, J.: «La notion d'aide ...», op. cit., p. 7.

¹⁴³ EN algunas decisiones se utiliza todavía el término *subvención* de manera genérica como sinónimo de *ayuda estatal*. Cfr. Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a las ayudas del Gobierno austríaco a la empresa Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital (DOCE L 25, de 28.I.1997, p. 26), en cuyo artículo 1 se puede leer: «las subvenciones de Austria Tabakwerke a Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital...».

¹⁴⁴ EN ellas es preciso, por tanto, distinguir entre el beneficiario directo (el perceptor) y el beneficiario efectivo (la empresa).

¹⁴⁵ Esta cuestión también la abordamos al tratar las participaciones en capital, ya que la renuncia a una remuneración normal o de mercado permite a la empresa competir con unos márgenes superiores a los del resto de las empresas con las que compite, haciendo menos rentable la inversión.

¹⁴⁶ Cfr. STPI de 28 de enero de 1999, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Comisión, asunto T-14/96, Rec. 1999, p. II-0139, apoyada por Reino de España y Ferries Golfo de Vizcaya, S.A., que tiene por objeto un recurso de anulación de la Decisión de 7 de junio de 1995, de archivo del procedimiento de examen iniciado en virtud del apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE (ayudas en favor de Ferries Golfo de Vizcaya, S.A.), notificada al Gobierno español el 11 de julio de 1995 y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE C 321, p. 4), en la que el Tribunal señaló (apartado 71) que «a fin de determinar si un acuerdo mediante el que una autoridad pública se compromete a adquirir durante varios años ciertos servicios de una empresa determinada

el capital de empresas, que es a la que principalmente vamos a dedicar nuestra atención¹⁴⁷.

Un punto de acuerdo entre la práctica y los autores es el de incluir entre las modalidades más complejas las participaciones públicas en el capital de las empresas tanto públicas¹⁴⁸ como privadas. El interés que ha suscitado su valoración desde la perspectiva de los artículos 87 a 89 CE ha ido parejo a sus dificultades prácticas y conceptuales a las que no era ajeno el hecho de que se formulara en relación con grandes empresas, algunas de ellas inmersas en profundas y largas crisis¹⁴⁹. Mayor dificultad viene dada, si cabe, por el hecho de que el propio concepto de *participación en el capital* no sea un término unívoco, sino un género que comprende diversas especies, ya que la participación pública en el capital de las empresas mercantiles puede articularse de formas diferentes en distintos momentos de la vida de las empresas (públicas o privadas) y en situaciones diferentes (empresa en dificultades por pérdidas, en crisis de crecimiento o de adaptación a cambios del mercado), si bien la práctica comunitaria muestra un abundante acervo práctico con una variada casuística, tanto en rela-

pertenece o no al ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE, es importante recordar que el objetivo de esta disposición es evitar que los intercambios entre Estados miembros sean afectados por ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo diversas formas, falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones» (Sentencia del Tribunal de Justicia Italia/Comisión antes citada, apartado 26, de 24 de febrero de 1987, Deufil/Comisión, asunto 310/85, Rec. p. 901, apartado 8). De ello se deduce que una medida estatal en favor de una empresa que reviste la forma de un acuerdo de compra de vales de viaje no puede, por el simple hecho de que las partes se comprometan a realizar prestaciones recíprocas, ser excluida a priori del concepto de ayuda de Estado contemplado en el artículo 92 del Tratado».

¹⁴⁷ En la práctica son continuos los supuestos de nuevas formas de potenciales ayudas que se suscitan; así en la STJCE de 29 de junio de 1999 en el asunto C-256/97, Déménagements-Manutention Transport SA, Rec. 1999, p. I-3913, el Tribunal ha declarado que las facilidades de pago de cotizaciones a la Seguridad Social concedidas discrecionalmente a una empresa por el organismo competente para su recaudación constituyen una ayuda de Estado.

¹⁴⁸ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 110.

¹⁴⁹ Este fenómeno ha determinado en la práctica la existencia de verdaderas sagas de asuntos que tienen como destinataria a una misma empresa, aunque eventualmente haya mudado su personalidad jurídica.

ción con las modalidades en que se articula la participación pública en el capital como a los efectos que su modificación puede producir (inversión o desinversión).

El reconocimiento por la Comisión de la posibilidad de que en la cada vez más amplio abanico de potenciales formas de ayudas de Estado pudieran incluirse las operaciones de capital que directa o indirectamente realizaban las autoridades de los Estados miembros, suponía que dichas operaciones debieran reunir las condiciones que las someten al ámbito de aplicación material de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado¹⁵⁰.

5. El progresivo tratamiento por la Comisión de las participaciones públicas en el capital de las empresas

Aunque la participación pública en el capital de las empresas con forma de sociedades mercantiles no es, como recuerda Pappalardo¹⁵¹, un fenómeno reciente sino una manifestación corriente del intervencionismo público en la economía, su importancia y dimensión difieren notablemente de unos países a otros y de unas épocas a otras.

La frecuencia con que en la práctica se acudía a fondos públicos para rescatar o para recuperar empresas en crisis tanto públicas¹⁵² como

¹⁵⁰ Como destaca PAPPALARDO («Les participations de l'Etat dans le capital d'entreprises constituent-elles des aides au sens de l'article 92 du Traité CEE», en *DDC*, Lisboa, 1988, p. 297), no es posible ofrecer una respuesta general acerca de si las tomas de participación públicas en el capital de las empresas constituyen ayudas en el sentido del artículo 92.1 Tratado CE (hoy artículo 87.1 CE), ya que las modalidades, finalidades y efectos de estas intervenciones pueden ser tan diferentes que no resulta posible excluir que no estén incluidos sin distinciones en el campo de aplicación de dicho artículo. Lo único que se puede afirmar es que estas tomas de participación pueden constituir ayudas. Llegados a este punto, sólo resta determinar en qué casos o en qué circunstancias deben someterse a las obligaciones que derivan de dicho precepto (notificación previa, suspensión y eventual prohibición).

¹⁵¹ PAPPALARDO, A.: «Les participations...», op. cit., p. 295.

¹⁵² A este fenómeno y a sus consecuencias se refiere VILLAR PALASÍ en su trabajo «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales de la Administración Pública», en VARIOS: *Administración instrumental-Estudios en homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Universidad de Albacete-Civitas, Madrid, 1994, pp. 151 y ss., en particular p. 162, cuya expresiva literalidad respetamos: «(...) lo cierto es que la

privadas (que a menudo pasaban a engrosar la nómina pública¹⁵³) a través de operaciones de capital, evitando acudir a modalidades de ayuda más convencionales y fácilmente controlables, llevó a la Comisión a valorar la posibilidad de controlar también los efectos de estas operaciones sobre el libre juego de mercado. Las dificultades que en su empeño encontraría la Comisión eran, por un lado, de naturaleza política, puesto que no resultaba fácil obtener el consenso de todos los Estados miembros ante la inercia de una práctica constante y generalizada en numerosos Estados miembros que acudían con frecuencia, por razones de política industrial y con motivos no siempre económicos, a operaciones de capital para intervenir en empresas.

empresa privada actúa a su riesgo y ventura. Una mala gestión lleva a la desaparición de la empresa y a la pérdida por el empresario de su patrimonio. La empresa pública, por su propia naturaleza, está exenta de este riesgo, pues tiene siempre al Estado como avalista o garante. En otras palabras, cuando se manejan fondos públicos, una mala gestión no aboca a la quiebra, y es insólita en nuestro Derecho y en los Derechos de la Europa comunitaria el fenómeno de la quiebra de una empresa pública.

De hecho, la empresa pública actúa competitivamente en el mercado, pero con varios ases guardados en la manga: en concreto, el riesgo no asegurado bajo formas de seguro mercantil, ya que su gestión está respaldada por el presupuesto general del Estado, por tanto la lucha no es por la propia supervivencia, sino por una competitividad con un horizonte de tranquilidad en el futuro. En la economía se suele hablar del riesgo, de la incertidumbre y del beneficio. Normalmente, un mayor beneficio obedece, dentro de un mercado de competencia perfecta, a la asunción de un mayor riesgo y, por consiguiente, a la posibilidad de mayores pérdidas. El mayor beneficio no es sino el reverso de mayores pérdidas en el ámbito de las posibilidades. La empresa pública juega en el mercado con la enorme seguridad que proporciona el saber que unos años de mala gestión no van a provocar la desaparición de la empresa, porque, en definitiva, ésta tiene siempre el soporte de los fondos públicos y de la estabilidad del propio Estado».

¹⁵³ La generalización de la práctica de emplear técnicas mercantiles para socorrer a empresas privadas en crisis no era, sin embargo, un fenómeno privativo de los Estados que en esta primera etapa integraban las Comunidades Europeas; baste recordar el origen y la función del INI, cuya transformación posterior sería en gran medida consecuencia de la integración de España en las Comunidades Europeas y, por tanto, del sometimiento a las normas comunitarias sobre ayudas de Estado. Por otro lado, la diversidad de casos y de sectores en que se ha suscitado el tema ofrece una interesante panorámica de la diversificación de la intervención pública directa en la economía en los diferentes Estados miembros, lo que, por un lado, pone en evidencia la falta de coherencia económica de dichas intervenciones públicas y, por otro, ha motivado la existencia de grandes y heterogéneos sectores públicos, cuyo origen se encontraba más en razones de política social que de una verdadera política económica o industrial. No puede desvincularse, sin embargo, este fenómeno y su contrario, las privatizaciones, de la propia evolución de las diferentes concepciones ideológico-políticas imperantes en cada momento histórico.

A esta dificultad de partida, que suponía en cierta medida reabrir viejas polémicas, se unía el problema práctico de encontrar criterios adecuados y objetivos para fundamentar su posición y distinguir aquellas operaciones en las que el Estado pudiera actuar como empresario o pretendiese, por el contrario, otorgar por esta vía verdaderas ayudas a sus empresas nacionales.

En efecto, como recuerda Dony¹⁵⁴, cuando un Estado miembro asume el papel de empresario o de inversor de capital de riesgo, las transferencias financieras que efectúa en favor de las empresas concernidas no pueden, con carácter general y *a priori*, asimilarse a las ayudas de Estado. Aunque las motivaciones de la intervención económica pública sean en general múltiples y puedan rebasar el campo de la simple obtención del beneficio para alcanzar objetivos de naturaleza social o regional, esta característica es inherente a la propiedad pública, cuya existencia admite el artículo 222 Tratado CE (hoy artículo 295 CE) y su vocación particular, y no se justificará por ello sólo la aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas.

5.1. *Primeros planteamientos*

El primer paso que adoptó la Comisión fue valorar la posibilidad de que las participaciones públicas en el capital de las empresas pudiera constituir una potencial forma de ayuda de Estado y que quedara, por tanto, sometida a su control. A partir de este reconocimiento, en etapas posteriores fue desarrollando los criterios y los métodos con los que poder apreciar cuándo efectivamente existían elementos de ayuda de Estado y cuándo podía admitirse su compatibilidad con el mercado común¹⁵⁵.

¹⁵⁴ DONY, M.: «La participation des pouvoirs publics au capital des entreprises et le droit de la concurrence (Comentario de la STJCE Intermills, de 14 de noviembre de 1984)», en *CDE*, n° 2, 1986, pp. 161 a 184, en particular p. 164.

¹⁵⁵ Como bien advierte PAPPALARDO («Les participations...», op. cit., p. 297), resulta imposible ofrecer una respuesta general acerca de cuándo las tomas de participación públicas en el capital de las empresas constituyen ayudas estatales, puesto que las modalidades, las finalidades y los efectos de estas intervenciones pueden diferir notablemente, lo que impide que puedan ser consideradas sin matizaciones en el campo de aplicación

Habrán de transcurrir, sin embargo, como recuerda Dony¹⁵⁶, algunos años de aplicación de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado para que la Comisión manifieste explícitamente su preocupación acerca del desarrollo en los Estados miembros de las tomas de participación públicas en el capital de las empresas. Será con motivo del *Primer informe sobre política de la competencia*¹⁵⁷ de 1971, cuando la Comisión exponga formalmente la cuestión, al abordar la dificultad de apreciar la existencia de elementos de ayuda en diversos comportamientos de las autoridades públicas, citando expresamente, entre otros supuestos que resultan conflictivos, a las participaciones públicas en el capital de las empresas.

Tan sólo un año después, en 1972¹⁵⁸, la Comisión tuvo la oportunidad de definir por primera vez su posición en relación con las actividades de las agencias financieras creadas por algunos Estados miembros, destinadas a otorgar, mediante fondos directa o indirectamente públicos, apoyo financiero a sus empresas nacionales¹⁵⁹, utilizando, junto a formas de ayudas tradicionales, como los créditos preferenciales, la toma de participaciones temporales en su capital social.

El punto de partida para el análisis de la Comisión será el examen de la Ley italiana nº 184, de 22 de marzo de 1971, que preveía la intervención gubernamental para respaldar la reestructuración y la reconversión de ciertas empresas industriales. Con esta ley, el Gobierno italiano trataba de facilitar la reestructuración, la reorganización o la reconversión de las empresas italianas que se encontraban en dificultades, especialmente *Pymes*, en el contexto de la crisis que atravesaba la economía italiana al principio de los años 70, con la finalidad principal de salvaguardar el empleo.

del artículo 92.1 Tratado CE (hoy 87.1 CE). Lo único que es posible afirmar es que estas tomas de participación pueden constituir ayudas. Llegados a este punto, es preciso determinar todavía en qué casos, o si se prefiere, bajo qué condiciones, deben estar sometidas a las limitaciones que impone dicho precepto (notificación previa, suspensión y eventual prohibición...).

¹⁵⁶ DONY, M.: «La participation des...», op. cit., p. 164 y nota 3.

¹⁵⁷ *I IPC 1971*, apartado 136.

¹⁵⁸ *II IPC 1972*, apartado 125.

¹⁵⁹ El término *nacionales* se emplea aquí en su acepción común, sin entrar en cuestiones relativas a su propiedad pública.

La Comisión autorizará la fórmula de los créditos preferenciales, pero manifiesta sus reservas con respecto a las participaciones temporales, afirmando que «el principio de neutralidad establecido por el Tratado CE (artículo 222) respecto de la propiedad reconocido por los Estados miembros impide a estos últimos usar su poder para intervenir en la propiedad de los medios de producción para tomar medidas que, si se hubieran adoptado con otras técnicas de intervención, hubieran sido consideradas incompatibles con el artículo *et seq.*, en la medida en que distorsionaran la competencia y el comercio en el interior de la Comunidad, en la medida en que cualquier otra interpretación hubiera resultado una discriminación inaceptable entre los distintos Estados miembros o entre las diferentes medidas adoptadas por los mismos, pero que de hecho pretendiesen los mismos objetivos».

A pesar de esta clara toma de posición, habrá que esperar a la década de los ochenta para que la Comisión adopte las primeras decisiones negativas¹⁶⁰ en las que se cuestiona directamente la existencia de *elementos de ayuda de Estado* en la participación en capital y en las que se enuncia la necesidad de definir una política aplicable a la participación pública en el capital de las empresas sobre la base de los artículos 87 a 89 CE (antiguos artículos 92 a 94 Tratado CE¹⁶¹).

5.2. Los principios de neutralidad y de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas

Uno de los obstáculos más serios a los que tuvo que hacer frente la Comisión para poder analizar la posible existencia de elementos de ayuda de Estado en la participación pública en el capital de las empresas fue la acusación, por parte de algunos Estados miembros¹⁶², de

¹⁶⁰ Vid. *infra*, apartado 5.5 de este capítulo.

¹⁶¹ En el XIV IPC 1984, apartado 198, la Comisión señala que la definición de una política en el campo de las tomas de participación se había considerado necesaria en los últimos años en los que esta forma de intervención había sido cada vez más utilizada por los Estados miembros, al punto que estas tomas de participación por parte del Estado constituyen verdaderas ayudas estatales, como las demás formas de ayudas públicas.

¹⁶² Vid., por ejemplo, los argumentos de las autoridades belgas en la STJCE de 14 de noviembre de 1984. SA Intermills y otros c. Comisión, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 4295.

que con ello la Comisión vulneraba dos principios básicos del Derecho comunitario: el principio de neutralidad con respecto al régimen de propiedad y el de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas¹⁶³.

La propiedad pública de parte de los medios de producción constituía una realidad preexistente a los tratados comunitarios en la inmensa mayoría de los Estados miembros. Por ello, los tratados reconocen la posibilidad de que éstos asuman, junto al poder de dirección económica que deriva de su condición de autoridad pública, el papel de empresario e inversor.

Esta situación origina, como apunta Hellingman¹⁶⁴, dos problemas básicos: en primer lugar, la posible confusión entre su función como poder público, defensor del interés general¹⁶⁵, y su función como propietario y, en segundo lugar, el peligro que derivaría del abuso del inmenso poder financiero¹⁶⁶ de los Estados.

Ambos problemas se valoran en una interpretación sistemática de los tratados y se traducen en la necesidad de conciliar las prerrogativas que el artículo 295 CE (antiguo artículo 222 Tratado CE) y sus equivalentes de los Tratados CECA y EUROATOM concedían a los Estados miembros en relación con la creación y mantenimiento de su sector público, con las exigencias derivadas del establecimiento de un mercado común construido sobre la base de una competencia no falseada, y del artículo 86 CE que confiere un régimen especial a las empresas encargadas de servicios de interés económico general y las asimiladas a ellas.

¹⁶³ Además de estos principios básicos, se han formulado otros por parte de la doctrina. A este respecto citamos con MUÑOZ MACHADO («La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en VARIOS: *Administración instrumental...*, op. cit., pp. 1251 a 1282, en concreto p. 1255), el principio de solidaridad comunitaria como una variedad del de fidelidad federal o *Bundestreue*.

¹⁶⁴ HELLINGMAN, K.: «State Participation as State Aid Under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission Guidelines», en *CMLRev*, n.º 23, 1986, p. 111 a 133, en particular p. 111.

¹⁶⁵ Cfr. artículo 103.1 de nuestra Constitución.

¹⁶⁶ *IX IPC 1979*, apartado 176. El doble papel del Estado como inversor y como autoridad pública es el fruto de una suma de motivaciones y de responsabilidades específicas propias de los dos papeles. Cfr. BERLIN, D.: «L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes», en *RTDE*, n.º 2-3, 1983, pp. 233 a 285 y 393 a 442, en concreto p. 430.

En efecto, mientras el artículo 295 CE (antiguo artículo 222 Tratado CE)¹⁶⁷, cuya redacción en el Tratado CE había ocasionado numerosas controversias¹⁶⁸, enuncia de manera general que «el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros¹⁶⁹», consagrando como principio la neutralidad de los tratados respecto a la propiedad de las empresas¹⁷⁰, el artículo 90 del mismo Tratado (hoy artículo 86 CE) formulaba el principio de igualdad de trato que deberá presidir las relaciones entre las empresas públicas y las privadas, dirigiendo un mensaje directo a los Estados miembros al señalar que «...no adoptarán ni mantendrán respecto de las empresas públicas y de aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos ninguna medida contraria a las normas del presente

¹⁶⁷ La redacción del antiguo artículo 222 Tratado CE tiene su antecedente inmediato en el artículo 83 del Tratado CECA, en el que se señala que «el establecimiento de la Comunidad no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad de las empresas sujetas a las disposiciones del presente Tratado». La razón de su inclusión expresa hay que verla, como apuntan SMIT y HERZOG (*The Law of the European Economic Community. A Commentary on the EEC Treaty*, Mathew Bender, New York, vol. 6, 1982, pp. 166 a 175, en particular p. 166), en el significativo peso de la empresa pública en los sectores del carbón y del acero, objeto del Tratado, fruto de las nacionalizaciones que habían seguido a la Segunda Guerra Mundial. Hubiera sido imposible, señalan estos autores, obligar a los Estados miembros a volver a un sistema de propiedad exclusivamente privada o privarles en el futuro de transferir empresas privadas al sector público, cuando al mismo tiempo se pretendía que los principios de libre competencia fueran la base del nuevo sistema.

¹⁶⁸ Para una exposición de las vivas discusiones que provocó la redacción del artículo 222 Tratado CE, especialmente en relación con las nacionalizaciones, vid. KOVAR («Nationalisation-privatizations», en SCHWARZE (dir.): *Les pouvoirs discrétionnaires...*, op. cit., pp. 97 y ss.).

¹⁶⁹ Un interesante y detallado estudio del origen e interpretación de este precepto puede verse en las Conclusiones acumuladas del Abogado General RUIZ-JARABO COLOMER, presentadas el 3 de julio de 2001, en los asuntos C-367/98, C-483/99 y C-503/99, Comisión c. República Portuguesa, República Francesa y Reino de Bélgica, apartados 41 a 56. En nuestra doctrina pueden consultarse MOLINA DEL POZO, C. F.: «La empresa pública y el Derecho comunitario: especial referencia a los límites establecidos para las ayudas por la normativa comunitaria», y MUÑOZ MACHADO, S.: «La noción de empresa pública...», op. cit., ambos en VARIOS: *Administración instrumental...*, op. cit., pp. 1233 a 1250 y 1251 a 1282, respectivamente.

¹⁷⁰ La fórmula abierta a la que se había podido llegar en la redacción del Tratado obedecía una vez más al realismo que había inspirado la redacción del Tratado y reflejaba el punto de acuerdo que se había podido alcanzar en las negociaciones, ante la evidencia de amplios sectores públicos en los diferentes Estados miembros.

Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive»¹⁷¹.

Conforme al alcance tradicionalmente atribuido al artículo 222 Tratado CE (hoy 295 CE), se reconoce legitimidad a los Estados miembros para crear empresas públicas, para nacionalizar sectores de su economía o para tomar participaciones en empresas¹⁷², concediéndoseles, en definitiva, un margen de maniobra amplio aunque no ilimitado en relación con la existencia y con la gestión de sus respectivos sectores públicos¹⁷³, reconocida en los propios textos constitucionales¹⁷⁴.

Esta interpretación suponía, sin embargo, un límite a los poderes de control conferidos a la Comisión con respecto a la iniciativa pública. Como destaca Rodríguez Curiel¹⁷⁵, la propia Comisión¹⁷⁶ reconoce que el artículo 90 Tratado CE (hoy 86 CE) no restringe de manera alguna el artículo 222 Tratado CE (hoy 295 CE), que garantiza

¹⁷¹ La regla general formulada en el apartado 1 encontrará su aplicación matizada en su apartado 2 respecto de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal al señalar que dichas empresas «... quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad». Vid. lo ya expuesto al respecto en el apartado 3.4 de este capítulo.

¹⁷² Vid. la respuesta del Consejo a la pregunta escrita 1208/81 (DOCE C 65, 1982, p. 6). Cfr. DONY, M.: «La participation...», op. cit., p. 164. Para una visión tradicional de la interpretación de estos artículos, vid. BERLIN, D.: «L'adaptation...», op. cit.; y DELION, A. G.: «Entreprises publiques et Communauté Economique Européenne», en RMC, 1966, pp. 67 a 84.

¹⁷³ A propósito de la diferente extensión del sector público en los diferentes países, vid. VARIOS: *La empresa pública*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2 volúmenes, Zaragoza, 1970. Respecto al caso de España. Vid. también, VARIOS: *Empresa pública española*, IEF, Ministerio de Hacienda, Colección Libros de Bolsillo, n.º 56, Madrid, 1980.

¹⁷⁴ Respecto a la Constitución española de 1978, véanse por todos, ALONSO UREBA, A.: *La empresa pública, aspectos jurídicos, constitucionales y de derecho económico*, Montecorvo, S.A., Madrid, 1985, en particular, pp. 170 y ss.; y el clásico trabajo de FONT GALÁN, J. I.: *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987; así como VARIOS: *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.

¹⁷⁵ RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 55.

¹⁷⁶ Cfr. VI IPC 1976, apartado 273.

la neutralidad fundamental del Tratado con respecto al régimen de propiedad en los Estados miembros, los cuales permanecen enteramente libres de determinar la extensión, la composición y la organización interna de su sector público. De todos modos, según ha advertido Kovar¹⁷⁷, su generalización no encajaría con los presupuestos económicos en los que se inspiraba el Tratado CE y prueba de ello es la profunda transformación derivada de las privatizaciones en curso¹⁷⁸.

5.3. *La directiva sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas*

El control de las participaciones públicas en el capital de las empresas tiene una etapa decisiva con la aprobación de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980¹⁷⁹, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas¹⁸⁰.

Sobre la base de los poderes especiales conferidos por el apartado 3 del artículo 90 Tratado CE¹⁸¹ (hoy artículo 86 CE) y con la finalidad de

¹⁷⁷ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., pp. 110 y 111.

¹⁷⁸ El fenómeno de las privatizaciones ha sugerido una reinterpretación del artículo 222 Tratado CE (hoy 295 CE). A este respecto, vid. DEVROE, W.: «Privatization and Community Law: Neutrality Versus Policy», en *CMLRev*, 34, 1997, pp. 267 a 306; y MARAÑÓN HERMOSO, M.: «Ayudas de Estado y privatización de empresas públicas deficitarias», en *CEA*, n.º 12, diciembre, 1998, pp. 37 a 40.

¹⁷⁹ DOCE L 195, de 29.7.1980, p. 45. A propósito del contexto en que se adoptó esta directiva resulta interesante el temprano comentario de PAGE, A. C.: «The New Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings», en *ELR*, n.º 5, 1980, pp. 492 y ss.; y también el trabajo de BROTHWOOD, M.: «The Commission Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings», en *CMLRev*, n.º 18, 1981, pp. 207 a 217.

¹⁸⁰ El análisis de esta directiva constituye una referencia ineludible al estudiar no sólo el tema de la empresa pública en el ámbito comunitario, sino también las intervenciones financieras en las empresas públicas o privadas. Para un comentario de esta directiva en relación con la financiación de las empresas en crisis, véase el ya clásico estudio de CIRENEI, M. T.: «Risanamento di imprese in crisi, impresa pubblica e Diritto comunitario», en *Riv. Dir. Comm.*, I, 1981, pp. 263 a 291.

¹⁸¹ Artículo 90.3 Tratado CE (86.3 CE): «La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas».

dotar de *efecto útil* a las disposiciones de los dos primeros apartados de dicho precepto¹⁸², la Comisión procede a dictar esta norma cuya aprobación fue acompañada de una viva polémica que terminaría ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas¹⁸³.

La aprobación de esta directiva refleja la necesidad de la Comisión de disponer de un instrumento legal que le permitiese conocer las verdaderas relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas¹⁸⁴, con la finalidad de poder realizar un control efectivo sobre las ayudas de Estado¹⁸⁵.

Este párrafo ha sido considerado la «*clé de voûte*» de todo el artículo (ROUX, X., VILLEMOT, D.: «Les pouvoirs de la Commission dans le cadre de l'article 90», en VARIOS: *Dictionnaire du Marché Commun*, de Gide-Loyrette-Nouel, Dictionnaires Joly, tomo II, título VIII, 4ª ed., 1982, p. 267). Este precepto constituye la base del intenso proceso de liberalización de los sectores que tradicionalmente han permanecido al margen de la competencia (por ejemplo, las distintas fuentes de energía o los servicios postales).

¹⁸² MELIN-SOUCRAMANIEN, F.: «Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90.3, du Traité de Rome», en *RMC et UE*, n° 382, noviembre, 1994, pp. 601 a 610, en especial p. 601.

¹⁸³ Cfr. STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos 188 a 190/80, R. francesa, R. italiana y Reino Unido c. Comisión, Rec. 1982, p. 2545. Los recurrentes alegaban los siguientes motivos: 1) falta de competencia de la Comisión, 2) ausencia de necesidad, 3) discriminación contra las empresas públicas comparadas con las empresas privadas, 4) infracción de los artículos 90, 92 y 93 porque la directiva «define» los conceptos de empresa pública y ayuda de Estado, 5) error respecto a las reglas que definen los ámbitos de aplicación de los Tratados y 6) error en el razonamiento de que la directiva se basa en el respeto al principio de equidad en relación con los sectores exceptuados.

Prueba de la controversia que suscitó esta sentencia es la larga lista comentarios que ha tenido, por ejemplo, entre otros: MOAVERO-MILANESI, E.: «Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 6 luglio 1982; cause 188, 189, 190/80», en *Riv. Dir. Ind.*, 1982, II, pp. 265 a 305; BROTHWOOD, M., en *CMLR*, n° 20, 1983, pp. 335 a 346; BAZEX, M., en *RTDE*, 1983, pp. 638 a 643; DE RU, H. J., en *SEW*, 1983, pp. 338 a 341; NICOLAYSEN, G., en *Europarech*, 1983, pp. 61 a 67; SCARPA, R., en *Gius. Civ.*, 1983 I, pp. 1085 a 1088; VOCI, P., en *RTDP*, 1983, pp. 1137 a 1141; RICCIOLI, F. D., en *For. It.*, 1984, IV, col. 137 a 139.

¹⁸⁴ Esta directiva, sin embargo, no es sólo idónea para controlar el injustificado mantenimiento en el mercado de empresas públicas, sino también el de empresas privadas en dificultades. Vid. en este sentido, CIRENEI, M. T.: «Risanamento...», op. cit., p. 262.

¹⁸⁵ Según la Comisión, la enumeración de las relaciones financieras respecto de las que la directiva exige comunicación no supone que éstas «deban, en si, ser consideradas como ayudas en el sentido del artículo 92, pues el ámbito respecto del cual la directiva requiere la transparencia es mucho más amplio que el de las ayudas, por lo que la directiva no debe interpretarse en el sentido de que todas las relaciones financieras objeto de la transparencia hayan de ser calificadas como ayudas». Vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.:

Dicha Directiva ha sido objeto de tres reformas¹⁸⁶ dirigidas a ampliar su ámbito de aplicación y a reforzar su eficacia, a las que han seguido, al menos en los dos primeros casos, sendos recursos ante el Tribunal de Justicia interpuestos por diversos Estados miembros¹⁸⁷.

Con arreglo a esta directiva, se impone a los Estados miembros¹⁸⁸ la obligación de garantizar la transparencia de las relaciones financieras entre los poderes públicos y las empresas públicas, debiendo informar a la Comisión de:

- a) las puestas a disposición de fondos públicos efectuadas directamente por los poderes públicos a las empresas públicas de que se trate;
- b) las puestas a disposición de fondos públicos efectuadas por los poderes públicos por mediación de empresas públicas o de instituciones financieras; y
- c) *la utilización efectiva de esos fondos públicos*¹⁸⁹; especifica en su artículo 3 los supuestos en los que se considera que existe tal utili-

Ayudas de Estado..., op. cit., p. 27. Procede señalar también que ya con anterioridad a su publicación, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 22 de marzo de 1977, en el asunto 78/76, *Steinike und Weiling* c. RFA, Rec. 1977, p. 595, había declarado que «el artículo 92 del Tratado abarca al conjunto de empresas privadas o públicas y al conjunto de las producciones de dichas empresas bajo la única reserva del artículo 90, apartado 2».

¹⁸⁶ Cfr. Directiva 85/413/CEE de la Comisión, de 24 de julio de 1985 (DOCE L 229, de 28.8.1985, p. 20), Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993 (DOCE L 254, de 12.10.1993, p. 16) y Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000 (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75).

¹⁸⁷ Además de la ya citada STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos 188 a 190/80, las reformas de 1985 y de 1991 fueron analizadas en sendos recursos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en STJCE de 16 de junio de 1987, Comisión c. República italiana, asunto 118/85, Rec. 1987-6, p. 2599 y en STJCE de 16 de junio de 1993, República francesa c. Comisión, asunto C-325/91, Rec. 1993, p. I-3283.

¹⁸⁸ Cfr. artículo 1 de la directiva.

¹⁸⁹ La Directiva 2000/52/CE, de 26 de julio (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75), por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas incorpora a este precepto un segundo apartado, en el que se señala que «sin perjuicio de otras disposiciones específicas establecidas por la Comunidad, los Estados miembros garantizarán que la estructura financiera y organizativa de cualquier empresa que esté obligada a llevar cuentas separadas se refleje correctamente en dichas cuentas, de manera que aparezcan claramente indicados: a) los costes e ingresos derivados de las diferentes actividades; b) la información

zación de fondos públicos, destacando, en segundo lugar, *las aportaciones en capital o en dotación*.

Los otros supuestos son:

- a) la compensación de pérdidas de explotación;
- b) las aportaciones a fondo perdido o los préstamos en condiciones privilegiadas;
- c) la concesión de ventajas financieras en forma de no percepción de beneficios o de no recuperación de créditos;
- d) la renuncia a una remuneración normal de los fondos públicos comprometidos; y
- e) la compensación de las cargas impuestas por los poderes públicos.

Para delimitar con precisión su alcance, la directiva procede a definir en el artículo 2¹⁹⁰ el concepto de empresa pública en los siguientes términos: «cualquier empresa en que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen»; y añade que se presupone que hay influencia dominante cuando los poderes públicos, directa o indirectamente, y respecto de la empresa¹⁹¹: a) poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa, b) disponen de

detallada sobre los métodos de asignación o distribución de los costes e ingresos entre las diferentes actividades», omitiéndose una letra c que figuraba en la redacción propuesta en la Comunicación de la Comisión relativa a un proyecto de directiva por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DOCE C 377, de 29.12.1999, p. 2), en la que se exigía, además, que apareciesen claramente indicados en las cuentas la «utilización de los ingresos netos generados por las diferentes actividades».

¹⁹⁰ Este párrafo se mantiene en su literalidad, a pesar de la nueva redacción que a este artículo le da la Directiva 2000/52/CE, de 26 de julio (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75).

¹⁹¹ Estos criterios son equivalentes a los que configuran, en el Derecho de grupos, la relación sociedad dominante-dominada. A este respecto véanse el artículo 42 de CdC (presentación de las cuentas de los grupos de sociedades), el artículo 4 de la Ley 24/1988, del mercado de valores (conforme a la redacción dada por la Ley 13/1992, de 1 de junio) y el artículo 87 de la Ley de sociedades anónimas (conforme a la redacción dada por la disposición adicional 2^a de la Ley 2/1995). En relación con el alcance que cada uno de estos preceptos confiere a la noción de grupo de sociedades en nuestro Derecho, vid. por todos, SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, McGraw-Hill, 22^a ed., Madrid, 1999, pp. 589 a 591.

la mayoría de los votos, inherentes a las participaciones emitidas por la empresa, o c) pueden designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa.

5.4. El reconocimiento de la participación en el capital en el ámbito de la CECA y de la construcción naval

Las primeras referencias normativas al tema de las aportaciones de capital desde la perspectiva del control de las ayudas de Estado se producen en el ámbito de la construcción naval y de la industria siderúrgica.

En efecto, el artículo primero de la Directiva del Consejo sobre ayudas a la construcción naval¹⁹², de 28 de abril de 1981, al formular una serie de definiciones iniciales enumera sin carácter exhaustivo las posibles modalidades de ayuda de Estado, mencionando las medidas de financiación adoptadas por los Estados miembros para empresas de construcción y reparación naval que controlan directa o indirectamente y que reflejan la *puesta a disposición de capital-riesgo* según la práctica societaria normal en economía de mercado.

En términos prácticamente idénticos se manifestó la Decisión n° 2320/81/CECA de la Comisión, de 7 de agosto de 1981, por la que se establecían las reglas a que se debía someter la concesión de ayudas nacionales en el sector de la siderurgia¹⁹³.

¹⁹² Conocida como la primera Directiva de las siete hasta ahora adoptadas para regular la concesión de ayudas en el sector naval (DOCE L 137, de 23.5.81, p. 39). Su aprobación se produjo por mayoría cualificada.

¹⁹³ DOCE L 228, de 13.8.81, p. 14. Esta decisión, que venía a sustituir a otra de 1980, fue presentada por la Comisión y ratificada por el Consejo, que la aprobó por unanimidad en 1981.

5.5. *Las primeras decisiones negativas de la comisión sobre participación en el capital*

En 1982 la Comisión publica las tres primeras decisiones negativas en casos de aportación pública de capital¹⁹⁴: se trata de las decisiones *Balamundi*¹⁹⁵, *Intermills*¹⁹⁶ y *Leeuwarder*¹⁹⁷.

En la Decisión *Balamundi*, la Comisión consideró acreditado que el Gobierno belga había apoyado la supervivencia de la empresa Balamundi por medio de una serie de medidas financieras consistentes en una toma de participación en el grupo empresarial al que había concedido también un préstamo a 10 años con una franquicia de intereses durante cinco años, a la vez que garantizaba créditos anteriores de la empresa.

Para la Comisión, la situación financiera extrema de la empresa parecía excluir toda posibilidad de que acudiese al mercado de capital no subvencionado, por lo que las medidas adoptadas por el Gobierno belga constituían una ayuda de salvamento no notificada y, por tanto, ilegal, no pudiendo apreciarse tampoco su compatibilidad con el mercado común, e incompatible.

La segunda decisión, conocida como *Intermills*, afecta también a una empresa en delicada situación económica para la cual las autoridades belgas diseñan un completo plan de medidas financieras destinadas a eludir su quiebra. Dichas medidas consistían en una toma de participación por un total de 850 mills FB en la constitución de tres sociedades independientes, la concesión de un préstamo bonificado des-

¹⁹⁴ Vid. XII IPC 1982, Sector papel, apartado 186. Con anterioridad la cuestión se había suscitado ya en diversos asuntos de los que nos dan cuenta los sucesivos informes sobre la política de la competencia. A este respecto vid. en el V IPC 1975, apartado 117 (Asunto British Leyland I); VII IPC 1977, apartado 225 (examen de la Ley italiana n° 675, de 12 de agosto de 1977, que sería aprobada en 1983), XIII IPC 1984; IX IPC 1979, Fonds de Rénovation Industrielle (FRI); X IPC 1980, apartado 208 (Asunto British Leyland II).

¹⁹⁵ Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18).

¹⁹⁶ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papelerero (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

¹⁹⁷ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a una ayuda del Gobierno holandés en favor de una empresa de transformación de cartón (DOCE L 277, de 29.9.1982, p. 15).

tinado a financiar un programa de inversiones a realizar en las tres nuevas sociedades y, finalmente, una toma de participación en el capital de la sociedad matriz (Intermills) y un anticipo destinado a garantizar su reconversión y la reorientación industrial de las tres nuevas sociedades.

Para la Comisión, la situación financiera de Intermills y las pérdidas en que incurría excluían toda posibilidad de acudir al mercado de capital privado, por lo que concluye que las medidas adoptadas constituían ayudas estatales. La Comisión, sin embargo, admitirá la compatibilidad de los préstamos, pero no la de las tomas de participación.

Finalmente, en la Decisión *Leeuwarder*, la Comisión analiza la toma de participación realizada por un holding público de vocación regional de la empresa que requería con urgencia una fuerte inversión destinada a actualizar sus instalaciones. La difícil situación financiera de la empresa, unida a la sobrecapacidad del sector en el que operaba (papelero) y al insuficiente margen bruto de autofinanciación (*cash flow*) de la misma, hacían razonable pensar que no podría llevar a cabo la necesaria reestructuración sin ayudas estatales. En consecuencia, la Comisión consideró la toma de participación como una ayuda estatal, ilegal e incompatible con el mercado común.

El paralelismo entre los tres casos es notable, puesto que las tres empresas –belgas las dos primeras y holandesa la tercera– atravesaban una situación financiera difícil y desarrollaban su actividad en un sector (el papelero) que estaba en crisis a causa de la sobrecapacidad de producción, lo que llevó a la Comisión a considerar esas aportaciones de capital público como ayudas de salvamento¹⁹⁸. Y, por otro lado, en los tres asuntos las aportaciones de capital se efectuaban a través de instancias regionales.

Estas decisiones y los posteriores recursos interpuestos ante el TJCE¹⁹⁹ supusieron un avance de singular importancia en la labor de la Comisión por extender su control sobre las formas más sofisticadas de intervención pública.

¹⁹⁸ Cfr. XII IPC 1982, apartado 186.

¹⁹⁹ Tanto contra la decisión Intermills como contra la decisión Leeuwarder se interpusieron recursos de anulación, que fueron tramitados con los números 323/82 y 296 y 318/82, respectivamente.

5.6. La Comunicación de la Comisión de 1984 sobre la participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas

Ante las dificultades surgidas por sus primeras decisiones, la Comisión se vio en la necesidad de abordar de manera directa el tema de las participaciones públicas en el capital de sociedades mercantiles desde la perspectiva del control de las ayudas públicas nacionales, apareciendo así la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984²⁰⁰, bajo el título *Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE a las participaciones de los poderes públicos*.

En este documento, cuya base jurídica ha sido cuestionada, la Comisión va a expresar su posición en relación con las participaciones públicas en el capital de las empresas, reconociendo explícitamente su respeto a los principios de neutralidad y de no discriminación antes expuestos y partiendo como antecedentes de la adopción de una idéntica posición en los sectores siderúrgico y de la construcción naval²⁰¹.

En esta comunicación, la Comisión va a distinguir cuatro situaciones en las que los poderes públicos pueden estar inducidos a tomar participaciones en el capital de las empresas, tanto públicas como privadas.

- a) En la creación de empresas²⁰².
- b) En el caso de transferencia parcial o total de propiedad del sector privado al sector público (nacionalización / expropiación / compra).

²⁰⁰ Bol. CE, 9, 1984, pp. 93 a 96 y reproducido en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*, Comisión Europea-Dirección General de Competencia. Bruselas/Luxemburgo, 1999, vol. IIA, pp. 147 a 151. A propósito de esta Comunicación, vid. también XIV IPC 1984, especialmente apartados 198 y 199.

²⁰¹ Este documento, al que nos referiremos en extenso en otros capítulos de este trabajo, continúa siendo la referencia principal aunque no exclusiva de la Comisión, al abordar los supuestos de participación en el capital.

²⁰² La cuestión de los límites de la iniciativa pública para la creación de empresas es magníficamente analizada por la STS de 10 de octubre de 1989 (RAJ 1989/7352), especialmente su fundamento 3º. Un comentario de esta sentencia puede verse en Díez MORENO, F.: *Informes Ciss, Derecho de la competencia*, junio, 1990, fasc. 1º, pp. 313 a 314. Ver también del mismo autor: *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Civitas, 1996, pp. 445 y 446.

c) En empresas existentes, que pertenecen al sector público por aportes de capital o dotaciones, convertidas en capital²⁰³.

d) En empresas existentes del sector privado con aumento del capital²⁰⁴.

Tras dicha enumeración, la Comisión expone, siguiendo la fórmula del *semáforo*, una serie de hipótesis en las que: 1) no existiría ayuda de Estado, 2) existiría ayuda y, finalmente, 3) enunciará unas presunciones de ayuda estatal, que desplaza la carga de la prueba de su no existencia al Estado interesado²⁰⁵.

La importancia de esta enumeración y del reconocimiento explícito del principio del inversor privado en una economía de mercado como criterio para apreciar la existencia de ayudas de Estado, no deben hacer olvidar, sin embargo, que uno de los elementos esenciales de esta comunicación es el de despejar las dudas sobre los supuestos que deben notificarse y sobre la información que debe transmitirse a la Comisión para que ésta pueda efectuar su evaluación²⁰⁶.

5.7. La Comunicación de la Comisión sobre las empresas públicas del sector de fabricación

En 1991, la Comisión publica una nueva comunicación²⁰⁷ bajo el título *Comunicación a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación*²⁰⁸, con la que pretendía, por un lado, clarificar su posición en rela-

²⁰³ Las ayudas a empresas públicas en sentido propio.

²⁰⁴ En este supuesto y en función de la participación pública puede producirse la publicación de la empresa que pasaría del sector privado al público.

²⁰⁵ Esta cuestión se examinará en detalle en el capítulo quinto de este trabajo (apartado 3.1.1).

²⁰⁶ La cuestión de la notificación será analizada al tratar el tema del procedimiento. Vid. *infra* el apartado 2.2.2.1 del capítulo tercero del presente trabajo.

²⁰⁷ DOCE C 273, de 18.19.1991, p. 2.

²⁰⁸ Para un comentario general de esta comunicación, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «La nueva comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado a empresas públicas», en *Not. CEE*, nº 89, junio, 1992, pp. 35 a 40. Aunque este comentario general se realiza sobre la versión de 1991, es plenamente trasladable a la versión de 1993.

ción con el principio del *inversor privado en una economía de mercado*²⁰⁹, cuya aplicación se extiende a otras modalidades de intervención pública, además de las aportaciones de capital y, por otro, ampliar las obligaciones de los Estados miembros de suministrarle información sobre sus relaciones financieras con las empresas públicas del sector de fabricación²¹⁰.

Esta comunicación fue, no obstante, recurrida por el Gobierno francés ante el Tribunal de Justicia, quien declaró finalmente su nulidad por falta de habilitación legal de la Comisión para su adopción, mediante Sentencia de 16 de junio de 1993²¹¹.

Tras la sentencia, la Comisión adoptó una nueva comunicación con el mismo título²¹² y aprobó la Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993²¹³, por la que procedía a reformar la Directiva 80/723/CEE, reforzando la obligación de información de los Estados miembros²¹⁴.

Esta comunicación, que es complementaria de la de 1984, viene a consolidar la práctica de la Comisión acerca de las ayudas estatales en forma de aportación pública de capital, desarrollando, a la luz de la jurisprudencia comunitaria, el principio del *inversor privado en una*

²⁰⁹ Sobre este punto, vid. *infra* capítulo quinto, apartados 3 y 4.

²¹⁰ El contenido de la comunicación de 1993 coincide con el de la de 1991, con la excepción de la parte relativa a la regulación de la obligación de información, que se articula en la directiva.

²¹¹ STJCE de 16 de junio de 1993, República Francesa c. Comisión, asunto C-325/91, Rec. 1993, p. I-3283. Para un comentario de esta sentencia, vid. PAPAIOANNOU, A.: «Case C-325/91, France v. Commission, Judgement of 16 June 1993», en *CMLRev*, 31, 1994, pp. 155 a 164.

²¹² DOCE C 307, de 12.10.1993, p. 3.

²¹³ DOCE L 254, de 12.10.1993, p. 16.

²¹⁴ Esta directiva modifica nuevamente la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, asumiendo la sentencia del Tribunal que había rechazado que la comunicación pudiera regular esta materia. A propósito de esta nueva reforma de la Directiva 80/723/CEE, vid. CUESTA, C.: «Modificación de la directiva de transparencia y comunicación de la Comisión sobre empresas públicas», en *ICE*, n° 2395, diciembre, 1993, pp. 3525 a 3528; RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Una nueva reforma de la Directiva 80/723/CEE, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas: la Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993», en *ADI*, n° XV, 1993-1994, pp. 775 a 779.

economía de mercado que, de acuerdo con su experiencia, se había convertido en un instrumento apropiado para determinar la existencia de elementos de ayuda estatal en diversas modalidades de intervención estatal.

6. El reconocimiento por la jurisprudencia de las participaciones públicas en el capital

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo que enfrentarse a la cuestión de si la participación pública en el capital podía considerarse incluida en el concepto de ayuda estatal con motivo de los recursos de nulidad interpuestos contra las primeras decisiones negativas, en particular contra la Decisión *Intermills*.

Sin embargo, ya con anterioridad²¹⁵ la cuestión se había suscitado en sede judicial por el Abogado General Sir Gordon Slynn, quien había expuesto su disconformidad con la Comisión en sus conclusiones en el asunto 84/82²¹⁶, presentadas el 25 de enero de 1984. En este asunto se analizaba el recurso de anulación interpuesto por el Gobierno alemán contra la Decisión de la Comisión de 18 de noviembre de 1981, por la que se autorizó el plan quinquenal belga de reestructuración del sector textil y de la confección. En dicha decisión la Comisión había decidido no poner objeciones a las inyecciones de capital público previstas en el mismo, al considerar que no constituían ayudas de Estado. Como expone el propio Slynn, el razonamiento de la Comisión era que la participación del Estado en una empresa en dificultades o insalvable constituía efectivamente una ayuda de Estado, mientras que, por el con-

²¹⁵ A la posición del Abogado General Slynn se refiere expresamente el también Abogado General M. P. Verloren Van Themaat en sus conclusiones de 11 de julio de 1984, en el asunto *Intermills*, al que a continuación haremos referencia; conclusiones en las que se efectúa un breve repaso de la doctrina coetánea sobre la cuestión.

²¹⁶ República Federal de Alemania c. Comisión, asunto 84/82, sobre el que recaería STJCE de 20 de marzo de 1984, Rec. 1984-3, p. 1451. En esta sentencia el Tribunal estimará parcialmente el recurso interpuesto por razones de procedimiento, al considerar que la Comisión debía haber iniciado el procedimiento contradictorio del artículo 93.2 del Tratado CE (hoy 88.3 CE), ya que la aprobación de la ayuda revelaba que habían existido dificultades que lo justificaban, aunque no entra a analizar el fondo de la decisión favorable de la Comisión. A propósito de esta sentencia, vid. XIV IPC 1984, apartado 200.

trario, cuando la empresa era financiera, industrial y comercialmente viable y no afrontaba más que *problemas temporales* de reconversión, la participación del Estado no constituía una ayuda estatal. Frente a la posición de la Comisión, el Abogado General Slynn sostendría en sus conclusiones que las aportaciones de capital previstas en el plan de las autoridades belgas constituían verdaderas ayudas estatales, sometidas al artículo 92.1 Tratado CE, considerándolas, de acuerdo con la jurisprudencia, como una *ventaja gratuita*²¹⁷.

La sentencia en el asunto *Intermills*²¹⁸ va a ser, sin embargo, la que brinde al Tribunal de Justicia la oportunidad de revisar la posición de la Comisión frente a las aportaciones de capital²¹⁹. En esta sentencia se resolvía el recurso de anulación interpuesto por la SA Intermills y por tres sociedades de su grupo contra la Decisión de 22 de julio de 1982²²⁰, en la que la Comisión había declarado la compatibilidad de las ayudas otorgadas en Bélgica por la Región Valona en forma de préstamos bonificados y de anticipos reintegrables, pero declaraba incompatibles las aportaciones de capital efectuadas a la SA Intermills, así como las destinadas a la creación de tres sociedades nuevas.

Los argumentos sostenidos por los recurrentes se centraban en una serie de defectos, de orden formal y material, especialmente la violación de las formas sustanciales del procedimiento, la violación del artículo 6 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, la falta

²¹⁷ El Abogado General SLYNN cita expresamente las SSTJCE de 22 de marzo de 1977, *Steinike & Weinlig c. República Federal de Alemania*, asunto 78-76, Rec. 1977, pp. 595 a 617, y de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denkavit italiana SRL*, asunto 61/79, Rec. 1980, p. 1205. A propósito de la cuestión de la ayuda como ventaja gratuita, vid. *supra* apartado 3.3 de este capítulo.

²¹⁸ SA Intermills y otros c. Comisión, de 14 de noviembre de 1984, asunto 323/82, Rec. 1984, pp. 4295 a 4315. A propósito de esta sentencia, vid., entre otros, los siguientes comentarios: DELANNAY, P., en *JdT*, 1985, p. 79; ROSS, M.: «Challenging State Aids: The Effect of Recent Developments», en *CMLRev*, n° 23, 1986, pp. 867 a 894; DONY, M.: «La participation des...», op. cit., pp. 161 a 184; MINNECI, F.: «Le partecipazioni pubbliche al capitale di imprese», en *DCSI*, n° 3-4, iuglio-dicembro, 1991, pp. 365 a 372.

²¹⁹ En este sentido, vid. PAPPALARDO, A.: «Aids to Reestructuring and Government Equity Participation in the EEC and in International Trade Recent Developments», en *It. Year. Inter. L.*, 1986-7, pp. 80 a 95, en especial p. 90, y en «Les participations...», op. cit., p. 302. Por su parte, la Comisión va a exponer la jurisprudencia derivada de la sentencia Intermills en XIV IPC 1984, apartados 198 a 204.

²²⁰ DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30.

de motivación y la violación de los artículos 92 y 93 Tratado CE, a los que se sumó, por parte de los coadyuvantes, la violación del artículo 222 del Tratado CE.

A pesar de que anuló la decisión de la Comisión por considerar que no se había motivado suficientemente que la ayuda otorgada afectase a la competencia de manera contraria al interés común, el Tribunal va a respaldar la posición de la Comisión en relación con las aportaciones de capital, sentando, como con carácter general ha resumido la doctrina²²¹, dos ideas básicas:

1) La pluralidad de potenciales formas de ayuda de Estado impide establecer una distinción básica entre las ayudas en forma de préstamos o en forma de participaciones en el capital, puesto que las ayudas otorgadas con una u otra formas quedan sometidas a la prohibición del artículo 92 Tratado CE, si concurren los requisitos establecidos en dicho precepto²²².

2) El otorgamiento de ayudas, especialmente en el caso de tomas de participación en el capital por parte del Estado o de entidades públicas, no puede ser considerado automáticamente contrario a las disposiciones del Tratado: cualquiera que sea la forma en la que se acuerden las ayudas, sea en forma de préstamos o de participaciones, corresponde a la Comisión examinar si tales ayudas se encuentran en conflicto con el artículo 92.1 y, en caso afirmativo, apreciar si pueden eventualmente ser excepcionadas en virtud del apartado 3 del mismo artículo, motivando en consecuencia su decisión²²³.

Esta sentencia va a establecer la línea jurisprudencial básica que va a ser recogida tanto por las sentencias posteriores²²⁴ como por las pro-

²²¹ Por todos, PAPPALARDO, A.: «Les participations...», op. cit., pp. 291 a 310.

²²² Cfr. Considerando 31. En esta misma idea incide el abogado general, quien en sus conclusiones destaca el hecho de que, aunque en una respuesta a una pregunta escrita en 1963, la Comisión no incluyera la tomas de participación entre las potenciales formas de ayuda de Estado, no podía excluir que sobre la base de la experiencia posterior, ella esté llamada a concluir que en ciertas circunstancias las tomas de participación del Estado en una empresa puedan igualmente constituir ayudas de Estado.

²²³ Considerando 32.

²²⁴ Cfr. a título de ejemplo, conclusiones del Abogado General Sir GORDON SLYNN presentadas el 16 de enero de 1985 en el Reino de los Países Bajos y Leeuwarder papier-

pias decisiones²²⁵ y comunicaciones²²⁶ de la Comisión. En consecuencia, a partir de ella no se entrará ya a discutir si las aportaciones públicas de capital pueden constituir una potencial forma de ayuda de Estado, sino la aplicación que de esta jurisprudencia realiza la Comisión y la efectiva existencia de *elementos de ayuda estatal* en los casos concretos en que se produzca, analizando cumulativamente su origen estatal, su carácter discriminatorio o sus efectos sobre la competencia y el comercio intracomunitario.

warenfabriek B.V. c. Comisión, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, pp. 809, 811 y 812. En la STJCE recaída en este mismo asunto, de fecha 13 de marzo de 1985, el Tribunal no aludió de manera expresa, sin embargo, a la jurisprudencia *Intermills*, al centrarse únicamente en la ausencia de motivación suficiente por parte de la Comisión de que las medidas controvertidas afectaban los intercambios intracomunitarios en forma contraria al interés común, si bien, como destaca Hellingman («*State Participation...*», op. cit., p. 113), el Tribunal confirmaría implícitamente su jurisprudencia al considerar que la participación en capital objeto del debate podía constituir una forma de ayuda estatal.

²²⁵ Con carácter ilustrativo podemos citar las siguientes: Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce SA (antes Industrias Textiles de Guadalhorce S.A.), denominada actualmente GTE General Textil España S.A., fabricante, de propiedad estatal, de tejidos de algodón (DOCE L 176, de 30. 6.1992, p. 57); Decisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la ayuda concedida por Italia a Nuova Cartiera di Arbatax (DOCE L 159, de 12.6.1992, p. 46); Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994, p. 22); Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p. 1).

²²⁶ Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DOCE C 307, de 13.11.1993, p. 3); Comunicación de la Comisión sobre aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación (DOCE C 350, de 10.12.1994, p. 5); Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2).

Capítulo II

CONCEPTO Y MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL

1. El concepto de *participación* en el capital en el ámbito de la regulación comunitaria sobre ayudas estatales

Examinadas desde una perspectiva general las nociones de subvención y de ayuda estatal y centrado el objetivo de nuestro estudio en una de sus formas concretas: la *participación en el capital (social) de las empresas*, resulta imprescindible delimitar también el alcance de esta expresión desde una perspectiva jurídica y financiera al objeto de precisar qué supuestos concretos de ayuda o de subvención pueden incluirse en esta modalidad de intervención estatal. Para realizar nuestro análisis es preciso partir de conceptos y categorías propias del Derecho de sociedades, para lo cual resulta imprescindible iniciar nuestro estudio desde la perspectiva más amplia que ofrece el Derecho europeo de sociedades.

1.1. Consideraciones generales sobre el Derecho europeo de sociedades

La regulación de las sociedades mercantiles se planteó en sede comunitaria con motivo del reconocimiento y de la regulación del derecho de establecimiento como una de las libertades básicas del mercado común, junto con la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales.

El artículo 58 Tratado CE (hoy artículo 48 CE¹) preveía al respecto que «las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entienden las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo»². Las dificultades prácticas que suponía la pluralidad

¹ A pesar del cambio de numeración, y las sucesivas reformas del tratado, tanto el artículo 58 Tratado CE como el actual artículo 48 CE se encuentran en el capítulo 2 (*Derecho de establecimiento*) del título III (*Libre circulación de personas, servicios y capitales*) con una redacción absolutamente idéntica. Acerca de esta cuestión, vid. CONESA HERNÁNDEZ, A.: «Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades: algunas conexiones mutuas (Comentario a la STJCE de 15 de mayo de 1997)», en *La Ley*, de 2.10.1997, D-258, 1997-5, pp. 1738 a 1740.

² Para FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA (*Derecho mercantil internacional*, 2ª ed. rev., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 148 a 252, en concreto pp. 156 a 157 y nota 6), la exégesis de este precepto permite advertir la formulación jurídico-positiva de un concepto amplio de sociedad al quedar comprendidas en él toda clase de sociedades civiles y mercantiles, así como los establecimientos públicos de carácter industrial o comercial frente, por ejemplo, al carácter restrictivo consagrado respecto de estos últimos en el Convenio de La Haya de 1956. Sin embargo, a juicio de VICENT CHULIÁ (*Compendio crítico de Derecho mercantil*, tomo I, vol. 1, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 290), resulta claro que esta norma no define ni pretende definir el concepto de sociedad, sino extender el derecho de establecimiento a cualquier forma jurídica de empresa. En esta misma línea y a propósito de la *noción penal de sociedad* que recoge nuestro Código penal de 1995 (referida en el artículo 297), AREÁN LALÍN («Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios», en VARIOS: *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa-Galicia, A Coruña, 1998, pp. 13 a 32, en especial p. 23) destaca la amplitud del concepto de sociedad que consagra el artículo 58 del Tratado CE, que se correspondería con el tradicional que recogen nuestros códigos civil y de comercio, que ven en el ánimo de lucro la idea básica de la sociedad, aunque subraya que esta concepción ha ido perdiendo peso en los últimos tiempos por la propia evolución de la economía y de las instituciones jurídicas que ha abierto la puerta a figuras societarias, como la sociedad anónima deportiva, en las que difícilmente se puede detectar el ánimo lucrativo. A propósito de la diversa amplitud del concepto de sociedad y, por ende, del propio Derecho de sociedades, vid. el ya clásico estudio de PAZ-ARES, C.: «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, CGCCOC/Civitas, Madrid, 1991, pp. 729 a 753, y del mismo autor «La sociedad en general: caracterización del contrato», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 427 a 462; Lojendio Osborne, I.: «Las sociedades mercantiles», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.):

de regulaciones a las que se sometían las sociedades mercantiles en los distintos Estados miembros y el prolongado fracaso obtenido con el intento de desarrollar un modelo de *sociedad anónima europea* (SAE)³, indujo a la Comunidad a tratar de establecer unas pautas comunes mínimas en la materia a través de directivas⁴. Estas directivas, que con-

Derecho mercantil, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999, pp. 167 a 183, en especial pp. 167 y 168; y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 215 a 217. En este contexto véase también RDGRN de 29 de febrero de 1992 y «Concepto amplio de sociedad a efectos de inscripción en el Registro Mercantil de sucursales extranjeras», en *Not. CEE*, n° 91-92, agosto-septiembre, 1992, pp. 119 a 123.

³ El fracaso de la SE no impidió la aprobación del Reglamento (CEE) n° 2137/85 del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativo a la constitución de una Agrupación Europea de Interés Económico (AEIE) (DOCE L 199, de 31.7.85 p. 1). En relación con la AEIE y a la Agrupación de Interés Económico creada en nuestro Derecho a inspiración de aquélla por la Ley 12/1991, de 29 de abril, véase PAZ-ARES, C.: «La Agrupación de Interés Económico y las sociedades profesionales», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., tomo I, pp. 735 a 764. A propósito de las últimas propuestas de reglamento sobre estatuto de la sociedad europea y de la directiva de armonización de las normas sobre la posición de los trabajadores en dicha SE, vid. VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio...*, op. cit., pp. 362 a 364; GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L.: *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, Codes Dalloz, 5ª ed., París, 1994, pp. 186 a 196; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L.: *Derecho mercantil...*, op. cit., pp. 209 a 213 y nota 92. Más recientemente, ESTEBAN VELASCO, G.: «La sociedad europea: nuevas perspectivas desreguladoras», en VARIOS: *Manuales de la reforma mercantil en España*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, edición especial del diario *Expansión*, 1999, vol. I, pp. 107 a 142. Téngase en cuenta que tras la Cumbre Europea de Niza (7 a 9 de diciembre de 2000) en el Consejo de Empleo y Política Social de 20 de diciembre de 2000 se logró un acuerdo político sobre la SE que permitió su aprobación definitiva en el Consejo de Ministros de la UE de 8 de octubre de 2001 siendo finalmente publicados en fecha reciente el Reglamento (CE) n° 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE por los que se regula, respectivamente, su estatuto jurídico y la implicación de sus trabajadores (DOCE L 294, de 11.11.2001, pp. 1 y 22).

⁴ La directiva es el instrumento normativo que al respecto preve el artículo 44 CE (antiguo artículo 54 Tratado CE), que señala que: «1) A efectos de alcanzar la libertad de establecimiento en una determinada actividad, el Consejo decidirá, mediante directivas, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social; 2) El Consejo y la Comisión ejercerán las funciones que les atribuyen las disposiciones precedentes, en particular: (...) g) coordinando, en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros». En este contexto y a propósito del efecto de las directivas, vid. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El efecto (directo e indirecto) de las directivas y la nulidad de las sociedades mercantiles (Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990)», en *La Ley-Comunidades Europeas*, de 11.3.1991, pp. 1 a 5. Sobre la interpretación del Derecho nacional a la luz de las directivas que transponen, vid. BELLO MARTÍN-CRESPO,

forman el núcleo esencial del Derecho comunitario de sociedades⁵, si bien limitadas a las sociedades de capital⁶, han motivado la adaptación progresiva de las legislaciones nacionales, como la española⁷, a aquellos aspectos básicos en los que se pudo alcanzar el consenso necesario entre los Estados miembros⁸.

M. P.: *Las directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional. (Especial consideración de la jurisprudencia del TS en la aplicación de normas de Derecho mercantil)*, Civitas, Madrid, 1999.

⁵ No se puede olvidar, como recuerda HEVIA LAGUNA («El Derecho de sociedades en Europa: armonización o el reto de la Sociedad Europea», en *BAUE*, n° 68, marzo-abril, 1997, pp. 8 a 22, concretamente p. 8), que junto a estas directivas existen otros instrumentos jurídicos a través de los cuales se ha realizado la labor de acercar las diversas legislaciones de los Estados miembros, como son los convenios internacionales ex-artículo 220.3 Tratado CE (hoy 293 CE) y los reglamentos ex-artículo 235 Tratado CE (artículo 308 CE), como el ya aludido sobre las AEIE.

⁶ En una acepción muy restringida esta regulación se identificaría con el propio Derecho europeo de sociedades. En este sentido VICENT CHULIÁ («Nuevas estrategias en el derecho de sociedades europeo», en *DN*, n° 76, 1997, pp. 14 a 27, en especial p. 14) alude también a la existencia de una acepción amplia que lo identificaría con todas las agrupaciones voluntarias de personas, y de un *concepto amplísimo* que englobaría todas las formas jurídicas de organización de la actividad empresarial bajo la denominación de sociedades o entidades, que la haría, para este autor, equivalente a la noción norteamericana de *corporations*.

⁷ La adaptación de nuestra legislación de sociedades a las directivas comunitarias se llevó a cabo por medio de la Ley 19/1989, de 25 de julio, de reforma parcial y de adaptación de la legislación mercantil a las directivas de la CEE en materia de sociedades, y por el Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas. Anteriormente, la Ley 19/1988, de 12 de julio, de auditorías de cuentas había transpuesto ya la Octava Directiva (auditoría de cuentas) y la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada hizo lo mismo con la Duodécima, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único.

⁸ A este respecto, es preciso recordar con ESTEBAN VELASCO («La sociedad europea...», op. cit., pp. 107 a 110), lo que éste denomina «nueva estrategia de la Unión Europea» que, a partir de mediados de los ochenta, se orienta hacia una política de desregulación y de simplificación legislativa, que recibió su respaldo con la formulación de los principios de subsidiariedad y de proporcionalidad en el TUE de 1992 y en el Protocolo n° 30 del Tratado de Amsterdam sobre la aplicación de tales principios. También debemos mencionar la labor de la jurisprudencia comunitaria a la hora de desarrollar el Derecho de sociedades europeo. Mención especial merece a este respecto la jurisprudencia surgida a propósito de la supresión del derecho de suscripción preferente y las facultades de la junta general, de acuerdo con la Segunda Directiva en materia de sociedades (Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976; DOCE L 26, de 31.1.1977). Cfr. a este respecto, STJCE de 19 de noviembre de 1996 (Asunto C-42/95), recaída en la cuestión prejudicial suscitada en Siemens AG v. Henry Nold (Rec. 1996, p. I-6017) y la más reciente de 23 de marzo de 2000, en el asunto C-373/97, que tiene por objeto una petición dirigida al Tri-

Estas directivas son las siguientes⁹:

■ Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, sobre publicidad, validez de los contratos de sociedad y nulidad de la sociedad¹⁰.

■ Segunda Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, de protección de los intereses de los socios y de terceros en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital¹¹.

bunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE (actualmente, artículo 234 CE), por el Polymele Protodikeio Athinon (Grecia) en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Dionysios Diamantis y Elliniko Dimosio, Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE), sobre la interpretación de los artículos 25 y 29 de la Segunda Directiva (sentencia todavía no publicada). Véanse también GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Consideraciones en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de sociedades», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario...*, op. cit., vol. II, pp. 935 a 978, en particular pp. 948 a 955; CONESA HERNÁNDEZ, A.: «Los derechos de la junta general de accionistas frente a las normas de saneamiento bancario», en *La Ley*, de 23.7.1996; VÁZQUEZ ALBERT, D.: «Las nuevas tendencias en materia de exclusión del derecho de suscripción preferente en Alemania (El caso Deutsche Bank y la reforma de la Aktiengesetz)», en *CRDBB*, n° 1, 1995, pp. 151 a 182, y del mismo autor «El derecho de suscripción preferente en el Derecho comunitario. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de noviembre de 1996 y del Tribunal Supremo alemán de 23 de junio de 1997 en el caso Siemens», en *RDM*, n° 230, octubre-diciembre, 1998, pp. 1691 a 1717, «El derecho de suscripción preferente en Europa», en *RdS*, n°11, 1999, pp. 79 a 131 y *La exclusión del derecho de suscripción preferente*, Madrid, 2000, ambos trabajos del mismo autor. Con posterioridad, el TJCE ha resuelto una cuestión prejudicial relativa al posible abuso de derecho en la invocación de un incumplimiento de Estado, en relación con la transposición de la previsión del artículo 25.1 de la Segunda Directiva (Cfr. STJCE de 23 de marzo de 2000, Dionysios Diamantis/Elliniko Dimosio (Estado helénico), Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE), asunto C-373/97).

⁹ Se excluye de esta enumeración tanto a las directivas en materia de armonización fiscal de sociedades como a las relativas al mercado de valores, así como la mención a sus reformas por las sucesivas actas de adhesión. Una visión completa y actual tanto del acervo comunitario en materia de sociedades como de sus perspectivas futuras puede verse en WOUTERS, I.: «European Company Law: Quo Vadis?», en *CMLRev.*, n° 37, abril, 2000, pp. 257 a 307. La consulta de estas directivas con sus sucesivas reformas puede hacerse en la página de internet http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_1710.html (última consulta en noviembre de 2002).

¹⁰ DOCE L 65, de 14.3.1968, p. 8.

¹¹ DOCE L 26, de 30.1.1977, p. 1. Esta Directiva es modificada por la Directiva 92/101/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1992 (DOCE L 347, de 28.11.1992, p. 64), que incorpora el artículo 24 *bis* con el objeto de extender a las filiales las limitaciones impuestas a la sociedad en relación a la adquisición de sus propias acciones y que se

■ Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas¹².

■ Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad¹³.

■ Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, referente a la escisión de sociedades anónimas¹⁴.

■ Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas¹⁵.

■ Octava Directiva 84/253/CEE del Consejo, de 10 de abril de 1984, relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables¹⁶.

■ Undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado¹⁷.

■ Duodécima Directiva 89/667/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único¹⁸.

inscribe, como destacan GOLDMAN, LYON-CAEN y VOGEL (*Droit commercial...*, op. cit., p. 150), en el marco de las medidas destinadas a facilitar las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS), al impedir que una sociedad pueda servirse de una filial para adquirir sus propias acciones más allá de los límites previstos para hacer fracasar cualquier OPA.

¹² DOCE L 295, de 20.10.78, p. 36

¹³ DOCE L 222, de 14.8.78, p. 11. Esta directiva ha sido modificada, además de por la Séptima Directiva relativa a las cuentas consolidadas (vid. *infra*), por la Directiva 90/604/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, relativa a las excepciones en favor de las pequeñas y medianas sociedades, así como a la publicación de las cuentas anuales en ecus (DOCE L 317, de 16.11.1990, p. 57) y por la Directiva 90/605/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, en lo relativo a su ámbito de aplicación (DOCE L 317, 16.11.1990, p. 60). Más recientemente, la Cuarta Directiva ha sido modificada por la Directiva 1999/60/CE del Consejo, de 17 de junio de 1999, en lo referente a los importes expresados en ecus (DOCE L 162, de 26.6.1999, p. 65).

¹⁴ DOCE L 378, de 31.12.1982, p. 47.

¹⁵ DOCE L 193, de 18.7.1983, p. 1. Modificada por las Directivas 90/604/CEE y 90/605/CEE, citadas en nota 13.

¹⁶ DOCE L 126, de 12.5.1984, p. 20.

¹⁷ DOCE L 395, de 30.12.89, p. 36.

¹⁸ DOCE L 395, de 30.12.89, p. 40.

Junto a estas directivas aprobadas por el Consejo e introducidas en mayor o menor grado por los Estados miembros¹⁹, existen otras en las que no se ha logrado la aprobación por las discrepancias existentes. Este es el caso de la Quinta Directiva, sobre estructura de los órganos sociales; de la Novena Directiva, sobre grupos de sociedades²⁰; de la Décima Directiva, sobre fusiones transfronterizas; y de la Decimotercera Directiva, sobre OPAS²¹. En relación con esta última propuesta de directiva y, a pesar de que el 21 de junio de 1999 se había alcanzado un acuerdo político en el seno del Consejo de la Unión sobre mercado interior, aprobándose por unanimidad incrementar el plazo de transposición de 3 a 4 años y, como contrapartida, reducir de 2 a 1 año el período transitorio que se había pactado para los países que disponían de medidas equivalentes para proteger a los accionistas minoritarios²², el texto final fue bloqueado por el Parlamento europeo en su pleno del 4 de julio de 2001²³.

¹⁹ La Comisión inició diferentes expedientes de infracción por incumplimiento contra diversos Estados miembros con arreglo a los artículos 226 a 228 CE (antiguos artículos 169 a 171 Tratado CE). A título de ejemplo, vid. STJCE de 22 de abril de 1999, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto C-272/97 (Rec. 1999, p. 2175), en la que el Tribunal declaró que la República Federal de Alemania había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 90/605/CEE del Consejo, de 8 de noviembre de 1990, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE, relativas, respectivamente, a las cuentas anuales y a las cuentas consolidadas, en lo relativo a su ámbito de aplicación, al no haber adoptado dentro del plazo establecido todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a dicha Directiva.

²⁰ Esta propuesta ni tan siquiera ha llegado a publicarse. En este sentido, vid. GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L.: *Droit commercial...*, op. cit., p. 170.

²¹ Para un análisis de estas propuestas y de las dificultades que han impedido su aprobación, véase GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L.: *Droit Commercial...*, op. cit., pp. 170 a 186. Vid. también «Takeovers Directive. Questions and Answers», en DN/MEMO/99/35 de 18.6.1999, disponible sólo en francés e inglés en <http://europa.eu.int/rapid> (última consulta realizada en noviembre de 2002)

²² No obstante, España había mantenido su reserva respecto de Gibraltar, vinculada a la definición de autoridad en relación con las OPAS y el Consejo estuvo de acuerdo en que el Reino Unido y España hicieran los esfuerzos necesarios para alcanzar un compromiso sobre esta cuestión en el Comité de Representantes Permanentes (COREPER).

²³ Cfr. IP/01/943, de 4 de julio de 2001. Entre las conclusiones y recomendaciones del informe del grupo de expertos en Derecho de sociedades, encargado por la Comisión europea como paso previo a la presentación de una nueva propuesta (*Report of the high level group of company law experts on issues related to takeover bids*, Brussels, 10 January 2002, págs. 29 a 35. Vid. nota de prensa de la Comisión IP/02/24, de 10/01/2002), se

Ante esta situación, la Comisión se ha visto obligada a presentar una nueva propuesta, todavía en trámite²⁴, con la que pretende dotar de mayor seguridad jurídica a todas las partes implicadas en estas operaciones, partiendo de los principios sobre los que ya se había alcanzado unanimidad en la posición común en el seno del Consejo, incorporando, no obstante, una serie de aspectos complementarios, como el relativo a la definición común de «*precio equitativo*» en caso de oferta obligatoria o la introducción de un derecho de retirada obligatoria.

1.2. *La noción de participación en el capital*

Una vez reseñado el catálogo de directivas y antes de abordar la cuestión de la participación en el capital desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales, conviene que nos detengamos previamente en algunos conceptos generales.

En sentido general, la *participación en capital*²⁵ es la mera presencia de una persona física o jurídica en el capital de una empresa, de forma directa o a través de otra empresa previamente participada. En sentido estricto, sin embargo, sólo se puede hablar de *participación en*

encuentra el establecimiento de una regla de «*break-through*» por la cual el comprador que alcanza un porcentaje determinado del capital (el umbral propuesto es del 75%) debería poder ejercer pleno control sobre la sociedad, dejándose sin efecto las eventuales reglas estatutarias o de otro tipo, independientemente de que hayan sido introducidas antes o después de la OPA, que puedan limitar su autonomía para ejercer el núcleo fundamental de los derechos de control y gestión que le corresponden según el Derecho de sociedades. Los expertos recomiendan que la citada regla se aplique igualmente a las denominadas «*acciones de oro*» o «*golden shares*», considerando que los Estados miembros que quieran mantener el control sobre una empresa por motivos legítimos de interés público deben hacerlo a través de legislación conforme a los principios de Derecho público. Acerca de esta última cuestión, vid., GIPPINI FOURNIER, E., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», en *GJ*, n° 220, julio-agosto, 2002, pp. 38 a 62, p. 38.

²⁴ IP/02/1402, de 2 de octubre de 2002 («*Derecho de sociedades: la Comisión propone un marco transparente para las OPAS*»). De manera paralela se está tramitando en las Cortes Generales una proposición no de Ley destinada a reformar nuestra legislación interna en materia de OPAS. A propósito de la misma, vid., PAZ-ARES, C.: «La reforma de las opas y la prima de control (I) y (II)», en *ExpansiónDIRECTO* (Opinión), 17 y 18 de octubre de 2002.

²⁵ Vid. TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza, ed. de 1992, Cinco Días, p. 319.

el capital en relación al *capital social* y, por tanto, vinculado a empresas en forma de sociedad, de las llamadas capitalistas, cuyos ejemplos básicos en nuestra legislación son la sociedad anónima, la sociedad limitada y la sociedad comanditaria por acciones²⁶.

Es preciso señalar también que la participación en el capital no debe considerarse como una noción estática, sino dinámica, que implica tanto la presencia en una empresa, de la que no se poseía parte alguna (a través de la compra de la totalidad o de parte de su capital), como el cambio cuantitativo o cualitativo de dicha presencia (ampliación de la participación o pérdida de la totalidad o de parte de la misma). Desde esta perspectiva cabe hablar también de participaciones temporales o permanentes y, por su valor cualitativo, de participaciones mayoritaria (que en su caso convierte a la empresa en pública), minoritaria (que, no obstante, puede atribuir el control) o incluso total (que en algunos supuestos conlleva la asunción de responsabilidad patrimonial ilimitada²⁷).

²⁶ La primera regulada en el Real decreto legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, y la segunda por la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada, mientras que la sociedad comanditaria por acciones lo está en el Código de comercio (artículos 151 a 157), tras la reforma operada por la ya citada Ley 16/1989, de 25 de julio. Con carácter general acerca de este tipo social, vid. LOJENDIO OSBORNE, I.: «La sociedad comanditaria por acciones», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, op. cit., pp. 363 a 373. Es preciso señalar, no obstante, la existencia de otras figuras societarias como la cooperativa que, a pesar de su base mutualista, también reconoce al capital un papel importante. Esta forma de empresario social tiene su disciplina general en la Ley 27/1999, de 16 de junio (BOE, n° 170 de 17.7.1999), regulándose de manera específica en cada comunidad autónoma al haber asumido todas las competencias exclusivas en la materia, con excepción de Ceuta y de Melilla. Vid. por todos URÍA, R., MENÉNDEZ, A., VERGEZ, M.: *Sociedades cooperativas*, en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., tomo I, pp. 1279 a 1302 y MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Notas sobre la Ley 27/1999 de 16 de julio, de cooperativas», en *La Ley*, n° 4930, de 18.11.1999, pp. 1 a 5. En relación con la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia (DOG, n° 252 de 30.12.1998 y BOE, n° 72 de 25.3.1999), vid. VARIOS: *Estudios sobre a Lei de cooperativas de Galicia*, Xunta de Galicia, 1999.

²⁷ La cuestión de la pérdida del privilegio de la limitación de responsabilidad en el caso de la titularidad del 100% de capital social se ha suscitado con especial interés en el caso italiano, a propósito de la regulación de su Código civil. (Vid. al respecto, SCOTTI CAMUZZI, S.: «La società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario», en *Rivista delle Società*, 31, 1986, pp. 465 a 559, y del mismo autor, «L'unico azionista», en COLOMBO, G. E., PORTALE, G. B. (dir): *Trattato delle società per azioni*, cap.

La condición de socio, accionista o partícipe deriva de la adquisición de las correspondientes acciones o participaciones sociales. Dicha adquisición puede ser originaria, en la fase de constitución de la misma o, en su caso, como consecuencia de aumentos posteriores del capital, o derivativa a través de diversos negocios jurídicos (compraventa, permuta²⁸...).

En el contexto del control comunitario sobre las ayudas estatales, aunque se emplee de manera generalizada el término *participación* éste adquiere un significado propio y en cierta medida singular, ya que: 1) no se cuestiona la simple presencia en el capital de una compañía sino la *aportación de capital nuevo*²⁹; 2) para que una *participación en el*

VII, UTEC, 1991, pp. 667 y ss.). La necesidad de poner coto a esta garantía implícita suscitó, en el caso italiano, la necesidad de un acuerdo entre la Comisión Europea y las autoridades italianas, conocido como el *Acuerdo Andreatta-Van Miert*. A esta cuestión se refiere también la 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 (DOCE C 71, de 11.3.2000, p. 14), cuyo apartado 2.1.3. señala al respecto que «la Comisión considera, asimismo, constitutivas de ayuda en forma de garantía las condiciones de crédito más ventajosas obtenidas por empresas cuya forma jurídica impide la posibilidad de quiebra u otros procedimientos de insolvencia o prevé explícitamente una garantía o cobertura de pérdidas por parte del Estado. Lo mismo ocurre cuando un Estado adquiere una participación en una empresa, si ello implica una responsabilidad ilimitada en vez de una responsabilidad limitada normal». Igual pérdida del privilegio de la limitación de la responsabilidad se produce en el caso de unipersonalidad sobrevenida, si esta circunstancia no se inscribe en el Registro Mercantil en el plazo de seis meses. Cfr. artículo 129 LSRL (Ley 2/1995), bajo la rúbrica de *efectos de la unipersonalidad sobrevenida*. A propósito de las razones económicas que han provocado la aparición de las sociedades limitadas de un solo socio y de las finalidades perseguidas por el socio único, vid. ULMER, P.: *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, 1998, especialmente pp. 38 y 39, con las correspondientes anotaciones para el Derecho español de León Sans.

²⁸ Vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., tomo I, pp. 839 a 865.

²⁹ La necesidad de que el capital sea nuevo excluye de la noción *aportación de capital* a las medidas destinadas a la actualización de balances que, sin embargo, como ventajas fiscales pueden quedar incluidas en el ámbito de aplicación del artículo 87.1 CE (ex 92.1 Tratado CE), si concurren las condiciones enunciadas en el mismo. Sobre la actualización de balances, vid. GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M.: «Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje...*, op. cit., vol. II, pp. 1839 a 1866; ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: «Derecho de sociedades y actualización de balances», en *RdS*, n° 8, Aranzadi, 1997, pp. 214 a 225.

capital pueda constituir una potencial ayuda de Estado ha de ser la consecuencia de una medida de origen estatal, es decir, ha de tratarse de una *participación pública en el capital*³⁰; y 3) el término *capital* es utilizado, como veremos, en una acepción más económica que jurídica.

1.3. El contenido de la aportación

Como subraya Lojendio³¹, a pesar de la ausencia de un régimen jurídico general de las sociedades, es posible formular un concepto de aportación social común, tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles³². La aportación social puede definirse como las prestaciones que los socios efectúan a la sociedad para lograr el fin social. Desde

³⁰ Justamente por este motivo procede excluir del objeto de este trabajo a las ayudas para la toma de participación o para la adquisición del capital social por los trabajadores o por los socios, así como por empresas pertenecientes al mismo sector o a otros complementarios, con objeto de reestructurar la empresa y de mejorar su competitividad, en la medida en que no suponen ninguna asunción por las administraciones públicas del riesgo empresarial derivado de dichas tomas de participación, sino simples subvenciones a favor de los socios o de los trabajadores. A este respecto vid. en el Derecho gallego, el Decreto 255/1996, de 14 de junio, por el que se establece un régimen de ayudas para la toma de participación en el capital social de sociedades (DOG, n° 124 de 26.6.1996), modificado por el Decreto 94/1998, do 20 de marzo (DOG, n° 58 de 26.3.1998), y por sus respectivas órdenes de aplicación. En el mismo sentido, tampoco constituiría un supuesto de «participación en el capital» el analizado en la STJCE de 19 de septiembre de 2000, en el asunto C-156/98, República Federal de Alemania c. Comisión (Rec. p. I-6857), que tiene por objeto el análisis del artículo 6.b de la Einkommensteuergesetz (EStG), que permitía que las personas físicas residentes en Alemania y las personas jurídicas cuyo domicilio social se encontrara en dicho Estado miembro transfirieran a determinadas reinversiones las reservas latentes que se hubieran constituido durante un período mínimo de seis años en algunos elementos del inmovilizado y que hubieran aflorado con motivo de una enajenación a título oneroso de dichos bienes. En caso de venta de participaciones de sociedades de capital que forman parte del capital de explotación, el artículo 6.b, apartado 1, segunda frase, de la EStG permitía deducir el posible beneficio obtenido de esta venta, en particular al comprar participaciones de sociedades de capital, siempre que tal adquisición la realizara una sociedad de cartera en el sentido de la ley alemana sobre las sociedades de cartera (de 17.12.1986). Esas sociedades podrían deducir del coste de adquisición de nuevas participaciones de sociedades de capital el 100% de la plusvalía obtenida a través de la venta de participaciones de sociedades de capital.

³¹ LOJENDIO OSBORNE, I.: «Aportaciones sociales (artículos 36 a 41 LSA)», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dir.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, vol. 3, Civitas, 1994, pp. 18 a a 227, especialmente pp. 18 y 19.

³² A juicio de este autor, dicho concepto común se desprendería de los artículos 1665 CC y 116 CdC.

esta perspectiva, la aportación admite, sin embargo, dos acepciones, ya que con ella podemos referirnos tanto a la puesta en común como a lo que se pone en común propiamente, por lo cual por aportación es posible entender tanto la obligación de aportar como su objeto mismo.

Entendida como objeto, la aportación admite a su vez una interpretación amplia o restringida, según se admita que pueda estar constituida por todo aquello que pueda ser adecuado para la consecución del fin social o que se limite únicamente a los elementos de naturaleza patrimonial. El Derecho español parece inclinarse claramente por la concepción restringida de la aportación, puesto que el artículo 36 LSA y el artículo 18 LSRL establecen al respecto que «sólo podrán ser objeto de aportación los bienes o derechos patrimoniales susceptibles de valoración económica», excluyendo expresamente *el trabajo o los servicios*³³ y, por lo que se refiere al título de la aportación, ambos preceptos también prevén que las aportaciones se efectúan a título de propiedad «salvo que expresamente se estipule otro modo», mención final que viene a legitimar la posibilidad de aportaciones a título distinto, como el de mero uso o disfrute de un bien o derecho cuya propiedad conserva el aportante³⁴.

En realidad, estos artículos transcriben «con muy ligeras variantes» lo dispuesto en el artículo 7 de la Segunda Directiva³⁵ y, puesto que la finalidad de las aportaciones es la de reforzar financieramente a la em-

³³ Para DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996, p. 43), dicho precepto goza de autonomía respecto de los restantes, lo que supone para este autor que es aplicable tanto a la constitución de la sociedad como a los aumentos de capital con nuevas aportaciones.

³⁴ Como subrayan URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA («La sociedad anónima: aportaciones sociales...», op. cit., p. 805), se instaura un vínculo jurídico de carácter duradero entre el aportante y la sociedad similar al que originaría una relación arrendaticia que permite a ésta beneficiarse durante un determinado período de tiempo del uso del bien o derecho de que se trate. Para un análisis particular de esta modalidad de aportación, vid. PAZ-ARES, C.: «La aportación de uso en las sociedades de capital», en *RdS*, n° 5, Aranzadi, 1995, pp. 35 a 46, y en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje...*, op. cit., vol. II, pp. 2249 a 2235.

³⁵ Artículo 7. «El capital suscrito sólo podrá estar constituido por activos susceptibles de evaluación económica. Sin embargo, estos activos no podrán estar constituidos por compromisos relativos a la ejecución de trabajos o a la prestación de servicios». A propó-

presa que las recibe, se admite incluso que bienes de carácter inmaterial, como serían los secretos industriales (*know-how*), el fondo de comercio³⁶ y hasta meras situaciones de hecho (canales comerciales, clientela) puedan ser objeto de aportación a una sociedad anónima mientras tengan un contenido patrimonial evaluable de forma segura y objetiva³⁷.

La LSA establece un régimen riguroso en relación con las aportaciones que básicamente trata de evitar la posible constitución de sociedades con capitales inflados o ficticios, carentes de una efectiva correspondencia económica. Esta disciplina general, aplicable a todas las aportaciones sociales y no sólo a las efectuadas en el momento de constitución de la sociedad, interviene al propio tiempo en favor del accionista al garantizar que su posición dentro de la sociedad y la extensión de sus derechos vengán determinados de acuerdo con el auténtico valor de sus aportaciones y, de esta forma, según el compromiso patrimonial realmente asumido³⁸.

En relación con las *aportaciones dinerarias*, el artículo 37 LSA y el artículo 19 LSRL disponen que dichas aportaciones «deberán establecerse en moneda nacional³⁹» y que «si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará su equivalencia en pesetas con arreglo a la Ley»⁴⁰.

sito del alcande de dicho artículo, vid. GARCÍA VILLAVARDE, R.: «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (Primera y Segunda Directivas)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho...*, op. cit., vol. III, pp. 230 a 268, en especial pp. 234 y 235.

³⁶ Vid. al respecto la RDGRN de 31 de octubre de 1986 (RA 6877), citada por SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones...*, op. cit., p. 308).

³⁷ En este sentido, vid. por todos, URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: aportaciones...», op. cit., p. 80.

³⁸ Cfr. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: aportaciones...», op. cit., pp. 803 y 804.

³⁹ En relación con este punto debe tenerse en cuenta la desaparición de la *peseta* como moneda nacional y su sustitución por el *euro*. Cfr. Ley 46/1998, de 17 de diciembre, sobre introducción del euro, y Ley orgánica 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la ley de introducción al euro.

⁴⁰ La efectiva realización de dichas aportaciones ha de controlarse por el notario autorizante de la escritura, no bastando, como recuerda SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 309), la tradicional declaración de los socios fundadores de que

Por su parte, con respecto a las *aportaciones no dinerarias o in natura* las cuestiones se centran, de acuerdo con las previsiones de la Segunda Directiva, en las medidas que se deben adoptar para garantizar su adecuada y correcta valoración⁴¹. El artículo 38 LSA⁴² (*Aportaciones no dinerarias. Informe pericial*) dispone al respecto que «cualquiera que sea su naturaleza habrán de ser objeto de un informe elaborado por uno o por varios expertos independientes designados por el registrador mercantil conforme al procedimiento que reglamentariamente se disponga⁴³». Dicho informe «contendrá la descripción de cada una de las aportaciones no dinerarias, con sus datos registrales, en su caso, así como los criterios de valoración adoptados, con indicación de si los valores a que éstos conducen corresponden al número y valor nominal y, en su caso, a la prima de emisión de las acciones a emitir como contrapartida» y que se «incorporará como anexo a la escritura de constitución de la sociedad o a la de ejecución del aumento del capital social, depositándose una copia autenticada en el Registro Mercantil al presentar la inscripción de dicha escritura».

Estas previsiones se complementan con las destinadas a establecer la responsabilidad del aportante⁴⁴, según el tipo de aportación⁴⁵.

habían efectuado el desembolso en la *caja social*. La labor de verificación del notario se hará tanto en la constitución de la sociedad como en el caso de desembolsos sucesivos (pago de dividendos pasivos y/o aumento de capital).

⁴¹ Cfr. artículo 10 de la Segunda Directiva.

⁴² A diferencia de la LSA, la LSRL no exige el informe del experto sobre la naturaleza y el valor de la aportación. En sustitución, el artículo 21 LSRL establece la responsabilidad de la realidad y la valoración de las aportaciones a cargo de los fundadores, de las personas que ostentaren la condición de socio en el momento de acordarse el aumento de capital y de quienes adquieran alguna participación desembolsada mediante aportaciones no dinerarias, extendiéndose a los administradores de la sociedad, en caso de aumento de capital, con esta clase de aportaciones. A juicio de SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones de Derecho...*, op. cit., p. 469) esta responsabilidad es solidaria de todas las personas enumeradas, tanto frente a la sociedad como frente a los acreedores sociales, pudiéndose eludir este régimen de responsabilidad acudiendo a la valoración pericial, como la prevista en la LSA. Para una visión completa de las aportaciones no dinerarias, vid., por todos DÍAZ GÓMEZ, M. A.: *Las aportaciones no dinerarias en al Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

⁴³ Cfr. artículo 133 RRM.

⁴⁴ Cfr. artículos 39 LSA al que se remite expresamente el artículo 20.2 LSRL.

⁴⁵ Conforme al artículo 39 LSA: «(s)i la aportación consistiese en bienes muebles o inmuebles o derechos asimilados a ellos, el aportante estará obligado a la entrega y sanea-

1.4. Las distintas acepciones del término capital: el problema de la determinación de los recursos propios

Como apunta Fernández del Pozo⁴⁶, la doctrina suele distinguir dos conceptos de *capital*: un concepto jurídico y otro económico⁴⁷.

En su primera acepción, el capital es el *capital social*. Se trata de una categoría a la que el ordenamiento jurídico asigna tres funciones básicas (*garantía para los acreedores, organizativa y empresarial*) que se ordenan con arreglo a unos principios propios, como los de *capital mínimo, determinación, integridad, desembolso mínimo, estabilidad y realidad*⁴⁸. El capital social es así el nervio de toda la regulación de las

miento de la cosa objeto de la aportación en los términos establecidos por el Código civil para el contrato de compraventa, y se aplicarán las reglas del Código de comercio sobre el mismo contrato en punto a la transmisión de riesgos». (Cfr. artículos 1461 y ss. del Código civil y artículos 331 y ss. del Código de comercio, en relación con la transmisión de los riesgos). Por su parte, si la aportación consistiere en un derecho de crédito, «el aportante responderá de la legitimidad de éste y de la solvencia del deudor». Finalmente, «(s)i se aportase una empresa o establecimiento, el aportante quedará obligado al saneamiento de su conjunto, si el vicio o la evicción afectasen a la totalidad o a alguno de los elementos esenciales para su normal explotación. Procederá también el saneamiento individualizado de aquellos elementos de la empresa aportada que sean de importancia por su valor patrimonial». En relación con este último supuesto, vid. POLO SÁNCHEZ, E.: «La aportación de empresa a sociedad», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario...*, op. cit., vol. III, pp. 2205 a 2256.

⁴⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento de recursos propios*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 5 y ss.

⁴⁷ Otros autores, como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*El capital social...*, op. cit., pp. 13 y 14), aluden a la existencia de distintas teorías sobre el capital social. La primera de ellas, desde una perspectiva puramente patrimonialista, toma como referencia las aportaciones de los socios; para una segunda orientación, netamente opuesta a la anterior, el capital social es un concepto jurídico y contable con el que se expresa la cifra a la que debe ascender como mínimo el patrimonio social líquido que los socios se comprometen a mantener, y que, por tanto, no podrán retirar ni en concepto de beneficio ni en ningún otro concepto (salvo en el supuesto de reducción de capital, siempre que se cumplan los requisitos que al efecto señala la Ley). Desde esta perspectiva, el capital social sería un concepto jurídico –en tanto que actuaría como cifra de retención– y contable –al ser la primera partida del pasivo del balance–. Por su parte, una tercera concepción intermedia entre las anteriores considera al capital social como cifra de retención, sin olvidar su dimensión patrimonial.

⁴⁸ En relación con las funciones y con los principios que rigen el capital social, véanse VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio...*, op. cit., pp. 423 a 426; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: principios fundamentales», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., tomo I, pp. 765 a 781, en especial pp.

sociedades denominadas *capitalistas*⁴⁹. La finalidad de su regulación sería fundamentalmente la de proteger a los acreedores, puesto que las sociedades de capital no les ofrecen otras garantías para el cobro de sus deudas que la del patrimonio social. El rigor de su régimen jurídico sería en este contexto la lógica contrapartida de la limitación de responsabilidad.

Junto a esta concepción jurídica, dominante en nuestra legislación y en la comunitaria, aparece otro concepto *económico* de capital: el denominado *capital-riesgo*⁵⁰, que es *el conjunto de recursos financieros puestos a disposición del empresario para la explotación de la empresa y destinados a cubrir los riesgos derivados de su gestión*⁵¹.

Para explotar su objeto social, la empresa necesita disponer de la dotación de una cifra suficiente de recursos financieros permanentes⁵².

773 a 778; GARCÍA VLLAVERDE, R.: «Capital mínimo», en VARIOS: *Derecho de sociedades anónimas*, I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 111 a 142; MASSAGUER, J.: «El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria», en RGD, julio-agosto, 1990, pp. 5547 a 5604; PORTALE, G. B.: «Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata», en *Riv. Soc.*, anno 36, gen.-febb., 1991, fasc. 1, pp. 3 a 124; LLEBOT NAJO, J. O.: «La geometría del capital social», en RDM, n° 231, enero-marzo, 1999, pp. 37 a 89.

⁴⁹ Por parte de nuestra doctrina es ya un lugar común aludir, aunque no siempre mencionándola de manera expresa, a la fórmula que recogiera de Garrigues la STS de 12 de diciembre de 1962, según la cual la sociedad anónima viene a ser un *capital con personalidad jurídica*. En este sentido, entre otros, VICENT CHULIÁ, F.: «Capital social (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica...*, op. cit., vol. I, pp. 918 a 924, en especial p. 918; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., 285; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: principios...», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., tomo I, pp. 765 a 781, en especial pp. 773 a 774.

⁵⁰ Es preciso distinguir el concepto de *capital-riesgo* como sinónimo de *recursos o fondos propios* de la actividad de capital-riesgo que desarrollan las sociedades y fondos de capital-riesgo, recogidas en la actualidad en nuestro Derecho por la Ley 1/1999, de 5 de enero, que regula las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (BOE, n° 5 de 6.1.1999), a las que nos referiremos *infra* en el capítulo cuarto. En esta línea definió la Comisión el capital riesgo en su documento de 1998 titulado «El capital riesgo: clave de la creación de empleo en la Unión Europea» [SEC(1998) 552 final, 31 de marzo de 1998], como la financiación mediante la emisión de acciones o ampliación de capital de empresas en sus fases de puesta en marcha y desarrollo, que es el que recoge también en su comunicación *Ayudas estatales y capital riesgo* (DOCE C 235, de 21.8.2001, p. 3, nota 1).

⁵¹ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 285.

⁵² Acerca de la suficiencia del capital social para desarrollar el objeto social y la doctrina de la infracapitalización, tanto material o por insuficiencia de recursos propios como nominal, al hacer pasar por recursos ajenos los aportados por los accionistas a título de

La estructura financiera permanente está constituida por los recursos propios (capital de riesgo) y por los recursos financieros a largo plazo. Por ello es preciso distinguir la financiación directa aportada por los propios socios (financiación propia), tanto al inicio de la actividad de la empresa (capital fundacional) como en momentos posteriores, de aquella que pueda generar la propia actividad empresarial (autofinanciación) y de aquella que se obtiene de terceros (financiación ajena⁵³).

Por ello, desde la perspectiva jurídica, el concepto central ha sido tradicionalmente el de capital social (nominal) a cuya determinación y veracidad se consagran numerosos artículos de nuestra legislación de sociedades⁵⁴; desde la perspectiva de la financiación básica de la empresa, sin embargo, la importancia del capital social ha dejado paso a otro concepto más amplio en el que aquél pasa a integrarse como una partida más⁵⁵: el de los *recursos propios*.

En efecto, como apunta Vicent Chuliá⁵⁶, las nociones de capital social y de *patrimonio social* son insuficientes para comprender la orga-

crédito o préstamo, vid. PAZ-ARES, C.: «Sobre la infracapitalización de sociedades», en ADC, 1983, pp. 1587 a 1639; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Aplicación de resultados y defensa del capital social. De nuevo sobre la crisis (presunta) de la noción de capital social», en RGD, n° 622-623, 1996, pp. 8543 a 8587; VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, 11ª ed., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1998, pp. 365 a 373, con la bibliografía allí citada. Para un análisis de este fenómeno y de sus implicaciones fiscales, vid. también PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje...*, op. cit., vol. IV, pp. 4727 a 4741.

⁵³ A su vez, atendiendo a su origen, los recursos ajenos pueden clasificarse en: 1) financiación obtenida de entidades de crédito (préstamos, créditos en cuenta corriente, descuento de efectos...); 2) financiación procedente de empresas del grupo y asociadas; 3) financiación recibida de ahorradores privados (emisiones de bonos y obligaciones, pagarés de empresa); 4) financiación alcanzada de proveedores y acreedores. Vid. *Memento práctico de contabilidad 1999-2000*, Edersa-Francis Lefebvre, 1999, p. 686.

⁵⁴ El artículo 1 LSA destaca como la nota esencial de este tipo social que su capital está dividido en acciones. Constituye, desde esta perspectiva, una mención indispensable de los estatutos sociales (artículo 9.f), exigiéndose de él que en el momento fundacional corresponda al valor total de las aportaciones realizadas o prometidas por los socios (capital suscrito) y cuya cuantía ha de ser suficiente para llevar a cabo el objeto social.

⁵⁵ Desde la perspectiva contable, el capital social supone, además, una deuda que la sociedad contrae con sus accionistas (pasivo consolidado), cuyo pago no puede ser reclamado por éstos más que en contadas ocasiones, o una deuda de los accionistas frente a la sociedad por el capital suscrito y todavía no desembolsado.

⁵⁶ VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción...*, op. cit., p. 365.

nización financiera de la sociedad anónima, para la que resulta más importante la distinción entre *capital propio* o *fondos propios* y *capital ajeno*, *fondos ajenos* o *créditos*. No obstante, como subraya Fernández del Pozo⁵⁷, *hablar de recursos propios es más fácil que discernir cuáles son*, ya que determinar cuáles son las partidas que representan recursos financieros computables como recursos propios no resulta tarea fácil.

Los recursos propios traducen las fuentes financieras que no constituyen a la empresa en obligación de restitución (no son créditos o préstamos) sino que se hacen comunes a los socios (o mejor, integran el patrimonio social), por lo que sobre ellos no tienen derecho o título en concepto de socios y por causa del contrato de sociedad⁵⁸. Los recursos propios representarían, en definitiva, el total de los recursos financieros propiedad de la empresa, constituidos por el capital social desembolsado, reservas y provisiones, cuya función esencial es la cobertura de los riesgos derivados de la gestión empresarial. Así, mientras al hablar de *patrimonio neto* se alude al valor real o potencial de la empresa⁵⁹, con el concepto de recursos propios se hace referencia a los bienes y derechos aportados directa o indirectamente por los propietarios de la empresa y destinados a la realización de su objeto social (*autofinanciación*)⁶⁰.

El concepto de recursos propios es, como destaca Vicent Chuliá⁶¹, un concepto general, que posee aspectos técnico-contables, financieros y jurídico-patrimoniales. Según este autor, son fondos propios los aportados a la sociedad a título de riesgo, definitivamente comprometidos en el pago de los acreedores, respecto a los que los aportantes no ostentarían un derecho de crédito sino un simple derecho a la liquidación

⁵⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 7.

⁵⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 25.

⁵⁹ El *patrimonio neto* o *patrimonio social* sería el conjunto de bienes y derechos que la sociedad posee en un momento determinado (patrimonio actual) o que puede llegar a poseer en un futuro.

⁶⁰ En este sentido, la expresión equivaldría a la de capital-riesgo por oposición a la financiación o recursos ajenos a largo plazo. Vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 10.

⁶¹ VICENT CHULIÁ, F.: «Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible en el impuesto sobre sociedades», en RGD, n.º 628-9, enero-febrero, 1997, pp. 453 a 507, en particular pp. 503 y ss.

de su alícuota en el patrimonio neto o haber líquido. Pero, a pesar de la importancia de este concepto, no existe una definición legal en nuestro Derecho interno⁶² y, por tanto, tampoco unanimidad a la hora de describir los elementos que lo integran, por lo que son numerosos los recursos cuya adscripción resulta al menos discutible⁶³.

Como subraya Fernández del Pozo⁶⁴, existen recursos propios que por su estructura financiera se asimilan a los ajenos, reproduciendo las características económicas de los títulos de deuda; y al revés, recursos ajenos asimilables a los recursos propios: los llamados *híbridos* financieros, que se enmarcan en un tema más amplio y complejo como es el de la *tipicidad/atipicidad negocial*⁶⁵, que supone la existencia de negocios, contratos, derechos o, en este caso, valores, que carecen de un contenido normativo preciso. Esta cuestión plantea, en relación con los valores negociables, la admisibilidad, junto a la clásica dualidad acciones-obligaciones, de valores mobiliarios atípicos, dentro los cuales se

⁶² En el esquema del balance del artículo 175 de la LSA y en el que ofrece el PGC «*ni son todos los que están ni están todos los que son*». Vid. VICENT CHULIÁ, F.: «Aspectos jurídico-mercantiles...», op. cit., p. 503.

⁶³ Esta dificultad ha llevado a acuñar conceptos paralelos, como los de cuasi-capital y cuasi-recursos propios. A este respecto, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 39 a 40 y nota 34. Resulta también de interés la consulta de DANA-DEMARET, S.: *Le capital social*, Litec, París, 1989, especialmente pp. 219 y ss.

⁶⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (*El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 25 y 26) destaca como en realidad cada disciplina proyecta sobre el pasivo del balance sus propias categorías y esquemas de interpretación, con lo que la discriminación de qué son recursos propios es una tarea que no ofrece resultados coincidentes. No es posible por ello ofrecer una respuesta estrictamente jurídica (neutra, como la califica el autor), «sino cohonestar la calificación jurídica con la finalidad económica subyacente a ciertas aportaciones de recursos», puesto que una definición jurídica que se limitara a identificar los recursos propios con aquellas partidas que, por representar la participación de los propietarios en la financiación de la empresa estarían afectados a los riesgos derivados de su gestión, describiría mal lo que acontece en la realidad económica, puesto que existen recursos propios que por su estructura financiera se asimilan a los ajenos, reproduciendo las características económicas de los títulos de deuda; y al revés, recursos ajenos asimilables a los propios.

⁶⁵ Para una visión general de este fenómeno, vid. GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Atipicidad contractual y contratos de financiación», en VARIOS: *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, CGCOCC/Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1990, pp. 3 a 19. Acerca de este mismo fenómeno en relación con los valores mobiliarios, vid. por todos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., especialmente pp. 82 a 145 y *Memento práctico sociedades mercantiles 2000-2001*, Edersa–Francis Lefebvre, 1999, pp. 585 a 591.

enmarcarían los *híbridos financieros*, que serían en realidad valores negociables atípicos, mixtos o complejos, al unirse en un mismo instrumento características procedentes de diversas figuras típicas, es decir, «*cuando en un valor (acción u obligación) se injertan alguna o algunas de las características económicas propias del otro tipo*», lo cual no supone en realidad un *tertius genus* entre la acción y la obligación, sino una desconexión entre la vestidura jurídica y la finalidad económica perseguida⁶⁶. Este fenómeno se da en ambas direcciones, por lo que se puede hablar de acciones en las que se dan las características de las obligaciones (*híbridos de capital*) y obligaciones que presentan características propias de las acciones (*híbridos de deuda*)⁶⁷.

En nuestro Derecho del mercado de valores, a pesar de carecer de una definición legal del concepto de valor negociable⁶⁸, es posible extraer de manera implícita la primera *definición* de valor mobiliario

⁶⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 115.

⁶⁷ La cuestión de la naturaleza de los recursos aportados y su consideración como capital propio o capital de deuda se suscitó en la práctica comunitaria sobre ayudas estatales a propósito de las obligaciones emitidas por *Air France* en el período 1989-1993, analizada por la Comisión en su Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de *Air France*, asunto *Air France III* (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73) y objeto con posterioridad de revisión por el TPI en su Sentencia de 25 de junio de 1998, *British Airways plc, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Air UK Ltd, Euralair international, TAT European Airlines SA y British Midland Airways Ltd c. Comisión*, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, Rec. 1998, p. II-2405. A propósito de esta cuestión, vid. *infra*.

⁶⁸ La ausencia de una definición del concepto de valor negociable en nuestro Derecho del mercado de valores ha sido apuntada por FERNÁNDEZ-ARMESTO y DE CARLOS BELTRÁN (*El Derecho del mercado financiero*, Civitas, 1992, pp. 432 a 435), para quienes el artículo 2 de la LMV determina el ámbito de aplicación de la Ley y establece que quedan comprendidos en él los valores negociables emitidos por personas o entidades públicas o privadas y agrupados en emisiones. Esta indefinición se mantiene a pesar de la reforma de la LMV operada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que entre otros preceptos afectó al artículo 2, al que añadió la siguiente redacción «...También quedarán comprendidos dentro de su ámbito los siguientes instrumentos financieros: a) los contratos de cualquier tipo que sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no; b) los contratos financieros a plazo, los contratos financieros de opción y los contratos de permuta financiera, siempre que sus objetos sean valores negociables, índices, divisas, tipos de interés, o cualquier otro tipo de subyacente de naturaleza financiera, con independencia de la forma en que se liquiden y aunque no sean objeto de negociación en un mercado secundario, oficial o no; c) los contratos u operaciones sobre instrumentos no contemplados en las letras anteriores, siempre que sean susceptibles de ser negociados en

atípico⁶⁹ del artículo 2 del Real decreto 291/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas de venta públicas de valores, que, tras enumerar los valores que tendrán dicha consideración a los efectos del mismo⁷⁰ y antes de indicar las exclusiones⁷¹, formula una cláusula residual con la que incluye entre los *valores mobiliarios*⁷² «cualquier otro derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea la denominación que se le dé, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado de índole financiera. En particular, se entenderán incluidos en el presente apartado las participaciones o derechos negociables que se refieran a valores o créditos».

un mercado secundario, oficial o no, y aunque su subyacente sea no financiero, comprendiendo, a tal efecto, entre otros, las mercancías, materias primas y cualquier otro bien fungible. A los instrumentos financieros, les serán de aplicación, con las adaptaciones precisas, las reglas previstas en esta Ley para los valores negociables».

⁶⁹ En este sentido, *Memento práctico sociedades...*, op. cit., p. 588.

⁷⁰ Artículo 2. Valores negociables: «1) A los efectos del presente Real Decreto, tendrán la consideración de valores negociables: a) las acciones de sociedades anónimas y las cuotas participativas de cajas de ahorros y de la Confederación Española de Cajas de Ahorros, así como cualesquiera valores, tales como derechos de suscripción, *warrants* u otros análogos, que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición; b) las obligaciones y valores análogos representativos de partes de un empréstito, emitidos por personas o entidades privadas o públicas, ya sean con rendimiento explícito o implícito, los que den derecho directa o indirectamente a su adquisición, así como los valores derivados que den derecho sobre uno o más vencimientos de principal o intereses de aquéllos; c) las letras de cambio, pagarés, certificados de depósito o cualquier instrumento análogo, salvo que sean librados singularmente y, además, deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables del público; d) las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias; e) las participaciones en fondos de inversión de cualquier naturaleza (...).». Acerca de los instrumentos derivados, vid. por todos, CUÑAT EDO, V.: «Los mercados de productos derivados en las directivas comunitarias y en la legislación española», en DÍAZ RUIZ, E., LARRAGA, P. (dir.): *Los productos financieros derivados y el euro: ¿un mercado único?*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 43 a 72.

⁷¹ Apartado 2 del artículo 2 del RD 291/1992, que señala que: «No se considerarán valores negociables: a) las participaciones en sociedades de responsabilidad limitada; b) las cuotas de los socios de sociedades colectivas y comanditarias simples; c) las aportaciones al capital de las sociedades cooperativas de cualquier clase; d) las cuotas que integran el capital de las sociedades de garantía recíproca; e) las acciones de las sociedades rectoras de las bolsas de valores y de los demás organismos rectores de mercados secundarios organizados, de la sociedad de bolsas, y del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, así como las cuotas asociativas de la Confederación Española de Cajas de Ahorros».

⁷² Artículo 2.1f, del citado RD.

Los híbridos se convierten en un instrumento financiero especialmente útil cuando el mercado está cansado de los tradicionales, lo que ha permitido el desarrollo de una verdadera *ingeniería financiera* destinada a responder a las necesidades de las empresas y a las expectativas de los inversores⁷³. Por esta razón es útil tener en cuenta, junto a la ya aludida distinción entre híbridos de capital e híbridos de deuda, la clasificación más detallada que formula Fernández del Pozo⁷⁴ sobre los híbridos financieros en los siguientes términos:

- 1) Convertibles y opciones sobre valores. Las modalidades más características son las obligaciones convertibles en acciones a opción del obligacionista, así como aquellos instrumentos que representan el derecho (opción) de adquisición/suscripción de otros valores. El ejemplo típico serían los llamados *warrants* financieros.
- 2) El denominado capital mudo. Con esta expresión, tomada del Derecho francés, se denomina a aquella parte de los recursos propios (capital de riesgo) de la empresa que no lleva aparejada derechos de intervención en la gestión empresarial. El ejemplo más típico lo constituyen las acciones sin voto.
- 3) Híbridos por la duración. Obligaciones perpetuas y acciones rescatables.
- 4) Híbridos por la retribución. Obligaciones participativas y acciones con interés.
- 5) La financiación subordinada, esto es, los denominados títulos subordinados.

Así las cosas, es posible, no obstante, ofrecer un *concepto legal* de recursos propios, partiendo del artículo 3 de la Directiva 89/299/CEE⁷⁵,

⁷³ A propósito de esta cuestión, vid en la doctrina francesa FERRANDIER, R., KOEN, V.: *Marchés de capitaux et techniques financières*, Gestion-Economica, 3ª ed., París, 1994; DAGUET, P., PLANCHE, J. M.: *Les émissions d'actions et obligations. Concepts et techniques*, Gestion-Economica, 1994.

⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 117 y 118.

⁷⁵ El apartado 1 de dicho artículo señala que «el concepto de fondos propios utilizado por un Estado miembro podrá incluir otros elementos siempre y cuando se trate de elementos que, independientemente de su denominación jurídica o contable, presenten las siguientes características: a) que puedan ser libremente utilizados por la entidad de crédito para cubrir los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad bancaria, cuando aún

de 18 de abril de 1989⁷⁶, relativa a los fondos propios de las entidades de crédito⁷⁷, que establece el marco en el que los Estados miembros podrán definir el concepto legal de fondos propios respecto de aquellas entidades⁷⁸. Conforme a este precepto, señala Vicent Chuliá, que integrarían los recursos propios⁷⁹:

- a) El capital social desembolsado;
- b) la reserva por prima de emisión;
- c) las aportaciones de los socios para compensar pérdidas;
- d) las aportaciones en concepto de cuentas en participación;
- e) las reservas constituidas con resultados de ejercicio;
- f) las subvenciones de capital⁸⁰;

no se hayan determinado las pérdidas o minusvalías; b) que su existencia esté reflejada en la contabilidad interna; c) que su cuantía esté fijada por la dirección de la entidad de crédito verificada por censores independientes, comunicada a las autoridades competentes y sometida al control de las mismas...». A lo que su apartado 2 añade que «(t)ambién podrán ser aceptados como otros elementos los títulos de duración indeterminada y los demás instrumentos similares que cumplan los siguientes requisitos: a) que no puedan ser reembolsados a petición del portador o sin el acuerdo previo de la autoridad de vigilancia; b) que el contrato de emisión deba conceder a la entidad de crédito la posibilidad de diferir el pago de los intereses de la deuda; c) que los créditos del acreedor contra la entidad de crédito deban estar subordinados en su totalidad a los de todos los acreedores no subordinados; d) que los documentos que regulen la emisión de los títulos deban establecer que la deuda y los intereses no pagados puedan absorber pérdidas, dejando a la entidad de crédito la posibilidad de seguir operando...».

⁷⁶ DOCE L 124, de 5.5.1989, p. 16.

⁷⁷ No se puede olvidar que, como destaca VICENT CHULIÁ (*Compendio...*, op. cit., p. 427), la legislación bancaria ha sido la pionera en la regulación de los recursos propios.

⁷⁸ Como advierte el propio VICENT CHULIÁ («Aspectos jurídico-mercantiles...», op. cit., p. 503), «aunque la finalidad de esta normativa sea garantizar la solvencia de las entidades de crédito (al igual que las aplicables a las demás entidades financieras), no cabe duda que el concepto debe ser el mismo, si bien, respecto a algunos fondos propios, como la deuda subordinada, la Directiva admite sólo parcialmente su cómputo como fondos propios, calificándolos como fondos propios complementarios»; no obstante, añade, «desde la perspectiva científica económica del pronóstico sobre la estabilidad financiera de la entidad que la Directiva eleva a norma legal».

⁷⁹ A pesar de que VICENT CHULIÁ («Aspectos jurídico-mercantiles...», op. cit., p. 104) realiza esta enumeración «a efectos del artículo 15, apartado 11 de la LIS» (Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del impuesto sobre sociedades), no permite delimitar la amplitud práctica de este concepto.

⁸⁰ Como añade VICENT CHULIÁ («Aspectos jurídico-mercantiles...» op. cit., p. 504 y nota 98), «una vez ingresadas en el patrimonio social –deducido el 35 por 100 en con-

g) y, finalmente, los denominados «títulos híbridos, categoría en la que se deberían incluir: las obligaciones subordinadas, las obligaciones convertibles a opción de la sociedad emisora, las aportaciones en concepto de crédito subordinado capitalizable, y los llamados créditos participativos.

1.5. El concepto de participación en el capital como potencial ayuda de Estado

Analizadas de manera sucinta y general las nociones de *participación* y las diversas acepciones del término *capital*, nos encontramos ya en disposición de abordar en profundidad el alcance de esta expresión en el ámbito del control comunitario sobre las ayudas estatales.

Un problema inicial que plantea la práctica comunitaria a la hora de afrontar la cuestión de la participación en el capital como potencial ayuda de Estado es la terminología no siempre uniforme ni suficientemente descriptiva de este fenómeno. Así, en unos casos se habla de participación en el capital, en otros de aportaciones de capital o en el capital, de tomas de participación o de inyecciones de capital, de dotación de capital y, más recientemente, de recapitalización. En otros casos se identifica únicamente el mecanismo empleado: ampliación de capital, conversión de créditos en el capital. Por todas estas razones se hacía necesaria una definición legal.

1.5.1. El concepto adoptado por la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984

El primer documento que aborda de manera directa el tema de las participaciones públicas en el capital de sociedades mercantiles desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales es la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984⁸¹, en la que la Comisión, bajo el título general de *Aplicación de los artículos 92 y 93*

cepto de impuesto sobre sociedades», aparecen adscritas de forma irrevocable a los riesgos de la empresa, es decir no reintegrables».

⁸¹ Publicado en el *Boletín CE*, 9, 1984, pp. 93 a 96 y reproducido en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...*, op. cit., vol. IIA, pp. 147 a 151.

del Tratado CE a las participaciones de los poderes públicos, ofrece una definición oficial de la noción de *participación pública*.

En efecto, siguiendo la pauta general de los documentos comunitarios⁸², la Comisión procede a delimitar con carácter preliminar qué entiende por «participación en capital»⁸³.

Con arreglo al citado documento se consideran como *participación pública* «las participaciones directas del Estado y de otras colectividades territoriales, así como la toma de participación realizada por organismos financieros u otros⁸⁴ con vocación nacional, regional o sectorial, cuyos fondos provienen de recursos del Estado en el sentido del párrafo 1 del artículo 92 CEE (hoy 87 CE), o sobre los que el Estado u otras colectividades territoriales ejercen su influencia dominante».

En consecuencia, de esta definición se deduce que la participación pública en el capital es en realidad una aportación de capital (toma de participación), si bien la definición ofrecida no especifica que la aportación de capital haya de tener repercusión directa en la cifra de capital o en las relaciones de propiedad de la empresa, sino en la disponibilidad de recursos para desarrollar o mantener su actividad. Se asume, en consecuencia, una concepción financiera y no estrictamente jurídica del capital.

Esta idea se refuerza en la medida en que la propia comunicación extiende su aplicación a «ciertas formas de intervención que, sin presentar el conjunto de las características de una adquisición de participación, se parecen a esta última lo suficiente como para que puedan

⁸² Resulta especialmente ilustrativo el hecho de que la Comisión reproduzca este documento tanto en la página web de la Dirección General de la Competencia (http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html# (última consulta realizada en noviembre de 2002)) como en la edición impresa de su recopilación de normas sobre ayudas estatales (COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...*, op. cit., vol. IIA) bajo la expresiva rúbrica de *inyecciones de capital público*.

⁸³ La definición que contiene este documento es la única que ha propuesto la Comisión, puesto que los documentos posteriores omiten esta cuestión, centrándose básicamente en cuándo una aportación de capital constituye una ayuda estatal.

⁸⁴ La propia Comisión especifica en la nota 1 el sentido de la expresión *otros* señalando que incluye a las empresas públicas «tal y como son definidas en el artículo 2 de la Directiva de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas».

tratarse de forma semejante», entre las que, de manera meramente enunciativa, cita como *formas afines* «las aportaciones de capital que adoptan la forma de préstamos de obligaciones convertibles o de préstamos en los que el rendimiento financiero depende, al menos en parte, de los resultados económicos de la empresa».

La Comisión excluye explícitamente de su ámbito de aplicación las tomas de participación que se incluyan en el marco de regímenes generales de ayudas que, debidamente notificados y autorizados por la misma, se rigen por las decisiones específicas y no por la presente comunicación.

A propósito de esta definición, es preciso señalar con carácter preliminar que la Comisión define únicamente la noción de *participación pública* a los efectos del control comunitario sobre las ayudas estatales, pero no la define como ayuda estatal en forma de participación en el capital, puesto que sólo hace referencia a su origen estatal, omitiendo referirse a las demás condiciones que dicha toma de participación debe reunir para ser considerada como ayuda estatal, a los efectos del apartado 1 del artículo 87 CE. Sentada esta premisa inicial, podemos analizar en detalle la definición propuesta por la Comisión.

Así, una primera aproximación a este concepto nos permite advertir el sentido dinámico que imprime en el mercado la irrupción de la financiación pública en el capital de la sociedad en la que participa, con lo que, en definitiva, el matiz importante reside en la alteración del *status quo* financiero en el que operaba la sociedad, que cambia con la entrada de capital nuevo.

En segundo lugar, el capital aportado ha de ser de origen público, independientemente de la eventual condición pública previa de la empresa. A esta cuestión dedicaremos una atención especial más adelante.

En tercer lugar y, como consecuencia de lo anterior, el carácter público de la toma de participación implica que es el poder público quien asume el riesgo empresarial como accionista o como aportante de capital de riesgo. Justamente por este motivo procede excluir del objeto de este trabajo las ayudas para la toma de participación o la adquisición del capital social por trabajadores o por socios, así como por empresas pertenecientes al mismo sector u a otros complementarios,

con objeto de reestructurar la empresa y de mejorar su competitividad, en la medida en que no suponen ninguna asunción por las administraciones públicas del riesgo empresarial derivado de dichas tomas de participación, sino simples subvenciones directas para adquirir o para incrementar una participación accionarial⁸⁵.

En cualquier caso, esta definición nos permite apreciar que la perspectiva que hay que retener a la hora de valorar las participaciones públicas en el capital no es la de la propiedad, entendida como la presencia pública en el capital social de las empresas, sino su incidencia de su irrupción *ex novo* a los efectos de su financiación y, por tanto, del nivel de sus recursos propios.

1.5.2. El concepto extensivo de participación en el capital y el fortalecimiento de los recursos propios de la empresa

A pesar de que ni la Comunicación de 1984 ni la noción de *participación en el capital* que contiene han perdido su vigencia⁸⁶, la práctica comunitaria revela una aplicación extensiva de esta modalidad de ayuda estatal como consecuencia de su valoración desde una perspectiva más financiera que estrictamente jurídica.

En efecto, la Comisión ha venido interpretando el concepto de capital como capital-riesgo y no limitándolo a su acepción jurídica como capital social; en consecuencia, se pueden considerar también como supuestos de *participación en el capital*, además de las aportaciones capitalizables (aportaciones iniciales y aumentos de capital), que se corresponderían con la acepción jurídica de capital (social), otras aportaciones que, sin tener reflejo directo en la cifra de capital social, contribuyen a reforzar finalmente la posición competitiva de la empresa en el mercado⁸⁷.

⁸⁵ A este respecto, vid. en el Derecho gallego el Decreto 255/1996, de 14 de junio, por el que se establece un régimen de ayudas para la toma de participación en el capital social de sociedades (DOG, n° 125 de 26.6.1996), modificado por el Decreto 94/1998, de 20 de marzo (DOG, n° 58 de 26.3.1998) y por sus respectivas órdenes de aplicación.

⁸⁶ El contenido de la Comunicación de 1984 ha permanecido inalterado desde entonces, siendo uno de los documentos citados por la Comisión en los diversos expedientes analizados.

⁸⁷ La Comisión ha llegado a emplear en alguna ocasión la expresión «aportación de

Desde esta óptica⁸⁸ se pueden considerar también como *aportaciones de capital* no sólo las que la Comisión enumera en su comunicación como «otras formas de intervención que, aunque no presentan todas las características de una aportación de capital en forma de adquisición de participación, se parecen a esta última lo suficiente como para que puedan tratarse de forma semejante⁸⁹», sino también otras aportaciones de capital financiero (recursos propios o capital de riesgo) como las que el PGC denomina «aportaciones de los socios para compensar pérdidas», las «subvenciones de capital⁹⁰», la renuncia a los dividendos o beneficios, los préstamos participativos y subordinados, así como las diversas modalidades de títulos híbridos. Se trata, en definitiva, de aportaciones de capital que se realizan a la compañía en función de la condición de accionista (aportaciones de los accionistas para cubrir pérdidas) o aquéllas en que, mediando o no relación de propiedad, se atribuyen fondos a título de préstamo, pero cuya retribución se vincula en todo o en parte a la suerte de la empresa al retribuirse con cargo a eventuales beneficios (préstamos participativos), que pueden ser considerados jurídicamente como recursos propios en la medida en que sustituyen a auténticos fondos propios que deberían haberse aportado⁹¹.

recursos propios». *Cfr.* Decisión de 30 de septiembre de 1998, relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a SKET Verseilmaschinenbau GmbH (DOCE L 85, de 6.4.2000, p. 27).

⁸⁸ Como veremos en el capítulo quinto, la Comisión va a emplear criterios financieros para apreciar el carácter de ventaja de la aportación, aplicando el «principio del inversor privado en una economía de mercado».

⁸⁹ Como ya vimos *supra*, la Comisión alude en concreto a «las aportaciones de capital que adoptan la forma de préstamos de obligaciones convertibles o de préstamos en los que el rendimiento financiero depende, al menos en parte, de los resultados económicos de la empresa».

⁹⁰ Las aportaciones que el PGC denomina *subvenciones* serían, en caso de entrar en el ámbito de aplicación del artículo 87.1 CE, subvenciones directas y no aportaciones de capital en sentido estricto.

⁹¹ Decisión de 31 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado concedida por la Freie und Hansestadt Hamburg a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH, Hamburgo (DOCE L 78, de 28.3.1996, pp. 31 y ss.). Créditos sustitutivos de fondos propios. Comunicación sobre las ayudas que Alemania ha concedido a Hamburger Stahlwerke GmbH (DOCE C 293, de 21.10.1994, p. 3). Decisión de incoar el procedimiento.

Esta concepción amplia de la aportación de capital aparece también en la práctica comunitaria, siendo recogida de manera expresa en la regulación de las ayudas en sectores específicos, como el carbón, la siderurgia o la construcción naval⁹², en términos que se mantienen en sus últimas versiones⁹³.

2. Modalidades de participación en el capital que pueden contener elementos de ayuda de Estado

Aunque son diversos los criterios que podríamos emplear para analizar los supuestos de participación en el capital hemos optado por distinguir aquéllos que afectan a la cifra de capital social y que, por tanto, supondrían una *aportación de capital* en sentido estricto, y aquellos otros que sin afectar a dicha cifra de retención, refuerzan financieramente la empresa mediante la aportación de capital-riesgo, dedicando un apartado propio por su singularidad a las aportaciones de capital a través de la suscripción de títulos híbridos.

2.1. Aportaciones que afectan a la cifra de capital social

Los primeros ejemplos de aportación de capital que vamos a examinar son aquéllos que afectan a la cifra de capital social en su determinación inicial (aportación inicial o fundacional) o en su posterior

⁹² La Comunicación de 1984 menciona expresamente la Decisión n° 2320/81/CECA de la Comisión, de 7 de agosto de 1981, por la que se establecen normas comunitarias para las ayudas a la siderurgia (DOCE C 228, de 13.8.1981, p. 14) y el *Código de la construcción naval* (Directiva 81/363/CEE del Consejo, de 28 de abril de 1981, relativa a las ayudas a la construcción naval (DOCE L 137, de 23.5.1981, p. 39)), aunque ya con anterioridad la Decisión 25/80/CECA de la Comisión, de 1 de febrero de 1980, que establecía las reglas relativas a las ayudas a la siderurgia (DOCE L 29, de 6.2.1980, p. 5), utilizaba ya la expresión *capital-riesgo*.

⁹³ Cfr. artículo 1.4 de la Decisión n° 3632/93/CECA de la Comisión, de 28 de diciembre de 1993, relativa al régimen comunitario de las intervenciones de los Estados miembros en favor de la industria del carbón (DOCE L 329, de 30.12.1993, p. 12.); exposición de motivos y artículo 1 de la Decisión n° 2496/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas estatales en favor de la siderurgia (DOCE L 338, de 28.12.1996, p. 42).

modificación, pues, como destaca De la Cámara⁹⁴, el principio de determinación del capital social no impide que éste pueda variar a lo largo de la vida de la sociedad.

2.1.1. *La aportación inicial o fundacional: la sucesión de empresa*

La aportación de capital por excelencia es la aportación inicial o fundacional, que es la destinada a dotar a una nueva sociedad de los recursos necesarios para su actividad. Desde el punto de vista del control comunitario sobre las ayudas estatales, la hipótesis que plantea la posible existencia de elementos de ayuda es la destinada a la creación de una nueva sociedad para continuar la actividad de otra anterior en crisis (*sucesión de empresa*).

A este supuesto se refiere de manera expresa la Comunicación de 1984 en un doble sentido. En primer lugar, la enumera en el apartado 3.2 entre los casos en los que *no existe ayuda estatal*, porque la aportación de capital nuevo se efectúa «en condiciones que resultarían aceptables a un inversor privado que operase en condiciones normales de mercado». La Comisión describe este supuesto en los siguientes términos: «i) cuando se cree una nueva empresa y las autoridades públicas sean titulares de la totalidad del capital o de un interés mayoritario o minoritario, siempre y cuando éstas apliquen los mismos criterios como proveedores de capital en condiciones normales de economía de mercado».

La Comisión vuelve a referirse a esta hipótesis en el apartado 3.3, considerando que *sí existiría ayuda estatal*⁹⁵: «iv) cuando la participación de las autoridades públicas lleve consigo la asunción o la continuación de todas o de parte de las operaciones inviables de una empresa en dificultades mediante la constitución de una nueva entidad jurídica⁹⁶».

⁹⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El capital...*, op. cit., p. 189.

⁹⁵ Tanto este supuesto como el anterior serán examinados en el capítulo quinto, al abordar el estudio del «*Principio del inversor privado en una economía de mercado*».

⁹⁶ Queda, sin embargo, excluida expresamente de esta hipótesis «la mera absorción de los activos de la empresa que se encuentre en situación de insolvencia o esté en liquidación».

En la práctica comunitaria, la Comisión ha tenido que analizar en múltiples ocasiones la posible existencia de elementos de ayuda estatal a través de la creación de nuevas empresas en casos de crisis empresarial. En estos supuestos, la Comisión ha tenido que determinar si existía una simple adquisición de activos o un intento de continuar la actividad bajo una nueva personalidad jurídica, valorando en este último caso la posible presencia de ayuda estatal y su eventual compatibilidad.

Mención aparte merece el asunto *Intermills*⁹⁷, no sólo por ser anterior a la publicación de la Comunicación de 1984, sino también porque no se trata en realidad de una *sucesión de empresa*, sino más bien de una *sucesión en la actividad*, por cuanto el plan de reestructuración con el que se pretendía salvar la compañía con el concurso financiero de las autoridades regionales valonas, preveía, en relación con este punto, la creación de tres nuevas sociedades que concentrarían la actividad que desarrollaba la SA Intermills, reconduciendo su producción mediante el abandono de la producción de cartón en favor de papeles especiales y la transformación de la matriz Intermills en una sociedad inmobiliaria.

Con posterioridad a la publicación de aquel documento, la Comisión consideró ayudas estatales la creación de nuevas empresas en diferentes decisiones.

Así, en el asunto *Noviboch o Boch IV*, la Comisión apreció la existencia de ayuda estatal en la constitución de una sociedad nueva (Noviboch) para la continuación de la producción de cerámica sanitaria que realizaba otra sociedad liquidada (la antigua Boch), considerando los efectos de su creación equivalentes a una reestructuración industrial y financiera. La Comisión, sin embargo, la consideró una ayuda compatible al amparo de la excepción de la letra c del apartado 2 del artículo 92 Tratado CE (hoy 87 CE), en atención a que las actividades que asumía la nueva compañía podían considerarse rentables y que el proceso

⁹⁷ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papelero (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30). Para una explicación detallada de la operación se hace imprescindible la lectura de la STJCE de 14 de noviembre de 1984, S.A. Intermills c. Comisión, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 3809.

de reestructuración había contribuido al saneamiento del sector, que soportaba una sobrecapacidad de producción⁹⁸.

En el asunto conocido como *Nuova Cartiera di Arbatax*⁹⁹, la Comisión consideró como ayuda estatal, ilegal e incompatible, la participación (pública) en el capital de las autoridades italianas en la nueva entidad jurídica, así como las bonificaciones de intereses sobre un préstamo concedido con objeto de proseguir las actividades de otra sociedad declarada insolvente (*Cartiera di Arbatax*)¹⁰⁰.

En el caso *Iritecna-Fintecna*¹⁰¹, la Comisión analizó la creación de una nueva sociedad, Fintecna, con el objetivo de continuar las actividades de Iritecna.

Iritecna SpA era una empresa subholding, íntegramente propiedad del holding público italiano IRI, que controlaba una serie de empresas que operaban en distintos sectores, entre los que cabe destacar los de ingeniería de plantas industriales, asesoramiento técnico, construcción y mantenimiento de autopistas, infraestructuras urbanas y obras públicas, construcción civil, construcción y servicios de gestión de infraestructuras. La empresa fue recapitalizada en varias ocasiones desde su

⁹⁸ A pesar de que la decisión no menciona este extremo, con la compatibilidad de estas ayudas se ponía fin a la agonía de la antigua empresa Boch, cuya crisis e intentos de mantener a flote por parte de las autoridades belgas había motivado distintas decisiones negativas: Decisión de 16 de febrero de 1983, asunto Boch I (DOCE L 91, de 9.4.1983, p. 32), Decisión de 24 de octubre de 1984, asunto Boch II (DOCE L 59, de 27.2.1985, p. 21), y Decisión de 10 de julio de 1986, asunto Boch III (DOCE L 223, de 8.9.1986, p. 30), así como de dos SSTJCE: de 15 de enero de 1986 (Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 52/84, Rec. 1986, p. 89) y de 10 de julio de 1986 (Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 40/85, Rec. 1986, p. 2321), en las que se sustanciaron una demanda de la Comisión por incumplimiento de la Decisión de 16 de febrero de 1983 y el recurso de anulación interpuesto contra la Decisión de 24 de octubre de 1984, respectivamente.

⁹⁹ Decisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la ayuda concedida por Italia a *Nuova Cartiera di Arbatax* (DOCE L 159, de 12.6.1992, p. 46).

¹⁰⁰ *Nuova Cartiera di Arbatax-NCA* se constituyó el 23 de mayo de 1988. Su capital inicial, de 200 mlls. de Li, lo suscribieron la *Società Finanziaria Industriale Rinascita Sardegna SpA-SFIRS* (55%) y *Cartiera Burgo SpA* (45%). En julio de 1989 se hizo una ampliación de capital de 100.000 mlls de Li: 56.000 mlls en forma de acciones ordinarias y 44.000 mlls en forma de acciones preferentes. Los nuevos accionistas fueron las empresas *SIVA SpA* y *SAF SpA*, pertenecientes al Ente Nazionale per la Cellulosa e la Carta-ENCC, el *Credito Industriale Sardo-CIS* y *Cartiera di Toscolano SpA*.

¹⁰¹ Decisión de 7 de junio de 1995, relativa a la ayuda concedida por el Estado italiano a la empresa *Iritecna SpA* (DOCE L 300, de 13.12.1995, p. 23).

creación en 1991 y, finalmente, en febrero de 1994 se declaró en liquidación. Al mismo tiempo y a raíz de la reestructuración del sector, se creó una nueva empresa, Fintecna, a la que se transfirieron algunas de las actividades de Iritecna, ya en fase de liquidación, aportándole el IRI capital nuevo.

Para la Comisión, las aportaciones de capital efectuadas entre 1991 y 1993 y el coste final previsto de la liquidación de Iritecna, así como todo aumento de este último importe que no exceda del 15% y que se produzca durante la aplicación del plan de reestructuración, se ajustan a las condiciones establecidas en las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 27 de julio de 1994, por lo que quedará exenta de la prohibición enunciada en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE y en el apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo EEE en virtud de lo previsto en la letra c del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE y en la letra c del apartado 3 del artículo 61 del Acuerdo EEE, en tanto que ayuda compatible con el mercado común siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en los apartados 2 a 5 y en el artículo 2.

Por el contrario, la Comisión adoptó una decisión definitiva parcialmente negativa en los dos procedimientos en los que se abordaba la existencia y la compatibilidad de los elementos de ayuda estatal incluidos en las intervenciones públicas del Estado holandés y de la región de Flandes en favor del fabricante de camiones DAF¹⁰², tanto antes como después de su quiebra. DAF NV, junto con sus múltiples filiales en los Países Bajos, Bélgica y en el Reino Unido, había entrado en liquidación judicial en febrero de 1993. Un mes después, los Tribunales de Comercio de los Países Bajos y Bélgica autorizaron la compra de los activos principales de la antigua empresa DAF Implantada en estos Estados miembros por parte de la empresa de nueva creación DAF Truncks NV, en la que el Estado holandés y la región de Flandes poseían una participación mayoritaria. La Comisión consideró que los administra-

¹⁰² Decisiones de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por la región flamenca de Bélgica (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 31) y por los Países Bajos al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 37). Cfr. también, XXV IPC 1995, apartado 220.

dores habían actuado con la independencia que exigía la ley al valorar los activos objeto de la venta.

Por su parte, en el ámbito del carbón y del acero, destacamos el asunto *Maxhütte Neue*¹⁰³. En esta decisión, la Comisión examinó la adquisición por el land de Baviera de participaciones en el capital de una nueva empresa de actividades siderúrgicas (47,13%; 42,4 mlls MD) y en una filial productora de tubos (40,2%; 8,04 mlls MD) para reanudar actividades de una sociedad en quiebra desde 1987 (Maxhütte). Además de la participación en los capitales, se otorgaba un crédito participativo de 2 mlls MD (intervención estatal total: 48,3%). La Comisión tuvo en cuenta para excluir la existencia de ayudas estatales la gran importancia de los inversores privados que suscribían una parte mayoritaria del capital.

En el asunto *Dillinger Hütte Saarstahl Beteiligungs AG*¹⁰⁴, la Comisión decidió sobre la base de la Decisión n° 322/89/CECA¹⁰⁵ que la aportación de capital de 145 mlls DM de la región del Sarre al holding Dillinger Hütte Saarstahl Beteiligungs AG no contenía elementos de ayuda estatal, ya que el nuevo holding controlaba las actividades de dos

¹⁰³ Decisión comunicada el 1 de agosto de 1988. Vid. XVIII IPC 1988, apartado 198, y RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 167. Las diversas vicisitudes de la empresa Maxhütte se pueden conocer en gran medida leyendo las diversas decisiones recaídas en torno a ella o a sus sucesoras (Neue Maxhütte y Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH). Cfr. Decisión de 4 de abril de 1995, relativa a la ayuda que el Land de Baviera tiene previsto conceder a las empresas CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosemberg, Lench-Stahlwerke GmbH y Meitingen-Herberstshofen (DOCE L 253, de 21.10.1995, p. 22); Decisión de 18 de octubre de 1995, relativa a una ayuda que el Estado Federado de Baviera concede a la empresa siderúrgica CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosemberg (DOCE L 53, de 2.3.1996, p. 41) y Decisión de 13 de marzo de 1996, relativa a una ayuda del Estado Federado de Baviera a la empresa siderúrgica CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosemberg (DOCE L 198, de 8.8.1996, p. 40). STPI de 21 de enero de 1999. Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH y Lech-Stahlwerke GmbH c. Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. 1999, p. II-17; y Decisión de 21 de abril de 1999, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 88 del Tratado CECA, sobre una ayuda estatal de Alemania a la empresa Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (notificada con el número C(1999) 1123) (DOCE L 230, de 31.8.1999, p. 4).

¹⁰⁴ XIX IPC 1989, apartado 154.

¹⁰⁵ Artículo 6, párr. 2° (DOCE L 38, de 10.2.1989, p. 8). A propósito de las singularidades del régimen de las ayudas a la siderurgia CECA, vid. lo ya señalado en el apartado 3.1 del capítulo primero de este trabajo.

empresas siderúrgicas del Sarre, Saarstahl y Dillinger Hüttenwerke, que habían decidido fusionar su actividad siderúrgica. Los valores respectivos de las dos sociedades habían sido objeto de estimación por dos sociedades de auditoría independientes y por la propia Comisión. La aportación de capital de 145 mlls DM del Sarre, que poseía una participación mayoritaria del 76% en la antigua Saarstahl GmbH, tenía por objeto conservar una *minoría de bloqueo* del 27,5% en la nueva sociedad, considerando la Comisión que la aportación del Sarre reflejaba el valor real de las partes suplementarias del capital adquirido en la nueva sociedad.

En el asunto *Corporación de la Siderurgia Integral (CSI)*¹⁰⁶, la Comisión autorizó las ayudas que España tenía previsto otorgar directa o indirectamente a la empresa pública siderúrgica CSI, compuesta por Ensidesa y por Altos Hornos de Vizcaya (AHV). La CSI había sido creada dentro del proceso de reestructuración del sector siderúrgico público español. Conforme al plan elaborado por las autoridades españolas, AHV y Ensidesa cesaban en sus actividades, siendo absorbidas por la nueva empresa CSI a la que cederían su activo y una parte del pasivo. El plan incluía toda una serie de medidas de reestructuración de carácter industrial, comercial, social y financiero, que culminaría a finales de 1998.

La Comisión también apreció la existencia de ayudas estatales en las intervenciones financieras de la Ciudad de Hamburgo en favor de la sociedad Hamburger Stahlwerke GmbH¹⁰⁷. Dicha sociedad había sido creada en 1984 para suceder a la que bajo el mismo nombre había desarrollado actividades de manera deficitaria desde 1961 y que, finalmente, fue declarada en quiebra. Con la creación de la nueva entidad, la Ciudad de Hamburgo, que no sólo detentaba fiduciariamente un

¹⁰⁶ Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que España tiene previsto conceder a la empresa pública siderúrgica Corporación de la Siderurgia Integral (CSI) (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 38).

¹⁰⁷ Vid. Comunicación sobre las ayudas que Alemania ha concedido a Hamburger Stahlwerke GmbH (DOCE C 293, de 21.10.1994, p. 3). Decisión de 31 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado concedida por la Freie und Hansestadt Hamburg a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH (DOCE L 78, de 28.3.1996, p. 31) y XXV IPC 1995, pp. 210 y 211.

importante porcentaje de su capital y su control efectivo, sino que también era una importante acreedora de la misma, consideraba más probable recuperar sus créditos.

La Comisión consideró a este respecto que la aportación de 20 mills de MD al capital social de Hamburger Stahlwerke GmbH consistente en un crédito concedido por la Freie und Hansestadt Hamburg (Ciudad de Hamburgo) a través de Hamburgische Landesbank Girozentrale a los socios de Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG y a la propia Protei, que sirvieron para hacer la aportación inicial, constituía una ayuda de Estado, que podía, sin embargo, considerarse amparada en una previa autorización de la Comisión en 1984/85.

En cambio, en el asunto *Duferco*¹⁰⁸, la Comisión consideró que no existían elementos de ayuda estatal en la cesión de activos de Forges de Claberg, que se encontraba en quiebra, a favor de una nueva compañía, SA Duferco Claberg, creada por el grupo privado Duferco y por la sociedad pública Societé Wallonne pour la Siderurgie (SWS). Las razones esgrimidas por el órgano comunitario fueron las siguientes:

- 1) La SWS adquirió el 25% de Duferco Claberg en las mismas condiciones y simultáneamente a la de un inversor privado que aportaba la mayor parte del capital.
- 2) El capital de los dos accionistas se desembolsaba de la misma forma.
- 3) El socio privado poseía una estructura financiera sólida y la adquisición de esa empresa se integraba en su estrategia empresarial.
- 4) La nueva empresa se administraba como un centro de negocios independiente.
- 5) Se habían previsto inversiones para permitir la materialización de una estrategia industrial concreta.
- 6) El plan económico contemplaba un margen de explotación positivo a partir del segundo año y beneficios a partir del quinto.

¹⁰⁸ Comunicación en la que se reproduce la carta dirigida por la Comisión al Gobierno belga (DOCE C 20, de 22.1.1998, p. 3). Además de este expediente, podemos citar la Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1) y la Decisión de 19 de diciembre de 1996, Acero CECA, Forges de Claberg (DOCE L 106, de 24.4.1997, p. 30).

2.1.2. *Las aportaciones de capital durante la vida de la sociedad*

Son diversos los factores que pueden alterar tanto la cuantía del capital, como la titularidad de las acciones o de las participaciones en que se distribuye, porque tanto el crecimiento como el deterioro económico de la sociedad pueden transformar estos elementos.

Es posible señalar distintas operaciones jurídicas que tienen como objeto el capital social; sin embargo, no todas ellas tienen una dimensión financiera directa en la medida en que no siempre suponen un incremento de recursos permanente, de los que la empresa puede disponer para desarrollar su actividad. Tal es el caso, por ejemplo, de la ampliación de capital exclusivamente con cargo a reservas, el desdoblamiento del valor nominal de las acciones¹⁰⁹ o la venta de acciones¹¹⁰.

En efecto, cuando se eleva la cifra del capital social con cargo a reservas de la propia compañía no nos encontramos, en realidad, ante un incremento de los recursos propios, sino ante una operación contable.

Tampoco existe un aumento en el nivel de recursos propios en el desdoblamiento del valor nominal de las acciones existentes (*split*), emitiendo nuevas acciones sin modificar la cifra de capital ni alterar las relaciones de propiedad.

Finalmente, tampoco hay aportación de capital nuevo para la empresa en la venta de sus acciones, salvo que se trate de *acciones propias (autocartera)*, ya que quien recibe su precio es el accionista y no la compañía, aunque pueda producir un cambio en las relaciones de propiedad al incrementarse la participación de algunos accionistas, dar entrada a nuevos socios o incluso quedar totalmente en manos de un solo propietario, lo que puede incidir en el valor de mercado de la empresa.

Desde una perspectiva financiera, la operación societaria que implica una elevación de la cifra de capital social, con el correspondiente incremento de los recursos puestos a disposición de la empresa, es el aumento de capital.

¹⁰⁹ No se puede ignorar, sin embargo, que estas operaciones destinadas, en el primer caso, a acercar el valor nominal de las acciones al valor real de la empresa o, en el segundo, a facilitar su negociación en bolsa, pueden tener una dimensión financiera indirecta al hacer más atractivos en el mercado los títulos de la empresa.

¹¹⁰ Sobre la compraventa de acciones o de participaciones, vid. infra apartado 2.2.2.

2.1.2.1. Consideraciones básicas sobre el aumento del capital

En el Derecho comunitario, es la Segunda Directiva¹¹¹ la que aborda la regulación tanto de la ampliación como de la reducción de capital social, contemplándolas como supuestos de *modificación de los estatutos sociales*¹¹², criterio que acoge nuestra legislación de sociedades al regular estas operaciones junto a otros supuestos de modificaciones estatutarias como la del objeto social o la del domicilio de la sociedad.

Con esta premisa podemos definir la ampliación o aumento de capital como aquella operación jurídica por virtud de la cual se eleva la cifra de capital social que figura en los estatutos¹¹³.

La doctrina suele abordar el estudio de la ampliación de capital acudiendo a diversas clasificaciones, atendiendo a la emisión o no de nuevas acciones, al contravalor del aumento de capital o al órgano que adopte la decisión de proceder al aumento de capital¹¹⁴.

Atendiendo a su contravalor, el aumento de capital puede efectuarse:

- 1) Mediante nuevas aportaciones, dinerarias o no, de los socios o de terceros que entrarían en el capital de la compañía, con o sin prima de emisión.
- 2) Total o parcialmente con cargo a reservas o beneficios.
- 3) Por disminución del pasivo: compensación de créditos o de deudas y conversión de obligaciones en acciones¹¹⁵.

¹¹¹ Como destaca GARCÍA VILLAVARDE («La constitución...», op. cit., p. 248), la Segunda Directiva no contiene un régimen completo de dichas modificaciones, en parte por la previsión inicial, de momento frustrada, de que fuera completada por la Quinta Directiva. Vid. *infra* apartado 1.1 del presente capítulo.

¹¹² Cfr. artículos 144 a 170 LSA y 71 a 83 LSRL. Por otra parte, también es éste el criterio elegido por la doctrina para su exposición. A título de ejemplo, vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la modificación de los estatutos sociales», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 943 a 979; GÓMEZ PORRÚA, J. M.: «La modificación de los estatutos sociales: aumento y reducción del capital social», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho...*, op. cit., pp. 329 a 349; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 413 a 435.

¹¹³ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la modificación...», op. cit., p. 950.

¹¹⁴ A propósito de estos tres criterios, vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 419 y 420.

¹¹⁵ En el primer supuesto habría un aumento *efectivo*, mientras que en los otros dos

En todo caso, el aumento de capital debe realizarse por alguna de las dos modalidades que señala el artículo 151.1 LSA: por la emisión de nuevas acciones o por la elevación del valor nominal de las ya existentes¹¹⁶. Como regla general, será la junta general el órgano competente para la adopción de este acuerdo, salvo en el supuesto de «capital autorizado», en que puede acordarlo el órgano de administración, de acuerdo con los estatutos.

2.1.2.2. El aumento de capital mediante nuevas aportaciones en metálico o *in natura*

En el Derecho español, para todo aumento de capital cuyo contravalor consista en nuevas aportaciones dinerarias será condición previa, salvo para las sociedades de seguros, el íntegro desembolso de las acciones anteriormente emitidas¹¹⁷. Por otra parte, cuando el aumento de capital se pretenda realizar con aportaciones no dinerarias, habrán

sería meramente *contable*. Cfr. *Memento práctico contabilidad...*, op. cit., p. 832. El carácter meramente contable del aumento por compensación de créditos no es, sin embargo, una cuestión pacífica en nuestra doctrina. Acerca de las distintas posiciones, decantándose por su carácter efectivo, vid. IGLESIAS PRADA, J. L.: «Sobre el aumento de capital por compensación de créditos», en *AAMN*, tomo XXXIII, 1994, pp. 205 a 248, en especial pp. 223 y 224. No han faltado autores, como DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*El capital social...*, op. cit., p. 389 y nota 392), que apuntan un criterio intermedio o mixto. La conversión de obligaciones en acciones sería en realidad un supuesto de compensación de créditos, en la medida en que el desembolso de las nuevas acciones se hace con cargo a los créditos representados por las obligaciones que se convierten en acciones, criterio que acoge la propia LSA al mencionarlas en su artículo 156.2 al regular la ampliación por compensación y omitiéndolas en la enumeración del artículo 151.2. En este sentido, vid. entre otros, GALÁN LÓPEZ, C.: «El aumento de capital por compensación de créditos», en VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad...*, op. cit., pp. 433 a 464, especialmente p. 436; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la modificación...», op. cit., p. 956. A pesar de ello y por razones de sistemática analizaremos este supuesto de forma separada.

¹¹⁶ Únicamente se podrá elevar el valor nominal de las acciones sin requerir el acuerdo de todos los accionistas, que deberían hacer frente al aumento, si se efectuase con cargo a reservas o a beneficios. En este sentido, vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la modificación...», op. cit., p. 951.

¹¹⁷ Cfr. artículo 154 LSA, si bien, como destaca SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones...*, op. cit., p. 424), podría realizarse el aumento si existe una cantidad pendiente de desembolso que no exceda del 3%. Esta cautela no rige para las SRL, en las que se exige el íntegro desembolso de las aportaciones.

de cumplirse las cautelas que la LSA establece para las aportaciones de esta clase en la constitución de la sociedad, debiendo poner a disposición de los socios, junto con la convocatoria de la junta general un informe de los administradores en el que se describirán con detalle las aportaciones proyectadas, las personas que hayan de efectuarlas, el número y el valor nominal de las acciones que hayan de entregarse y las garantías adoptadas según la naturaleza de los bienes en que consista la aportación¹¹⁸.

En la práctica comunitaria sobre ayudas estatales es el aumento de capital mediante aportaciones dinerarias el que posiblemente se da con más frecuencia. Dentro de él cabe, a su vez, distinguir dos supuestos: 1) que el Estado sea ya socio o incluso único socio, y 2) que el Estado pretenda entrar como socio.

El aumento o la ampliación de capital mediante nuevas aportaciones, en dinero o en especie, es la fórmula más frecuente de aportación de capital a la que ha tenido que enfrentarse la Comisión en los últimos años en los supuestos de participación pública en el capital de las empresas, tanto públicas como privadas.

A título de ejemplo y sin carácter exhaustivo podemos citar los asuntos *British Leyland (I)*¹¹⁹ y *(II)*¹²⁰, *Arbed* y *MMRA*¹²¹, *Hoogovens* y *Nedstadt*¹²², *Meura*¹²³, *SIDAL*¹²⁴, *ZANUSSI*¹²⁵, *Alfa Romeo*¹²⁶, *Sabena*

¹¹⁸ Cfr. artículos 155.1 *in fine* LSA y 74.3 LSRL.

¹¹⁹ V *IPC* 1975, apartado 116 y ss.

¹²⁰ X *IPC* 1980, apartado 208.

¹²¹ Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno luxemburgués proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 29).

¹²² Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno neerlandés proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 33).

¹²³ Decisión de 22 de octubre de 1986, relativa a las ayudas de los poderes públicos de Bélgica en favor de una industria de equipos para la fabricación de cerveza (DOCE L 20, de 22.1.1987, p. 20).

¹²⁴ XVI 1986. Metales no ferrosos. Bélgica, p. 230.

¹²⁵ XVI *IPC* 1986. Tecnologías de la información, electrónica de consumo y electrodomésticos. Italia, apartado 235.

¹²⁶ Decisión de 31 de mayo de 1989, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo, empresa del sector del automóvil (DOCE L 394, de 30.12.1989, p. 9).

(I y II)¹²⁷, *ILVA*¹²⁸, *Merco (I y II)*¹²⁹, *TAP*¹³⁰, *Air France*¹³¹, *Bull (II)*¹³², *Credit Lyonnais (I y III)*¹³³, *Iberia (I, II y III)*¹³⁴ o *Alitalia*¹³⁵.

2.1.2.3. El aumento de capital con cargo a reservas o a beneficios

El aumento de capital con cargo a reservas o a beneficios, al que se refiere de manera expresa nuestra vigente LSA en sus artículos 151.2 y 157, no supone en realidad la aportación de *recursos nuevos* sino que

¹²⁷ Decisión de 24 de julio de 1991, relativa a las ayudas (en forma de inyecciones de capital y de reducciones de capital) que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE L 300, de 31.10.1991, p. 48) y Decisión de 19 de julio de 1995 (Swissair/Sabena). Adquisición por Swissair del 49,5% de Sabena. Artículo 4.5º (DOCE L 239, de 7.10.1995, p. 19).

¹²⁸ XXII IPC 1992. Ayudas a sectores industriales sujetos a directrices comunitarias, apartados 375 y ss.

¹²⁹ Decisión de 4 de noviembre de 1992, referente a las ayudas concedidas por el Gobierno español a la empresa Merco (DOCE L 55, de 6.3.1993, p.); XXII IPC 1992, apartado 10: ayudas en el sector agrario; apartados 503-504. Asunto Merco. Decisión de 7 de diciembre de 1993, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno español a la sociedad Merco (DOCE L 154, de 21.6.1994, p. 37).

¹³⁰ Decisión de 6 de julio de 1994 relativa a la ampliación de capital, garantías de crédito y exacciones fiscales existentes en favor de TAP (DOCE L 279, de 28.10.1994, p. 29).

¹³¹ Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73); Decisión de 4 de abril de 1995, por la que se modifica la anterior (DOCE L 219, de 15.9.1995, p. 34); Air France. Pago del segundo tramo de ayudas en favor de Air France aprobada por Decisión de 27 de julio de 1994 (DOCE C 295, de 10.11.1995, p. 2); Air France. Pago del tercer tramo de la ayuda a la reestructuración de Air France aprobada por Decisión de 27 de julio de 1994 (DOCE C 374, de 11.12.96, p. 9).

¹³² Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (C 33/93 (ex NN 32/93) (DOCE L 386, 31.12.1994, p. 1).

¹³³ Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco Credit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92). Comunicación sobre la aportación pública de capital, separación de activos y garantía del Estado (DOCE C 121, de 17.5.1995), p. 4. Decisión de 20 de mayo de 1998, relativa a las ayudas concedidas por Francia al grupo Crédit Lyonnais, expediente que denominamos Crédit Lyonnais (III) (DOCE L 221, de 8.8.1998, p. 28).

¹³⁴ Autorización de las ayudas de Estado a Iberia (DOCE C 236, de 15.9.1992, p. 2), Decisión de 31 de enero de 1996 relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, 27.4.1996, p. 25) y Decisión comunicada el 3 de septiembre de 1999. Ayuda de Estado n° N 368/99. España. Iberia, ampliación de capital. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n368-99.pdf.

¹³⁵ Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).

dicho aumento se efectúa con cargo a recursos que ya formaban parte del patrimonio social. Se trata, en definitiva, como gráficamente señala De la Cámara¹³⁶, de una operación consistente en «eliminar o reducir la cuenta de reservas en la misma medida en que se aumenta la cuenta de capital» o, lo que es lo mismo, de una reestructuración de los recursos propios de la sociedad¹³⁷. En consecuencia, no puede plantearse en esta hipótesis la posible existencia de elementos de ayuda estatal¹³⁸.

Un caso singular se produce en relación con los llamados «aumentos de capital mixtos¹³⁹», que son, como señala De la Cámara¹⁴⁰, los que tienen lugar cuando su contravalor está representado, en una parte, por la transferencia de reservas o fondos disponibles que existen en el patrimonio de la sociedad y, en otra, por la aportación de fondos procedentes de los socios o de terceros¹⁴¹.

¹³⁶ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El capital social...*, op. cit., p. 330. Para un análisis pormenorizado de las reservas que podrían ser objeto de conversión, vid. a este mismo autor, pp. 330 a 348.

¹³⁷ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la modificación...», op. cit., p. 954. Para llevar a cabo esta ampliación de capital, la LSA permite a la sociedad utilizar como contravalor las reservas disponibles, las primas de emisión, e incluso la reserva legal en la parte que exceda del 10% de la cifra del capital ya aumentado.

¹³⁸ Sin perjuicio de lo expuesto, vid. lo señalado en el apartado 2.3 de este capítulo a propósito de las denominadas «aportaciones negativas».

¹³⁹ También denominadas combinadas o parcialmente gratuitas. Cfr. LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M. «Algunas consideraciones sobre los aumentos mixtos de capital social (en parte con nuevas aportaciones y en parte con cargo a reservas), en *La Ley*, de 16.4.1996, pp. 1 a 7.

¹⁴⁰ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El capital social...*, op. cit., pp. 348 a 357, en particular p. 348. Debemos entender respecto de los terceros que éstos no tendrían derecho a beneficiarse de las reservas. En este sentido, LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO («Algunas consideraciones...», op. cit., p. 1), define los aumentos mixtos como «aquéllos que se realizan con la emisión de nuevas acciones desembolsando quienes las suscriban únicamente una parte de su valor con nuevas aportaciones en metálico, siendo la otra mitad asignada gratuitamente a los suscriptores por realizarse ese contravalor con cargo a las reservas disponibles (libres y expresas) de la sociedad, esto es, reservas capitalizables»; sin embargo, no aclara la razón que restringiría la naturaleza de las nuevas aportaciones a las efectuadas en metálico.

¹⁴¹ La STS de 28 de mayo de 1990 (RAJ 4.087) admitió esta posibilidad bajo la vigencia de la LSA de 1951, y a la misma solución, como apunta Sánchez Calero (*Instituciones...*, op. cit., p. 420), puede llegarse hoy bajo el régimen vigente. Sin embargo, el alcance reconocido a esta sentencia no es coincidente en nuestra doctrina. A este res-

En este caso, en la medida en que al menos una parte de los fondos empleados tienen la consideración de *nuevos*, puede plantearse la posible existencia de ayuda estatal, siempre que se cumplan las condiciones que enumera el apartado 1 del artículo 87 CE. No obstante, aunque conceptualmente pueda plantearse la posible existencia de ayudas de Estado en las aportaciones de capital mixtas, en la práctica comunitaria esta hipótesis no tiene acogida en la medida en que, por lo general, las empresas beneficiarias no sólo carecen de beneficios sino que han agotado sus recursos.

2.1.2.4. El aumento de capital mediante compensación de créditos

El aumento de capital mediante compensación de créditos contra la sociedad, también denominada *capitalización* o *conversión de deudas*¹⁴², supone que los acreedores de la sociedad puedan en determinadas circunstancias cambiar de posición jurídica, adquiriendo la condición de socios, recibiendo acciones o participaciones a cambio de sus créditos¹⁴³.

pecto, confróntense a título de ejemplo DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (*El capital social...*, op. cit., pp. 349 y 350) y VICENT CHULIÁ (*Introducción...*, op. cit., p. 389).

¹⁴² Esta es, en efecto, la terminología que en la práctica emplea la Comisión en sus documentos en versión española. En relación con esta modalidad de aumento de capital, vid. GALÁN LÓPEZ, C.: «El aumento...», op. cit., pp. 433 a 464; IGLESIAS PRADA, J. L.: «Sobre el aumento de capital...», op. cit., pp. 205 a 248.

¹⁴³ Siguiendo a DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. (*El capital social...*, op. cit., pp. 378 a 379 y 412 a 416), es preciso distinguir el aumento de capital por compensación de créditos de otras dos hipótesis diferentes. Una sería la aportación a la sociedad de un crédito contra tercero, que sería en realidad un caso de aumento de capital mediante una aportación *in natura*. Una segunda hipótesis también diferente sería la denominada «compensación circunstancial» que, procedente del Derecho francés, designa el supuesto en el que ante un aumento de capital mediante aportaciones dinerarias, los dividendos pasivos correspondientes a un suscriptor que sea acreedor de la sociedad se consideran satisfechos por compensación del crédito de la sociedad contra el suscriptor y del crédito de éste contra la sociedad. Un supuesto también diferente de los anteriores se daría cuando se aportan acciones de una tercera compañía para extinguir un crédito pendiente, sin aumento de capital social, supuesto que la Comisión califica como «*dación en pago*». En este sentido, vid. el caso Verlipack II (DOCE C 313, de 8.11.2001, p. 2 y XXXI IPC 2001, apartado 365).

En este punto y aunque la opinión acerca de la naturaleza de esta aportación no sea pacífica en la doctrina¹⁴⁴, entendemos que en el aumento de capital mediante compensación de créditos existe una aportación de capital nuevo a los efectos de su evaluación como aportación de capital, sin que consideremos concluyente la afirmación de la Comisión en su decisión en el caso *TASQ*¹⁴⁵, en la que afirmó, a propósito de una de las aportaciones de capital efectuadas por CDR, entidad creada para la disociación de activos dañados de *Crédit Lyonnais*, en favor de la citada empresa que había que tener en cuenta que «no se trata de una aportación de fondos nuevos sino simplemente de la conversión en capital de una deuda de 5 mlls FF».

El aumento de capital por compensación de créditos sólo puede tener lugar cuando concurren los requisitos que enumera el artículo 156 LSA¹⁴⁶:

- a) Que los créditos sean líquidos, vencidos y exigibles al menos en un 25% y que el resto tenga un vencimiento no superior a 5 años. Si el aumento de capital se realiza con prima, el crédito debe ser vencido, líquido y exigible en el importe total de la prima.
- b) Que en la convocatoria de la junta se ponga a disposición de los accionistas una certificación del auditor de cuentas de la sociedad

¹⁴⁴ A este respecto, vid. lo expuesto desde una perspectiva general en la nota 113 de este capítulo.

¹⁴⁵ Decisión de 3 de mayo de 2000, referente a las medidas aplicadas por Francia en favor de *TASQ SA* (DOCE L 272, de 25.10.2000, p. 29, en particular apartado 34).

¹⁴⁶ El sistema coincide sustancialmente con el diseñado para la sociedad limitada en el artículo 74.2 LSRL. Ambos preceptos constituyen una novedad legislativa, por cuanto la LSA de 1951 no mencionaba esta modalidad y sí, en cambio, las obligaciones convertibles. Esta novedad legislativa obedece en exclusiva a una decisión de nuestro legislador y no deriva de la necesidad de adaptación de nuestro Derecho a las directivas sobre sociedades. En este sentido vid. GALÁN LÓPEZ, C.: «El aumento...», op. cit., p. 436 y nota 1. Una de las cuestiones de mayor interés que ha suscitado esta figura en nuestro Derecho es la relativa a su naturaleza jurídica, como consecuencia de las necesidades de adaptar la figura de la compensación a las necesidades societarias. A este respecto, vid. los comentarios al artículo 1196 Cc de VILA LÓPEZ, R., en *VARIOS Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1156 a 1213*, ALBALADEJO, M., ALBALAT, S. (dir.), Tomo XVI, vol. I, Edersa, 1991, pp. 503 a 508; de VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. en *VARIOS: Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, pp. 280 a 284; de GALÁN LÓPEZ, C.: «El aumento...», op. cit., pp. 437 a 446; y de IGLESIAS PRADA, J. L.: «Sobre el aumento de capital...», op. cit., pp. 208 a 213.

que acredite que, una vez verificada la contabilidad social, resultan exactos los datos ofrecidos por los administradores sobre los créditos.

Con este tipo de ampliación de capital se produce la transformación de un pasivo en capital social o, lo que es lo mismo, tiene lugar la sustitución de fondos ajenos de financiación por fondos propios¹⁴⁷. La sociedad evita, de este modo, el cumplimiento de su obligación transformando la deuda pendiente en acciones, con lo que consigue una regularización en su estructura financiera. Los acreedores, por su parte, sustituyen el cobro que debían haber obtenido de la empresa por una participación en su capital sobre la que pueden obtener una rentabilidad por dividendos¹⁴⁸.

Pues bien, en la práctica comunitaria encontramos, asimismo, diversos supuestos de aportación pública de capital de riesgo mediante conversión de deuda en capital.

Así, en la Decisión de la Comisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyectaba conceder a la siderurgia¹⁴⁹, se planteó, entre el amplio abanico de formas de ayuda, la conversión de deudas en el capital a favor de las empresas Cockerill-Sambre, Forges de Claberg, Fabrique de Fer de Charleroi, Sidmar y ALZ¹⁵⁰.

En la Decisión de 4 de febrero de 1987, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de una empresa de tubos de acero (Asunto *Tubemeuse*¹⁵¹), la ayuda controvertida consistía en una aportación de capital, por medio de una ampliación de capital, de la suscripción de obligaciones y de la conversión en capital de préstamos garantizados.

¹⁴⁷ Cualquier exceso del pasivo cancelado sobre el nominal de la ampliación formará parte de la reserva por prima de emisión. En este sentido, vid. RICO PÉREZ, E.: «Pasivos financieros, intereses implícitos y préstamos participativos», en *Dudas, ejemplos y soluciones del Plan General de Contabilidad*, Manual III, vol. 3, Expansión-Icac-Coopers & Lybrand, Madrid, 1997, pp. 7 a 20, en concreto p. 18.

¹⁴⁸ *Memento práctico contabilidad...*, op. cit., p. 838.

¹⁴⁹ DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1.

¹⁵⁰ XIV IPC 1984, apartado 205.

¹⁵¹ DOCE L 227, de 15.8.1987, p. 45.

En el asunto *Aluminia y Comsal*¹⁵², las ayudas se instrumentaban «en forma de préstamos sin intereses, que serían convertidos en capital en acciones por un importe de 70.000 y de 30.000 millones de Li, respectivamente», aportados por el Gobierno italiano.

En el asunto *Halkis*¹⁵³, la Comisión imponía igualmente al Gobierno griego la prohibición de llevar a la práctica su proyecto de conceder una ayuda transformando las deudas de la compañía en capital.

2.1.2.5. El aumento de capital mediante conversión de obligaciones en acciones

Como destaca De la Cámara¹⁵⁴, la legislación comunitaria es sumamente parca al tratar de las obligaciones convertibles. En efecto, se refiere, en primer lugar, a ellas el artículo 29.6 de la Segunda Directiva, en el que se extiende a la emisión de obligaciones convertibles el derecho de suscripción preferente que se reconoce a los accionistas en caso de aumento de capital suscrito con aportaciones dinerarias, añadiendo que este derecho no se aplicará a la conversión de los títulos. En segundo lugar, el artículo 25.4 declara inaplicables a «los títulos convertibles en acciones» una serie de disposiciones dictadas en materia de aumento de capital.

La emisión de obligaciones constituye un medio habitual de financiación de las sociedades mercantiles¹⁵⁵. Las obligaciones son títulos de

¹⁵² Decisión de 24 de mayo de 1989, sobre la ayuda concedida por el Gobierno italiano a *Aluminia y Comsal*, dos empresas públicas de la industria del aluminio (DOCE L 118, de 9.5.1990, p. 42).

¹⁵³ Decisión de 2 de mayo de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno griego a una empresa de cementos (*Halkis Cement Company*) (DOCE L 73, de 20.3.1991, pp. 27 a 31).

¹⁵⁴ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El capital social...*, op. cit., pp. 421 y ss.

¹⁵⁵ Como señala SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones...*, op. cit., p. 570), la emisión de obligaciones por las sociedades comanditarias por acciones se rige también por las reglas aplicables a las SA (capítulo X, artículos 292 a 310 LSA), conforme a la remisión general del artículo 152 CdC. Las personas físicas, las sociedades civiles, colectivas, comanditarias simples y de responsabilidad limitada no podrán emitir ni garantizar la emisión de obligaciones (cfr. artículo 9 y disposición adicional tercera, *prohibición de emitir obligaciones*, de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de sociedades de responsabilidad limitada). Para un estudio general de las obligaciones, vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: las obligaciones», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de*

deuda, puesto que imponen a la sociedad el deber de restituir el capital prestado con los intereses correspondientes, por lo que forman parte de la financiación externa de la empresa. La existencia de un deber básico de restitución justifica las cautelas a las que la legislación societaria somete su emisión.

Un caso singular entre las obligaciones es el constituido por las denominadas *obligaciones convertibles*, cuya emisión, lejos de ser una alternativa al aumento de capital, constituye un medio para llevarlo a cabo, pero de manera diferida en el tiempo. Es preciso señalar, sin embargo, que las obligaciones convertibles en acciones son antes que nada una simple modalidad de obligaciones, caracterizadas por incorporar un derecho de crédito frente a la sociedad emisora y que, en caso de no ser convertidas, han de ser reembolsadas en la fecha de su vencimiento. Su singularidad deriva de la facultad que confieren a su titular para optar, como alternativa a la restitución de la suma prestada, por la conversión de las obligaciones en acciones en los períodos y de acuerdo con la relación de conversión que la sociedad emisora haya establecido, sin perjuicio de que se pacte la facultad de conversión a favor de la sociedad emisora.

Las obligaciones convertibles son, en realidad, únicamente las que incorporan la facultad de conversión desde el momento mismo de su emisión¹⁵⁶. La conversión en acciones de obligaciones ordinarias por acuerdo celebrado entre la sociedad emisora y los obligacionistas es un supuesto diferente, que queda sustraído a la regulación propia de las obligaciones convertibles y que debe reconducirse a la figura del aumento de capital por compensación de créditos¹⁵⁷.

Derecho..., op. cit., pp. 981 a 1004; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 567 a 583.

¹⁵⁶ Este es en realidad, como subraya BOTANA AGRA («Algunas cuestiones sobre la emisión de obligaciones convertibles en acciones», en Puy Fraga, P. (coord.): *Estudios en homenaje al profesor Carlos Otero Díaz*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 159 a 180, en especial pp. 160 a 162), el modelo que contempla propiamente nuestra vigente LSA.

¹⁵⁷ Cfr. artículos 156.2 y 306.d LSA. En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Obligaciones convertibles (Dº mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica...*, op. cit., pp. 4513 a 4516, en especial p. 4513, y URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la modificación...», op. cit., p. 957.

Estas obligaciones se diferencian también de las obligaciones con *warrants*, en que estas últimas son obligaciones ordinarias, que incorporan de manera añadida el derecho a suscribir o a adquirir acciones de la sociedad emisora en condiciones prefijadas, por lo que en definitiva no hay una verdadera conversión, sino la facultad de obtener valores accionariales, a la vez que se mantiene la condición de obligacionista¹⁵⁸.

Las obligaciones convertibles pueden presentarse bajo diferentes formas. Así se distingue entre modalidades directas e indirectas de emisión, en atención al hecho de que haya o no una coincidencia plena entre la sociedad emisora del empréstito y la sociedad en cuyas acciones son convertibles. También es usual distinguir entre acciones convertibles propiamente dichas, en las que la sociedad emite acciones nuevas para atenerse a las solicitudes de conversión, y las obligaciones *canjeables*, que se dan cuando la conversión se reconoce sobre acciones viejas poseídas por la propia sociedad emisora en su autocartera o eventualmente por otra sociedad¹⁵⁹.

Por lo que se refiere a la regulación comunitaria sobre ayudas estatales, la Comunicación de la Comisión de 1984 menciona expresamente¹⁶⁰ entre las *otras formas de intervención* «las aportaciones de capital que adoptan la forma de préstamos de obligaciones convertibles». Y en la *práctica* es frecuente la aportación de capital riesgo a través de la suscripción de obligaciones convertibles, convirtiéndose su suscripción en un aumento de capital diferido.

Sin carácter exhaustivo podemos citar la ya mencionada Decisión de la Comisión de 29 de junio de 1983¹⁶¹, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyectaba conceder a las empresas siderúrgicas Cocke-

¹⁵⁸ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: las obligaciones», op. cit., p. 999.

¹⁵⁹ Como destacan URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA («La sociedad anónima: las obligaciones», op. cit., pp. 999 y 1000), esta modalidad de otorgamiento no está expresamente contemplada en la LSA, pero sí en el RD 2911/1992, de 27 de marzo, sobre emisiones y ofertas públicas de valores, y en la Orden de 12 de julio de 1993, sobre folletos informativos, aunque su admisibilidad no parece dudosa al amparo del principio de autonomía de la voluntad.

¹⁶⁰ Participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas, *Boletín CE* 9-1984, Apartado 5.

¹⁶¹ DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1.

rill-Sambre, Forges de Claberg, Laminoirs de Longtain y Laminoirs de Saint-Eloi y más recientemente las decisiones recaídas en los asuntos *Tubemeuse*¹⁶², *Avenir Graphique*¹⁶³ o *Seleco SpA*¹⁶⁴.

2.2. Aportaciones que no afectan a la cifra de capital social

Como ya hemos señalado, además de las aportaciones capitalizables las sociedades se nutren a lo largo de su vida de otros recursos que, al igual que los que se reflejan en la cifra de capital, están sujetos al riesgo propio de la actividad empresarial. A estas otras aportaciones de recursos propios que incrementan la solvencia de la empresa nos vamos a referir a continuación.

2.2.1. Aportaciones de los socios para cubrir pérdidas y subvenciones de capital

Las denominadas «aportaciones de los socios para compensar pérdidas» constituyen una de las partidas que nuestro PGC incluye dentro de la financiación básica de la empresa¹⁶⁵ como uno de los elementos que configuran los recursos o fondos propios. El PGC define esta partida en la cuenta 122 como las «cantidades entregadas por los socios con el objeto de compensar pérdidas de la sociedad¹⁶⁶, incluyendo, entre otras, las subvenciones entregadas por los socios por este concepto».

¹⁶² Decisión de 4 de febrero de 1987, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de una empresa de tubos de acero (Asunto Tubemeuse (DOCE L 227/45, de 14.8.1987), p. 45).

¹⁶³ Comunicación de archivo relativa a la ayuda concedida por el Gobierno francés a la empresa del sector de las artes gráficas Avenir Graphique (DOCE 309, de 21.11.1995, p. 4).

¹⁶⁴ Comunicación de la decisión de iniciar el procedimiento (DOCE C 373, de 29.12.1994, p. 5); ampliación del procedimiento (DOCE C 155, de 20.5.1998, p. 24). El presente asunto se resolvió mediante la Decisión de 2 de junio de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por Italia a la empresa Seleco SpA (DOCE L 227, de 7.9.2000, p. 24), en la que se declaró la incompatibilidad de las ayudas examinadas en el expediente.

¹⁶⁵ Cuenta 12: *resultados pendientes de aplicación*.

¹⁶⁶ Los resultados negativos del ejercicio o los acumulados de ejercicios anteriores pueden eliminarse también por la sociedad por otros procedimientos, como la compensación con las reservas disponibles o la reducción de capital. En este sentido, vid. *Memento práctico de contabilidad...*, op. cit., p. 677.

Se trata, como señala Fernández del Pozo¹⁶⁷, de una fuente frecuente de financiación interna, que sirve habitualmente de mecanismo de intrumentalización de la financiación interempresarial de grupos de sociedades y, por otro, de reforzamiento de los recursos propios de pequeñas y medianas empresas que acuden a esta forma de financiación por su simplicidad y por su falta de formalismos, si se compara con las demás fuentes de financiación. El recurso a las aportaciones de los socios se puede plantear, además, como la única solución cuando la financiación ajena se hace imposible, debido a las cuantiosas pérdidas de la empresa, en el caso de que no se desee recapitalizarla con nuevas aportaciones que integren el capital social¹⁶⁸.

Estas aportaciones de los socios no capitalizables deben reunir unos requisitos muy rigurosos si quieren merecer la calificación de fondos propios. En primer lugar, la aportación debe estar afectada al riesgo de la empresa y, en segundo lugar, ser definitiva e irrevocable¹⁶⁹.

Un caso singularmente importante se presenta a propósito de los *anticipos* o *avances*, reintegrables en cualquier tiempo que, para Fernández del Pozo¹⁷⁰, no merecen ser incluidos en el cómputo de los recursos propios, sin perjuicio de que su fin natural sea su posterior capi-

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 30.

¹⁶⁸ Se trata de una técnica propia de sociedades con escaso número de socios, ya que al no ser posible obligar a ninguno de ellos a que realicen un desembolso superior al que se deduzca de su propia suscripción, el acuerdo ha de ser unánime. Vid. *Memento práctico de contabilidad...*, op. cit., p. 677.

¹⁶⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., p. 31) señala que ambas notas aparecen claramente reflejadas en nuestra legislación contable, puesto que si las aportaciones constituyen a la empresa en la obligación de restituir las y de pagar un interés, estaríamos ante un *pasivo exigible* y no ante recursos propios.

¹⁷⁰ FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 31 y nota 44. Como reacción frente a los anticipos, el artículo 132.1 RRM (aportaciones dinerarias) dispone que «1. Cuando la aportación fuese dineraria, en la escritura de constitución y de aumento del capital, así como en las escrituras en las que consten los sucesivos desembolsos el notario dará fe de que se le ha exhibido y entregado la certificación del depósito de las correspondientes cantidades a nombre de la sociedad en una entidad de crédito, certificación que el notario incorporará a la escritura. A estos efectos, la fecha del depósito no podrá ser anterior en más de dos meses a la de la escritura de constitución o a la del acuerdo de aumento de capital». Como señala VICENT CHULIÁ (*Introducción...*, op. cit., p. 241), de no ser así, ya no se reputará una aportación dineraria, sino la de un crédito del socio contra la sociedad, es decir, una aportación no dineraria.

talización a través de un aumento de capital por compensación de créditos. La existencia de estos anticipos reintegrables se presenta a menudo en la práctica comunitaria sobre ayudas estatales en asuntos como, entre otros, los siguientes: *Intermills*¹⁷¹, *Cerámica Boch III*¹⁷², *Boussac Saint Frères*¹⁷³, *Isoroy y Pinault*¹⁷⁴; *Fokker*¹⁷⁵, *Orkem (ex CDF-Chimie)*¹⁷⁶ o *Bull (II)*¹⁷⁷.

Estas aportaciones se diferencian también de los «*versamenti in conto capitale*», denominación con la que en la doctrina italiana se conocen las aportaciones realizadas «libre o espontáneamente» por los socios que, si bien no se incorporan al capital nominal de las sociedades, forman parte de sus fondos propios y, por ende, se diferencian de las aportaciones realizadas como préstamos en que no llegan a integrar el capital de crédito de la sociedad¹⁷⁸.

¹⁷¹ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papelerero (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

¹⁷² Decisión de 10 de julio de 1986, relativa a una ayuda concedida por el Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria y de vajilla (DOCE L 223, de 8.9.1986, p. 30).

¹⁷³ Decisión de 15 de julio de 1987, sobre ayudas concedidas por el Gobierno francés a la empresa Boussac Saint Frères fabricante de productos textiles, de la confección y derivados de papel (DOCE L 352, de 15.12.1987, p. 42).

¹⁷⁴ Decisión de 9 de diciembre de 1987, relativa a las ayudas del Gobierno francés en el sector de la transformación de la madera, asunto Isoroy y Pinault (DOCE L 119, de 7.5.1988, p. 38).

¹⁷⁵ Decisión comunicada el 27 de junio de 1988. Ayudas en favor de la empresa Fokker de construcciones aeronáuticas (Países Bajos).

¹⁷⁶ Comunicación por la que la Comisión hace pública su decisión de cerrar los procedimientos abiertos el 7 de mayo de 1986 y el 2 de diciembre de 1987 (DOCE C 198, de 7.8.1990, p. 2).

¹⁷⁷ Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, 31.12.1994, p. 1), cuyo artículo 1 señala expresamente que «la ayuda contenida en el anticipo concedido a Bull en febrero de 1993, por un importe de 2.500 mlls de FF, en la aportación de capital de 5.500 mlls de FF, abonada en diciembre de 1993, y en la aportación de capital de 3.100 mlls de FF, que debe concederse a Bull en 1994, es compatible con el mercado común y con el acuerdo EEE, de conformidad con la letra c del apartado 3 del artículo 92 del tratado CE y de la letra c del apartado 3 del artículo 61 del acuerdo EEE, siempre que Francia cumpla los siguientes compromisos: (...)».

¹⁷⁸ En este sentido, vid. GUASCH MARTORELL, R.: «La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades», en *RDM*, n° 234, octubre-diciembre, 1999, pp. 1489 a 1514, en concreto p. 1510, con la bibliografía

La diferencia entre las «aportaciones de los socios para compensar pérdidas» y las «subvenciones» no resulta del todo pacífica, ni tampoco la delimitación de cuáles de estas últimas integrarían los recursos propios¹⁷⁹. El PGC se ocupa de las subvenciones en diferentes lugares¹⁸⁰, distinguiendo entre «subvenciones de capital» y «subvenciones a la explotación», pudiendo provenir, tanto unas como otras, de las administraciones públicas, de otras empresas o de particulares¹⁸¹.

En efecto, el PGC contempla, por una parte, las «subvenciones de capital» dentro de la financiación básica de la empresa¹⁸², definiéndolas como las concedidas por las administraciones públicas, por las empresas o por los particulares «...para el establecimiento o estructura fija de la empresa, cuando no sean reintegrables» y, por otra parte, las

citada en nota. En la práctica comunitaria nos encontramos con unas aportaciones de este tipo en la Decisión de 17 de abril de 2000 (SG (2000) D/103187): *Aiuto di Stato n. N 634/A/99 - Italia (Sardegna). Legge regionale n. 33/98, articolo 2 – Interventi per la riconversione delle aree minerarie: interventi in favore delle PMI*. En esta decisión, la Comisión ha considerado como ayuda estatal compatible, al amparo del artículo 87.3.a CE (ayudas regionales) las «*contribuiti in contp capitale*». El texto íntegro de esta decisión dictada sin abrir el procedimiento contradictorio del artículo 88.2 CE puede verse en la dirección de internet: europa.eu.int/comm/dg/dgb/state-aids (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹⁷⁹ En relación con la separación entre subvenciones y aportaciones para compensar pérdidas, desde la perspectiva contable, vid. CAÑIBANO LEANDRO, L.: «Contabilidad e información sobre los fondos propios», en VARIOS: *Dudas, ejemplos...*, op. cit., pp. 101 a 104.

¹⁸⁰ Parte 3ª: definiciones y relaciones contables, cuentas 130, 131, 740 y 741; parte 4ª: cuentas anuales, memoria notas 4.h, 7.2, 11; parte 5ª: normas de valoración, norma 20. En el PGCP la diversidad terminológica es más amplia, puesto que, como destaca PASCUAL GARCÍA (*Régimen jurídico...*, op. cit., pp. 395 a 400, en particular p. 395), en el glosario de términos que acompaña al plan se define y delimita el significado de los conceptos de *subvención*, *subvenciones corrientes*, *subvenciones de capital*, *transferencia*, *transferencia corriente* y *transferencia de capital*. Un análisis de estos conceptos puede verse en el citado autor en las páginas antes referidas.

¹⁸¹ Frente a este criterio, las reglas contables del International Account Standards Committee (ASC) sólo contemplan (NIC 20) las subvenciones y las ayudas oficiales, considerando dentro de dichas subvenciones las que el PGC denomina de capital, las de explotación y otras que presentan peculiaridades diferentes. En este sentido, vid. LAÍNEZ GADEA, J. A, CALLAO GASTÓN, C.: «La diversidad contable internacional y su armonización», en VARIOS: *Dudas, ejemplos...*, op. cit., p. 171.

¹⁸² Grupo 1: *financiación básica*, cuenta 13: *ingresos a distribuir en varios ejercicios*, partidas 130 (*subvenciones oficiales de capital*) y 131 (*subvenciones de capital*).

«subvenciones a la explotación»¹⁸³, como las concedidas igualmente por las administraciones públicas, por las empresas o por los particulares *al objeto, por lo general, de asegurar a éstos una rentabilidad mínima o compensar «déficits» de explotación*, excluyendo expresamente en este último caso *las realizadas por los socios o por las empresas del grupo, multigrupo o asociadas*.

Las aportaciones de los socios pueden realizarse de manera esporádica o periódica para enjugar el déficit de la actividad social y, en este sentido, se pueden equiparar a «subvenciones de explotación»¹⁸⁴, aunque mientras estas últimas se consideran un ingreso del ejercicio, sólo las aportaciones de los socios se incluyen como recursos propios en tanto no se realice la absorción de las pérdidas¹⁸⁵. Es, sin embargo, a propósito de las «subvenciones de capital» donde se cuestiona si forman parte o no de los recursos propios de la empresa y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones, sin que exista al respecto una posición unánime¹⁸⁶.

En el ámbito comunitario, la Directiva de la Comisión de 25 de julio de 1980, relativa a la *transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas*¹⁸⁷, enumera entre las relaciones financieras cuya transparencia ha de quedar garantizada la

¹⁸³ Dentro de la subvención de explotación distingue entre subvenciones oficiales a la explotación (cuenta 740) y *otras subvenciones a la explotación* (cuenta 741), en el grupo 7: *ventas e ingresos*, cuenta 74: *subvenciones a la explotación*.

¹⁸⁴ Sobre esta cuestión y desde una perspectiva estrictamente contable, vid. la respuesta del ICAC a la consulta relativa a las *subvenciones en televisiones públicas aportadas por sus socios* (BOICAC, 17), que considera el supuesto descrito en la consulta como una aportación de los socios para compensar pérdidas. Esta consulta se puede encontrar resumida en VARIOS: *Dudas, ejemplos...*, op. cit., pp. 155 a 156.

¹⁸⁵ *Memento práctico de contabilidad...*, op. cit., 680.

¹⁸⁶ Para CAÑIBANO LEANDRO («Contabilidad...», op. cit., pp. 101 a 104) aunque existen normas contables en España (AECA y PGC) que excluyen de los fondos propios del balance a las subvenciones de capital, «subsiste la duda sobre su consideración, cuando se acude a una definición conceptual de dicha magnitud contable». Por su parte, FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 34 a 36) analiza esta cuestión apuntando las partidas que, en caso de ser consideradas como recursos propios, deberían deducirse (p.e., *gastos de establecimiento y otros*).

¹⁸⁷ DOCE L 195, de 29.7.1980, p. 45. Artículo 3, letras a y f. Acerca de esta importantísima directiva, vid. *supra* apartado 5.3 del capítulo anterior.

«compensación de pérdidas de explotación» y «la compensación de las cargas impuestas por los poderes públicos».

Estos supuestos se han mostrado especialmente conflictivos en la práctica comunitaria en la medida en que pueden contener elementos de ayuda estatal. Así, la compensación de pérdidas ha sido el ejemplo típico de la posición privilegiada de la empresa pública frente a la privada en mercados competitivos¹⁸⁸, mientras que la compensación de cargas tiene que analizarse a la luz del artículo 86.2 CE y la gestión de *servicios de interés económico general*¹⁸⁹.

La aportación de capital para compensar pérdidas por parte del accionista público sin que esta aportación se refleje en la cifra de capital social no es una hipótesis infrecuente. El elemento más común en la práctica es que dichas aportaciones tengan como finalidad inmediata la de facilitar la ulterior privatización de la empresa, que resulta más atractiva para los inversores privados tras la reducción de sus deudas.

Responde claramente a este esquema el asunto *MTM/Ateimsa*¹⁹⁰, ya que con anterioridad a la venta el INI aportaba a MTM/Ateimsa una cantidad de 12.000 mlls ptas para cubrir pérdidas y aumentar el capital y pagaba 13.000 mlls ptas a un fondo de pensiones privado, cantidad que correspondía a las obligaciones de ambas empresas con los trabajadores jubilados anticipadamente. La Comisión admitió, sin embargo, la compatibilidad de estas ayudas al amparo de la excepción del artículo 87.3.c. CE.

¹⁸⁸ A propósito de este fenómeno y de sus consecuencias nos remitimos al expresivo fragmento de VILLAR PALASÍ, J. L.: «Tipología y Derecho...», op. cit., p. 162, reproducido en nota 140 del capítulo anterior.

¹⁸⁹ Acerca de esta cuestión, véase lo expuesto en el apartado 3.4. del capítulo primero de este trabajo.

¹⁹⁰ Decisión comunicada el 16 de mayo de 1989. Ayudas en favor de MTM/ATEIMSA, XIX IPC 1989, equipamiento ferroviario: España, apartado 196 ATEIMSA. Aprobación en abril, en virtud del artículo 92.3.c Tratado CE. vinculada a su privatización y a la venta a la francesa Alstom. A propósito de este asunto, vid. también RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 185.

2.2.2. La compraventa de acciones

La compraventa de acciones o participaciones sociales puede contener *elementos de ayuda de Estado*¹⁹¹. En efecto, la compra de acciones o participaciones sociales por un valor superior al de mercado puede beneficiar al vendedor o, en caso de valor inferior al de mercado, al comprador¹⁹². No todos estos supuestos de ayuda estatal pueden calificarse en rigor de aportaciones de capital, ya que en realidad se trata de un cambio de titularidad de los títulos negociados y de una transferencia de recursos que, aunque puede contener elementos de ayuda, cabría considerar como una simple subvención de la que se benefician el vendedor o el comprador, pero que no refuerza financieramente a la sociedad cuyos títulos se traspasan¹⁹³. Existe, no obstante,

¹⁹¹ Por ser ajeno al objeto directo de este estudio no abordaremos el tema de la posible existencia de elementos de ayuda de Estado en los casos de privatización de empresas públicas, en los que, aunque efectivamente se produce una venta de acciones o de participaciones sociales por parte de su titular público, no se trata en realidad de supuestos de ayuda estatal en forma de participación en el capital, que es la modalidad específica que aquí examinamos. Podemos señalar que, sin embargo, acerca de este tema la Comisión, tras haberlo abordado en diversas decisiones individuales, enunció unos principios generales que deben aplicarse para identificar el tipo de ayuda cuando el Estado procede a la venta de acciones (XXI IPC 1991, apartado 248) conforme a los cuales, no existe ayuda estatal cuando las participaciones se venden al mejor postor en un procedimiento abierto y sin condiciones. Con posterioridad, la propia Comisión ha ido desarrollando y matizando estas condiciones en diversos documentos. Cfr., entre otros, XXII IPC 1992, apartados 464 y 465 y, especialmente, la Comunicación *Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación* (DOCE C, 10.12.1994, p. 5), concretamente su apartado VI: *privatizaciones con arreglo a los artículos 92 y 93 del tratado y 61 del Acuerdo*. Asimismo, vid. también, entre otros, SHÜTTE, M., HIX, J. P.: «The Application of the EC State Aid Rules to Privatizations: The East German Example», en *CMLRev*, n° 32, 1995, pp. 215 a 248; EVANS, A.: *EC Law of State...*, op. cit., pp. 70 a 76; DEVROE, W.: «Privatization...», op. cit., pp. 267 a 306.

¹⁹² Es preciso aplicar un criterio análogo al que aquí se expone en el caso del canje de acciones en los supuestos de fusión por absorción, ya que se debe asegurar que en éste, se valoren adecuadamente las acciones o participaciones que entran en la operación, por cuanto su desproporción puede contener igualmente elementos de ayuda de Estado. Cfr. artículos 233.2° y 235.a) LSA, acerca de la fusión por absorción y el contenido mínimo del proyecto de fusión, respectivamente, así como las cautelas que respecto a la valoración de las aportaciones establece el artículo 236 del mismo cuerpo legal.

¹⁹³ No podemos desconocer, no obstante, que los elementos de ayuda estatal puedan repercutir indirectamente en la empresa cuyas acciones son objeto de compraventa, en el caso de ser reinvertidos por el accionista que los vende o que la presencia del inversor

una genuina aportación de capital en el caso de la compraventa de acciones propias de la empresa, puesto que el riesgo derivado de la compra de títulos de esta naturaleza se asume en la propia empresa beneficiaria de la ayuda.

En el supuesto de la compraventa de acciones o de participaciones de una tercera compañía puede apreciarse igualmente la existencia de ayuda estatal, aunque no suponga en sentido propio un supuesto de participación en el capital o de aportación de capital de riesgo, sino la aportación de la diferencia en más o en menos a favor del comprador o del vendedor.

La adquisición de acciones de una empresa no supone que ésta reciba capital nuevo, si exceptuamos la hipótesis del capital propio. En este contexto, el supuesto más común sería el de la adquisición de activos financieros que la empresa pudiera poseer en su cartera de valores. Tal operación podría implicar el otorgamiento de ayudas de Estado cuando, cumplidos los requisitos del artículo 87.1 CE, se verificara que la adquisición se realizó a un precio mayor de su valor de mercado, constituyendo el eventual elemento de ayuda la diferencia entre el precio pagado y su valor real¹⁹⁴.

Esta hipótesis se plantea en la Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson Multimedia¹⁹⁵, en la que se analiza la cesión al Estado francés de acciones de Crédit Lyonnais, propiedad de Thomson SA. En este expediente se examina la tasación de las acciones de Crédit Lyonnais a un precio de 306,7 FF en el momento de la compra a Thomson por parte del

público pueda reforzar la credibilidad de la empresa en la que adquiere o amplía su participación.

¹⁹⁴ La cuestión relativa a la valoración de las acciones aunque cotizasen en bolsa se planteó con motivo de la Decisión de 6 de abril de 1993, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno alemán a Hibeg y por Hibeg a Bremer Vulkan AG, a través de Krupp GmbH, para facilitar la venta de Krupp Atlas Elektronik GmbH a Bremer Vulkan AG por parte de Krupp GmbH (DOCE L 185, de 28.7.1993, p. 43), que sería posteriormente revisada por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 24 de octubre de 1996. República Federal de Alemania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG c. Comisión, asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Rec. 1996, p. I-5151, en especial apartados 23 a 39. Sobre esta misma cuestión, vid. *infra* capítulo quinto, apartado 3.2.2.

¹⁹⁵ DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31 y XXVII IPC 1997, apartado 217 .

Estado. A juicio de la Comisión y ante el deterioro del valor de dichas acciones, cuyo precio había ido descendiendo¹⁹⁶, el Estado francés tuvo aún la posibilidad de ver que la operación atentaba contra sus intereses patrimoniales y que convenía denunciarla, algo que habría sido posible puesto que era propietario de la mayor parte del capital de Thomson SA (76%), por lo que podía controlar completamente la empresa.

Para la Comisión, «en esta operación el Estado no ha intentado proteger su interés patrimonial (en sentido estricto) sino el de Thomson SA. La Comisión considera que, para calcular el valor normal de la transacción, es necesario, como mínimo, tomar como base de cálculo la cotización del certificado de inversión (CI) a 20 de mayo de 1996, fecha de la firma de la operación (164 francos franceses), que sería un 30% más baja que la del 31 de diciembre de 1994. Si seguimos el método propuesto por las propias autoridades, e incluso si aceptamos la prima de la acción sobre el CI del 30% fijada por las partes y confirmada por

¹⁹⁶ A este respecto, en la Decisión puede leerse lo siguiente: «En su respuesta, Francia subrayó los elementos siguientes. Las acciones CL que no se cotizan en bolsa fueron adquiridas por el Estado a Thomson SA con una sobrevaloración del 30% con relación al precio del certificado de inversión de Crédit Lyonnais a 31 de diciembre. La razón aducida para esta valoración fue la necesidad de cerrar las cuentas de Thomson SA del ejercicio 1995 con una transacción definitiva o con un compromiso de compra irrevocable. De este modo, en las cuentas del año 1995 se consignó una cantidad correspondiente a la minusvalía realizada por Thomson en esta cesión de títulos. Las autoridades francesas recordaron, por otro lado, que este precio fue el resultado de una negociación directa realizada por las dos partes, que se basaba en varios elementos de referencia. Aparte del valor del CI, mencionaron el múltiplo con relación al activo neto contable por acción de Crédit Lyonnais que, a 31 de diciembre de 1995, era igual, sobre la base del precio de cesión de 306,7 francos franceses por acción, a un 66%, frente al promedio del 80% al 100% de los demás bancos franceses comparables. Recordaron, además, que los aumentos de capital del Crédit Lyonnais de septiembre de 1993 y de julio de 1994 se habían realizado a un precio muy superior (880 y 774 francos franceses por acción, respectivamente), aunque en circunstancias que desde entonces han evolucionado. Francia observó, finalmente, que la prima de la acción sobre el CI utilizada en la operación (de un 30%, es decir, la diferencia entre 306,7 francos franceses y la cotización del CI a 31 de diciembre de 1995, 235 francos franceses) era inferior a la prima aplicada en las dos operaciones anteriormente mencionadas (40% a 45%) y a la prima utilizada por otras entidades comparables (43% a 56%). En su carta de 2 de septiembre de 1997, las autoridades francesas señalaron, por otro lado, que si la cotización del certificado de inversión era de 164 francos franceses el 20 de mayo, en el momento de la firma de la operación, el 12 de abril de 1996, momento de la conclusión del acuerdo entre el Estado y Thomson, era de 209 francos franceses y de 190 francos franceses el 17 de abril, día del anuncio público de la operación.

el informe especializado, a pesar de las dudas que inspira su cuantía, la cotización propuesta permite tasar el Crédit Lyonnais en 11.200 millones de francos franceses (...) superior al valor de dichas acciones...».

Sobre este punto la Decisión concluye que «(l)as medidas de ayuda concedidas por Francia a Thomson SA en forma de sobrevaloración del precio de compra de la participación de un 3,01% del capital de Crédit Lyonnais, propiedad de la empresa, constituyen una ayuda a efectos de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado y del apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo EEE» que, además, es ilegal e incompatible con el mercado común a efectos de los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado y de los apartados 2 y 3 del artículo 61 del Acuerdo EEE.

2.2.3. Préstamos participativos y subordinados

La concesión de préstamos u otros contratos de crédito con cláusulas de participación en beneficios o subordinación de rango constituyen modalidades habituales en la financiación de las empresas¹⁹⁷; por ello, no es extraño que en la práctica comunitaria sobre ayudas estatales en forma de participación en el capital la Comisión haya tenido que analizar la posible presencia de elementos de ayuda estatal en aportaciones de este tipo, cuando su origen pudiera reputarse de *estatal*.

Ambas figuras se introdujeron en nuestra legislación a través del RD-L 8/1983, de 30 de noviembre, *de reconversión y reindustrialización*, cuyo artículo 11 regulaba los préstamos participativos¹⁹⁸ junto a otras fórmulas para facilitar la reconversión y la reindustrialización que

Además, debe tenerse en cuenta que, como recoge la propia Decisión, el *desenlace material de la operación* no se produjo hasta comienzos de 1997 «como medida de precaución, puesto que el 18 de diciembre de 1996 la Comisión había incoado el presente procedimiento y que en febrero de 1997 las autoridades depositaron los fondos de la operación en una cuenta bloqueada».

¹⁹⁷ No debemos olvidar que tanto el pacto de participación en los beneficios como la postergación de rango, propia de la financiación subordinada, pueden incorporarse a otros contratos, además del contrato de préstamo, aunque sea ésta la hipótesis más frecuente. Para un análisis general de la retribución participativa y de la financiación subordinada, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 261 a 277 y 285 a 330).

¹⁹⁸ El legislador español siguió muy de cerca el modelo francés de la Ley 78/741, de 13 de julio de 1978, como destaca FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., p.

en aquella época se llevaba a cabo en España. En la actualidad, su regulación se encuentra contenida en el RD-L 7/1996, de 7 de junio de 1996¹⁹⁹, cuyo artículo 20 establece:

«Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil»²⁰⁰.

300). Las disposiciones del citado RD-L fueron reemplazadas por la Ley 27/1984, de 26 de julio, *sobre reconversión y reindustrialización*, que presenta sobre esta cuestión variaciones *prácticamente irrelevantes* (Cfr. GARCÍA VILLAYERDE, R.: «Préstamo participativo (Dº mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica...*, op. cit., pp. 5040 a 5044, especialmente p. 3040). Para un estudio de la primera regulación de esta figura en nuestro Derecho, vid. también: BROSETA PONT, M.: «Régimen de los préstamos participativos (El artículo 11 del RD-L 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización)», en *RDBB*, abril-junio, 1984, pp. 241 a 290; GARCÍA VILLAYERDE, R.: «Créditos participativos», en VARIOS: *Estudios de Derecho...*, op. cit., vol. II, pp. 1081 a 1123.

¹⁹⁹ BOE, nº 139, de 8.6.1996. Deroga las siguientes disposiciones: artículo 11 de la Ley 27/1984, de 26 de julio de 1984 y artículo 20 del Real decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre de 1995.

²⁰⁰ Con las consecuencias que expondremos más adelante, la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre, *de medidas fiscales urgentes sobre corrección*

Dos. Los intereses devengados tanto fijos como variables de un préstamo participativo se considerarán partida deducible a efectos de la base imponible del impuesto de sociedades del prestatario».

Como advierte García Villaverde²⁰¹, si en su regulación anterior se había podido sostener con carácter general su carácter de contrato parciario²⁰², con su nueva regulación la *participación en los beneficios* ha desaparecido como elemento legal del contrato, con lo que, a pesar de que continúe llamándose *participativo*, ha quedado convertido en un *mutuo con interés variable*, desapareciendo toda similitud entre la posición jurídica del socio y la del prestamista²⁰³.

La vigente regulación de los préstamos participativos, al igual que la de 1983, presenta como particularidad más importante su consideración como deuda subordinada; esta consideración resulta muy importante para las empresas prestatarias, puesto que les permite obtener otros créditos no subordinados, lo que les atribuye una consideración similar a la de los fondos propios²⁰⁴.

La consideración de los fondos aportados mediante un préstamo como fondos propios a efectos de determinar la solvencia financiera de la sociedad ha constituido una de las cuestiones más polémicas de su regulación²⁰⁵, a la que trata de dar respuesta su nueva regulación intro-

de la doble imposición interna intersocietaria y sobre incentivos a la internacionalización de las empresas, bajo la rúbrica de *consideración mercantil de los préstamos participativos*, presenta una nueva redacción al apartado d de este artículo, que es la que hemos incorporado ya al texto.

²⁰¹ GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Créditos participativos», en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones del mercado financiero*, vol. II, 1999, pp. 657 a 678.

²⁰² Cfr. GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Préstamo participativo (Dº mercantil)», op. cit., p. 3041.

²⁰³ GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Créditos...», op. cit., pp. 660 y 661. Para este autor se mantendría la denominación de *participativo* como consecuencia de la confusión entre la variabilidad del interés por referencia a la evolución de la empresa y la participación en los beneficios.

²⁰⁴ Ello obedece, como subraya GARCÍA VILLAVERDE («Créditos...», op. cit., p. 662), al hecho de que al subordinar el crédito se presta una garantía suplementaria a otros acreedores, que van a cobrar antes que los subordinados, que se añade a la que deriva del patrimonio social. En la práctica, sin embargo, se da el caso de que el prestamista exige una garantía adicional de un tercero, que puede pertenecer al mismo grupo del prestatario.

²⁰⁵ En relación con esta cuestión sobre redacción de 1983 puede verse el comentario de GARCÍA VILLAVERDE («Créditos...», op. cit., p. 666 a 675), cuyo análisis vamos a omi-

ducida en 1996. En efecto, la redacción originaria del apartado d del artículo 20 del RD-L 7/1996, de 7 de junio de 1996, establecía al efecto que «los préstamos participativos tendrán la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil». Las dudas suscitadas por esta aseveración y la consiguiente *consideración mercantil de los préstamos participativos* motivó que el legislador decidiera aclarar la cuestión dando una nueva redacción a dicho apartado²⁰⁶: «los préstamos participativos se considerarán patrimonio contable a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil». Esta nueva redacción viene a aclarar, como subraya García Villaverde²⁰⁷, que en realidad no se trata de considerarlos como fondos propios a todos los efectos mercantiles, sino «patrimonio contable», y sólo a los efectos de reducción del capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil»²⁰⁸.

El problema más importante que suscita la aportación de capital de crédito se presenta cuando el prestamista es uno de los socios de la empresa prestataria o una de las empresas del grupo, ya que se pudiera tratarse de un supuesto de *infracapitalización nominal*²⁰⁹. Esta cuestión se ha presentado en la práctica comunitaria con motivo del complejo expediente en que se analizaba la posible existencia de elementos de ayuda de Estado de la Freie und Hansestadt Hamburg (Ciudad de Hamburgo) a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke (GmbH)²¹⁰.

tir aquí, para centrarnos, siguiendo a este autor, en los problemas suscitados por su regulación a partir de 1996.

²⁰⁶ Vid. nota 197.

²⁰⁷ GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Créditos...», op. cit., p. 668.

²⁰⁸ Este es el criterio que mantiene el ICAC en su Resolución de 20 de diciembre de 1996 (BOE, n° 54 de 4.3.1997). Un análisis de esta resolución puede verse en GARCÍA VILLAVERDE («Créditos...», op. cit., pp. 671 a 673). Vid. también CAÑIBANO LEANDRO, L.: «Contabilidad...», op. cit., pp. 92 a 95, en particular p. 95 y RICO PÉREZ, E.: «Pasivos financieros...», op. cit., pp. 16 y 17.

²⁰⁹ A propósito de la infracapitalización nominal, vid. GUASCH MARTORELL, R.: «La doctrina de la infracapitalización...», op. cit., pp. 1489 a 1514, y ALCOVER GARAU, G.: «Préstamo de socio a sociedad: la infracapitalización de las sociedades de capital y el negocio en fraude de la Ley», en *RdS*, n° 9, 1997, pp. 294 a 296. *Supra* nota 51 de este capítulo.

²¹⁰ Decisión de 31 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado concedida por

La concesión de préstamos participativos no es una modalidad infrecuente en la aportación de capital por parte de las autoridades públicas, siendo por ello numerosas las decisiones que aluden a esta forma de financiación, a menudo combinándola con otras modalidades de intervención financiera. Se pueden citar al respecto, las Decisiones *Balamundi*²¹¹, *Chapelle Darblay (I)*²¹², *Isoroy y Pinaud*²¹³, *Pechiney*²¹⁴, *Maxhütte (I)*²¹⁵, *Donnay*²¹⁶, *EKO Stahl AG*²¹⁷, *Stahl GmbH*²¹⁸ y *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (II)*²¹⁹.

Tampoco es infrecuente la concesión de préstamos con cláusula de subordinación. En la práctica comunitaria encontramos esta figura al

la Freie und Hansestadt Hamburg a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH, Hamburg (DOCE L 78, de 28.3.1996, pp. 31 y ss.).

²¹¹ Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales, asunto *Balamundi* (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18).

²¹² Decisión de 28 de septiembre de 1984, relativa a la ayuda concedida entre 1981 y 1982 en forma de préstamos participativos por un importe de 200 mills FF por el Gobierno francés a una empresa del sector papelero (DOCE L 273, de 16.10.1984, p. 26). Ayuda incompatible. Existe un segundo asunto en relación con la misma empresa (Asunto *Chapelle Darblay II*), al que alude el *XIV IPC 1984* (incoación, p. 251), que se trata de una ayuda adicional a la que constituyó el primer expediente, que es finalmente concluido por la Comisión considerando la ayuda compatible, conforme a la excepción de la letra c del apartado 3, del artículo 92 (*XVI IPC 1986*, apartado 243).

²¹³ Decisión de 9 de diciembre de 1987, relativa a las ayudas del Gobierno francés en el sector de la transformación de la madera (*Isoroy y Pinault*) (DOCE L 119, de 7.5.88, p. 38). A propósito de este asunto, vid. también RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 149.

²¹⁴ Decisión de 3 de febrero de 1988, relativa a la ayuda del Gobierno francés a la Sociedad *Pechiney* que produce principalmente aluminio (DOCE L 121, de 11.5.1988, p. 57).

²¹⁵ Decisión comunicada el 1 de agosto de 1988. Intervención estatal en la creación de la empresa *Maxhütte Neue* (land de Baviera) productora de tubos. Inexistencia de elementos de ayuda en el sentido de los Tratados CECA y CEE.

²¹⁶ *XX IPC 1990*. Artículos deportivos. Bélgica, apartado 279.

²¹⁷ Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Alemania tiene previsto conceder a la empresa siderúrgica *EKO Stahl AG*, *Eisenhüttenstadt* (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 45).

²¹⁸ Comunicación relativa a la ayuda otorgada por Alemania a *Stahl GmbH*, *Eisenhüttenstadt* (DOCE C 274, de 1.10.1994, p. 3).

²¹⁹ Decisión (II) de 18 de octubre de 1995, relativa a una ayuda del Estado Federado de Baviera a la empresa siderúrgica *CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH*, *Sulzbach-Rosemberg* (DOCE L 53, de 2.3.1996, p. 41).

menos en la decisión adoptada en relación con la compañía holandesa DAF²²⁰, en el asunto *Avenir Graphique*²²¹ o en el caso *SA Duferco*²²².

2.3. Las denominadas aportaciones negativas

Por paradójico que pueda parecer, también cabe plantearse la presencia de ayudas de Estado en supuestos en los que los socios, lejos de aportar capital nuevo permiten que éste se reduzca o se abstengan de retirar los beneficios. Son las llamadas *aportaciones negativas*, entre las que podemos considerar la renuncia a los beneficios o la aprobación de la reducción de capital.

La Directiva sobre *transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas* incluye en el artículo 3.d «la concesión de ventajas financieras en forma de no percepción de beneficios o de no recuperación de créditos²²³» y en la letra e del artículo 3.a enumera entre las medidas cuya transparencia se debe garantizar «la renuncia a la remuneración normal de los fondos propios comprometidos».

A su vez, la Comisión ha llegado a reconocer en algún documento²²⁴ que la reducción de capital o de reservas puede constituir una

²²⁰ Decisión de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por la región flamenca de Bélgica al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 31). Incluye aportación de capital y préstamo subordinado. Existe una segunda Decisión, también de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por los Países Bajos al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 37) que incluye sólo aportación de capital.

²²¹ Comunicación del expediente abierto a la ayuda concedida por el Gobierno francés a la empresa del sector de las artes gráficas Avenir Graphique (DOCE C 309, de 21.11.1995, p. 4). Sobre la incoación del expediente, cfr. DOCE C 85, de 22.3.1994.

²²² Comunicación por la que Comisión informó al Gobierno belga de que había decidido que la intervención financiera de Bélgica en favor la empresa SA Duferco no contuviera elementos de ayuda, de acuerdo con el apartado 2 del artículo primero del llamado Código de ayudas a la siderurgia (DOCE C 20, de 22.1.1998, p. 3).

²²³ En este punto seguiremos las reflexiones contenidas en COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *The Measurement of the Aid Element of State Participation in Company Capital Federal Republic of Germany, Deadline. A Frontier-Free Europe*, Bonn, junio, 1988, pp. 22 y 23.

²²⁴ Cfr. COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *The Measurement...*, op. cit., p. 24. En este estudio se mencionan también las pérdidas derivadas del mantenimiento de precios inferiores a los de mercado, que constituyen en realidad, como se destaca en el

«inyección de capital negativa» en aquellos casos en que el Estado-propietario, a pesar de no aportar nuevo capital, permite que una empresa continúe su actividad incrementando sus pérdidas de modo que progresivamente consuman su capital²²⁵, ignorando incluso en la práctica el deber legal de proceder a la reducción de capital²²⁶.

La Comisión enmarca esta hipótesis extrema dentro del supuesto más general de renuncia a beneficios o dividendos que, aunque no constituyen supuestos de tomas de participación de capital, derivan lógicamente de la condición de socio o de accionista.

2.4. La suscripción de híbridos financieros

Para finalizar la exposición de las diferentes modalidades de aportación de capital en las que cabe apreciar la posible existencia de ayudas de Estado, vamos a detenernos brevemente en el instrumento de los híbridos financieros, partiendo de la distinción ya apuntada²²⁷ entre híbridos de capital, híbridos de deuda y *warrants*²²⁸.

2.4.1. Los híbridos de capital

Estos instrumentos se caracterizan básicamente por ser acciones y, por tanto, contribuir a configurar la cifra de capital social, aunque careciendo de alguna de sus características esenciales, que se compensan,

trabajo citado, una subsidiación a los clientes por la vía de la disminución de la tasa de retorno de los recursos propios.

²²⁵ A título simplemente de ejemplo, puede citarse la Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales, asunto Balamundi (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18), en la que la Comisión reconoce que el capital de la empresa había sido totalmente agotado por las deudas.

²²⁶ Cfr. artículos 163 y 168 LSA.

²²⁷ *Supra* apartado 1.4 de este capítulo.

²²⁸ A pesar de que a efectos expositivos hemos optado por la clasificación de los híbridos en híbridos de capital, de deuda y *warrants*, nos referiremos también a la clasificación sistemática que efectúa FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit, pp. 117 y 118). Para la redacción de esta apartado y, sin perjuicio de los estudios particulares utilizados, hemos partido principalmente del estudio de FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 147 y ss.), complementado con el *Memento práctico sociedades...*, op. cit., pp. 586 a 628.

desde una perspectiva financiera, con otras características propias. En concreto, nos centraremos en las acciones sin voto, en las acciones rescatables y en las «acciones con interés».

2.4.1.1. El denominado capital mudo: las acciones sin voto

Dentro de los híbridos financieros en los que se produce una disociación entre propiedad y gestión se encuentra la figura del denominado por la doctrina francesa *capital mudo*²²⁹, cuyo supuesto más típico está representado por las acciones sin voto²³⁰.

Este tipo de acciones responde básicamente a la necesidad de ofrecer a las sociedades anónimas, especialmente a las grandes sociedades anónimas, la posibilidad de captar recursos financieros de pequeños ahorradores y de accionistas, atraídos por la mayor remuneración, aunque sea a costa de una merma de derechos políticos por lo general más teóricos que reales para los mismos en estas sociedades²³¹.

Como destaca Sánchez Calero²³², la regulación de las acciones sin voto fue una novedad de la LSA en su redacción de 1989²³³, cuya introducción se debió en buena medida al propósito de seguir el ejemplo de otros países en los que estas acciones habían surgido con la intención de atraer la participación en la financiación del capital de las socieda-

²²⁹ En relación con esta categoría conceptual, nos remitimos con carácter general a FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., especialmente pp. 117 y 193 a 220), quien también analiza, además del caso francés, los *certificati di partecipazioni* italianos y los *bonos de disfrute* del Derecho alemán.

²³⁰ Para una visión general de esta figura, vid. SAGASTI AURREKOETXEA, J. J.: *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y valores*, Civitas, 1997.

²³¹ Con carácter general sobre el gobierno de las grandes sociedades, vid. TAPIA HERMIDA, A. J.: «Los accionistas y el gobierno de las sociedades cotizadas. Observaciones a la vista de algunas crisis financieras recientes», en VARIOS: *Estudios jurídicos en...*, op. cit., pp. 2543 a 2563.

²³² SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., p. 325.

²³³ La LSA, en su redacción de 1989 dedica a la regulación de las acciones sin voto la sección quinta del capítulo IV (artículos 90 a 92), cuya redacción ha sido modificada por la Ley 37/1998, de 16 noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, que da una nueva redacción a los apartados 1 de los artículos 91 y 92, y adiciona un apartado 4 al artículo 91. Posteriormente, la Disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 50/1998, modifica de nuevo la redacción de los apartados 1 y 4 del artículo 91 LSA.

des anónimas, especialmente las cotizadas, a potenciales socios que, no estando especialmente interesados en participar en su gestión, encontrarían más atractiva la posición de accionista privilegiado que la de obligacionista.

Estas acciones, a pesar de carecer del derecho de voto y eventualmente también del derecho de suscripción preferente²³⁴, que sustituyen por la atribución de un mayor contenido de derechos económicos, son verdaderas acciones, que atribuyen a sus titulares la condición de socios²³⁵. Nuestra legislación mercantil prevé únicamente que sean las sociedades anónimas las que puedan emitir las «por un importe nominal no superior a la mitad del capital social desembolsado»²³⁶.

A sus suscriptores se les reconoce el derecho a percibir un dividendo anual mínimo, fijo o variable, según prevean los estatutos sociales, cuyo importe deberá ser acordado por la junta general siempre que existan beneficios distribuibles²³⁷ y a este derecho principal se une el de no quedar afectadas en caso de reducción del capital por pérdidas, cualquiera

²³⁴ Cuando se trate de sociedades cotizadas. Cfr. artículo 159 LSA, en su nueva redacción dada por la Ley 37/1998, de 16 noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores (este precepto también ha sido modificado por la Disposición adicional trigésimo cuarta de la Ley 50/1998. En este sentido, vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la acción en general», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., *Curso...*, op. cit., tomo I, pp. 815 a 837, en especial p. 932.

²³⁵ URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la acción...», op. cit., p. 832.

²³⁶ Artículo 90 LSA.

²³⁷ El apartado 1 del artículo 91 LSA, en su redacción dada por la Ley 50/1998, dispone al respecto que: «Los titulares de acciones sin voto tendrán derecho a percibir el dividendo anual mínimo fijo o variable, que establezcan los estatutos sociales. Una vez acordado el dividendo mínimo, los titulares de las acciones sin voto tendrán derecho al mismo dividendo que corresponda a las acciones ordinarias. Existiendo beneficios distribuibles, la sociedad está obligada a acordar el reparto del dividendo mínimo a que se refiere el párrafo anterior. En caso de sociedades no cotizadas, de no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las acciones sin voto tendrán derecho en igualdad de condiciones que las acciones ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas».

Desde el punto de vista contable, el compromiso de un dividendo mínimo se considera una contingencia y no un pasivo, y como tal se debe hacer constar en la correspondiente nota informativa de la memoria. En este sentido, vid. CAÑIBANO LEANDRO, L.: «Contabilidad...», op. cit., p. 102.

que sea la forma en la que se realice, hasta el momento en que se supere el valor nominal de las demás acciones, así como la preferencia, respecto a los demás accionistas, para recibir en caso de liquidación la cuota de liquidación correspondiente²³⁸.

2.4.1.2. Las acciones rescatables

Entre los *híbridos por la duración*²³⁹, junto a las denominadas obligaciones perpetuas a las que haremos referencia más adelante²⁴⁰, ocupan un lugar singular las denominadas *acciones rescatables, redimibles* o, en la terminología de la Segunda Directiva sobre sociedades, *recuperables*²⁴¹.

En efecto, la Segunda Directiva sobre sociedades²⁴² contempla la posibilidad de emitir estos valores que, como apunta García-Cruces²⁴³, gozan de gran tradición en el Derecho anglosajón²⁴⁴, al tomar como modelo las *redeemable preferent shares* del Derecho inglés. Su inclusión en dicha Directiva se efectuó sin carácter imperativo²⁴⁵, si bien los

²³⁸ Acerca de esta cuestión, vid. por todos SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., p. 326.

²³⁹ Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 260.

²⁴⁰ *Infra*, apartado 2.4.1.2.a.

²⁴¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «Acciones rescatables», en *La Ley*, n.º 4874, de 26.6.1999, pp. 1 a 8, especialmente p. 1.

²⁴² Cfr. artículo 20.1.a en relación con los artículos 19 y 39 de la Directiva 71/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, relativa a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital (DOCE L 26, de 30.1.1977, p. 1). A este respecto, vid. GARCÍA VILLAVERDE, R.: «La constitución...», op. cit., pp. 265 y 266.

²⁴³ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Acciones rescatables», en *La Ley*, n.º 4802, de 24.5.1999, pp. 1 a 11, en concreto p. 1.

²⁴⁴ Para un estudio comparado de esta figura en otros ordenamientos, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Las acciones rescatables o redimibles», en *La Ley*, 1990-4, pp. 1164 a 1177, en especial pp. 1165 a 1167, y del mismo autor, *El fortalecimiento...*, pp. 230 a 260 y 232 a 236.

²⁴⁵ El artículo 39 de dicha Directiva dispone al efecto que: «Cuando la legislación de un Estado miembro autorice a las sociedades a emitir acciones recuperables, exigirá para la recuperación de estas acciones al menos el respeto de las siguientes condiciones: a) la recuperación deberá estar autorizada por los estatutos o por la escritura de constitución antes de la suscripción de las acciones recuperables; b) estas acciones deberán ser enteramente liberadas; c) las condiciones y las modalidades de recuperación serán fijadas por los estatutos o por la escritura de constitución; d) la recuperación sólo podrá tener lugar con la ayuda de las sumas distribuibles de conformidad con el apartado 1 del artículo 15, o del

Estados miembros que decidan incorporar su regulación deberán tener en cuenta las pautas mínimas contenidas en ella²⁴⁶.

Las acciones rescatables constituyen una novedad relativa²⁴⁷ en nuestro Derecho de sociedades, siendo reguladas por primera vez por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, la cual crea una nueva sección (la VI) en el capítulo IV de la LSA, bajo el epígrafe «*de las acciones rescatables*», integrada por los artículos 92 *bis* y *ter*, en los que se regulan respectivamente su emisión²⁴⁸ y las condiciones de su autorización²⁴⁹.

producto de una nueva emisión efectuada con miras a esta recuperación; e) deberá incorporarse un importe igual al valor nominal o, a falta de valor nominal, al valor contable de todas las acciones recuperadas en una reserva que, salvo en casos de reducción del capital suscrito, no podrá ser distribuida entre los accionistas; esta reserva sólo podrá ser utilizada para aumentar el capital suscrito por incorporación de reservas; f) no se aplicará la letra e) cuando la recuperación tenga lugar con la ayuda del producto de una nueva emisión efectuada con miras a esta recuperación; g) cuando, como consecuencia de la recuperación, se hubiera previsto el abono de una prima a favor de los accionistas, el valor de esta prima sólo podrá ser deducido de las sumas distribuibles de conformidad con el apartado 1 del artículo 15, o de una reserva distinta de la prevista en la letra e), que, salvo en casos de reducción del capital suscrito, no podrá ser distribuida entre los accionistas; esta reserva solamente podrá ser utilizada para aumentar el capital suscrito por incorporación de reservas, para cubrir los gastos mencionados en la letra j) del artículo 3, o los gastos de emisiones de acciones o de obligaciones, o para efectuar el pago de una prima a favor de los poseedores de las acciones o de las obligaciones a recuperar; h) la recuperación será objeto de una publicidad efectuada según las formas previstas por la legislación de cada Estado miembro de conformidad con el artículo 3 de la Directiva 68/151/CEE».

²⁴⁶ Como señala GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ («Las acciones...», op. cit., p. 1), estas disposiciones van a tener una importancia indiscutible para colmar las lagunas con las que el legislador español ha acometido su regulación.

²⁴⁷ La regulación de estas acciones trató de incorporarse sin éxito en la reforma de 1989. Su régimen jurídico se contenía en el artículo 47 del Anteproyecto de Ley de 1987, que fue finalmente suprimido. A propósito de este primer intento de regulación, con una encendida defensa de su necesaria admisión, véase el ya citado estudio de 1990 de FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Las acciones rescatables...», op. cit., especialmente pp. 1167 y ss.

²⁴⁸ Artículo 92 *bis*. *Emisión de acciones rescatables*: «1) Las sociedades anónimas cotizadas podrán emitir acciones que sean rescatables a solicitud de la sociedad emisora, de los titulares de estas acciones o de ambos, por un importe nominal no superior a la cuarta parte del capital social. En el acuerdo de emisión se fijarán las condiciones para el ejercicio del derecho de rescate; 2) Las acciones rescatables deberán ser íntegramente desembolsadas en el momento de la suscripción; 3) Si el derecho de rescate se atribuye exclusivamente a la sociedad, no podrá ejercitarse antes de que transcurran tres años a contar desde la emisión».

²⁴⁹ Artículo 92 *ter*. *Amortización de acciones rescatables*: «1) La amortización de las acciones rescatables deberá realizarse con cargo a beneficios o a reservas libres o con el

Estas acciones son básicamente aquéllas que se emiten para ser rescatadas o amortizadas por la sociedad que las emite en unas condiciones predeterminadas y que han de establecerse de antemano en los estatutos²⁵⁰.

2.4.1.3. Las acciones con interés

En el ámbito financiero es habitual distinguir entre títulos de renta fija (obligaciones) y títulos de renta variable (acciones) atendiendo al hecho de que sus retribuciones típicas sean el interés o el dividendo. La aleatoriedad de la percepción del dividendo convierte a las acciones en un título de renta variable, puesto que su reparto depende del hecho de que la compañía obtenga beneficios distribuibles. Por el contrario, las obligaciones se caracterizan por conferir a su titular, en su condición de acreedor, el derecho a percibir un interés, sin perjuicio de las denominadas *obligaciones con interés nulo o cupón cero*, en las que el rendimiento del préstamo se obtiene por medio de la plusvalía o diferencia entre el precio de suscripción y el de amortización²⁵¹.

producto de una nueva emisión de acciones acordada por la junta general con la finalidad de financiar la operación de amortización; 2) Si se amortizaran estas acciones con cargo a beneficios o a reservas libres, la sociedad deberá constituir una reserva por el importe del valor nominal de las acciones amortizadas; 3) En el caso de que no existiesen beneficios o reservas libres en cantidad suficiente ni se emitan nuevas acciones para financiar la operación, la amortización sólo podrá llevarse a cabo con los requisitos establecidos para la reducción de capital social mediante devolución de aportaciones». Para un estudio detallado de estas condiciones, vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 327 y 328; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la acción en general», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 815 a 837, en concreto pp. 834 y 835; LOJENDIO OSBORNE, I.: «La acción. Los derechos del socio», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, op. cit., pp. 242 a 260, en especial p. 257; *Memento práctico sociedades mercantiles...*, op. cit., pp. 592 a 596; y los artículos monográficos ya citados.

²⁵⁰ En este sentido, como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA («Las acciones rescatables», op. cit., p. 1), frente al carácter indefinido que por principio caracteriza a las aportaciones sociales que integran el capital social, las acciones rescatables incorporan una aportación *ad tempus*, que será fatalmente restituida con el ejercicio de la facultad de rescate, en los momentos y condiciones que hayan sido previamente definidos.

²⁵¹ Sobre los distintos tipos de cupones (vencido, anticipado, variable indiciado y cero), vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: las obligaciones», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 984 y 985.

Desde esta óptica, cabe admitir la posibilidad de títulos *híbridos por la retribución*²⁵² que, desde la perspectiva del capital, vendría marcada por la fijeza en la retribución y cuyo ejemplo más característico serían las *acciones con interés*, y, desde la perspectiva de la deuda, las denominadas *obligaciones participativas*²⁵³, en las que el interés fijo se sustituye por la aleatoriedad de la retribución, lo que implica la asunción por el obligacionista del riesgo de la empresa deudora.

La cuestión más interesante que suscitan en nuestro Derecho las acciones con interés es la de su admisibilidad, puesto que mientras nuestra LSA establece en su artículo 50.2 la invalidez de la creación de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma en la que se denominen²⁵⁴, la Segunda Directiva admite expresamente en su artículo 15.1, apartados a y d, la retribución de las acciones mediante el pago de intereses, que en todo caso queda sometido a las mismas condiciones que el pago de dividendos²⁵⁵.

De manera unánime la doctrina ha venido rechazando la existencia de una verdadera contradicción entre el Derecho español y el comunitario en este punto y ha abogado en favor de una adecuada lectura de ambos preceptos, lo que permitiría afirmar que son complementarios²⁵⁶.

Sobre las distintas clases de obligaciones, vid. también FERRANDIER, R., KOEN, V.: «Marchés de capitaux...», op. cit., pp. 223 a 236.

²⁵² Con carácter general a propósito de los *híbridos por la retribución*, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 261 a 286.

²⁵³ Sobre las obligaciones participativas, vid. *infra* apartado 2.4.1.2.b.

²⁵⁴ Para su concepto, admisibilidad y regulación, vid. con carácter general, FERNÁNDEZ DEL POZO (*El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 277 a 279) y *Memento práctico sociedades mercantiles...*, op. cit., pp. 596 a 599. El artículo 50.2. LSA señala que «no es válida la creación de acciones con derecho a percibir un interés, cualquiera que sea la forma de su determinación, ni la de aquéllas que de forma directa o indirecta alteren la proporcionalidad entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el derecho de suscripción preferente».

²⁵⁵ Artículo 15: «1.a) Aparte de los casos de reducción del capital suscrito, no podrá hacerse distribución alguna entre los accionistas cuando, en la fecha del cierre del último ejercicio, el activo neto resultante de las cuentas anuales sea, o fuese a ser, como consecuencia de una distribución, inferior al importe del capital suscrito aumentado con las reservas que la ley o los estatutos no permitieran distribuir; (...); d) el término “distribución”, tal como figura en las letras a) y c), englobará, en particular, el abono de dividendos y el de intereses relativos a las acciones».

²⁵⁶ A propósito de su admisión en el Derecho comparado, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 277 a 279.

El legislador ha dado carta de naturaleza a esta interpretación al introducir la regulación de los dividendos preferentes en el apartado 3 del artículo 50 LSA²⁵⁷, reconduciendo en definitiva esta figura (las *acciones con interés*) a la de las *acciones con dividendo garantizado*, como una modalidad dentro de las *acciones privilegiadas*²⁵⁸.

2.4.2. Los híbridos de deuda

Dentro de los denominados «híbridos de deuda» analizaremos las obligaciones perpetuas, las obligaciones participativas y las obligaciones subordinadas.

2.4.2.1. Las obligaciones perpetuas

La duración o el plazo de los valores es también uno de los criterios más comunes de distinción entre acciones y obligaciones. Mientras que la acción se identifica con la estabilidad y la permanencia, la obligación presupone, aún para plazos de amortización muy dilatados, la existencia de una fecha de vencimiento, llegada la cual el derecho deviene exigible y se extingue mediante el pago. Desde esta perspectiva, las *obligaciones perpetuas*²⁵⁹ vendrían a constituir una modalidad de deuda

²⁵⁷ La Ley 37/1998, de 16 noviembre, de reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, a través de su disposición adicional 15.1, añade un apartado 3 al artículo 50, conforme al cual: «3) Cuando el privilegio consista en el derecho a obtener un dividendo preferente, la sociedad estará obligada a acordar el reparto del dividendo si existieran beneficios distribuibles.

Los estatutos habrán de establecer las consecuencias de la falta de pago total o parcial del dividendo preferente, si éste tiene o no carácter acumulativo en relación a los dividendos no satisfechos, así como los eventuales derechos de los titulares de estas acciones privilegiadas en relación a los dividendos que puedan corresponder a las acciones ordinarias. Éstas no podrán en ningún caso recibir dividendos con cargo a los beneficios de un ejercicio, mientras no haya sido satisfecho el dividendo privilegiado correspondiente al mismo ejercicio.

El mismo régimen establecido en el párrafo primero del presente apartado será aplicable a las sociedades no cotizadas, salvo que sus estatutos dispongan otra cosa».

²⁵⁸ Sobre esta figura, vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: la acción en general», en URÍA, MENÉNDEZ: *Curso de Derecho...*, op. cit., pp. 825 y 826, y SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, pp. 324 y 325.

²⁵⁹ Respecto a estas obligaciones, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 222 a 227 y *Memento práctico sociedades mercantiles...*, op. cit., pp. 600 a 603.

que tendría las características de permanencia y de estabilidad propias de los recursos propios.

En atención a su plazo, es posible distinguir entre obligaciones reembolsables a plazo fijo y obligaciones amortizables por sorteo en el transcurso de varias anualidades. Frente a estas obligaciones, las denominadas *perpetuas* son aquéllas que carecen de un plazo establecido de amortización. Dicha incertidumbre con respecto al plazo puede obedecer a un doble motivo, lo que nos obliga a distinguir entre las *obligaciones perpetuas propias*, que son las que carecen de plazo alguno de amortización ya que no se contempla en ningún caso tal posibilidad, y las *obligaciones perpetuas impropias*, que son aquéllas en las que la incertidumbre acerca de la fecha de amortización no resulta de la voluntad de las partes de dar a su relación un carácter intemporal. Estas obligaciones contemplan y aceptan la amortización, con la única particularidad de que las partes han renunciado a precisar la fecha de dicha amortización (amortización de fecha fija) o los términos en los que la fecha podrá ser fijada (amortización cierta de fecha incierta)²⁶⁰.

En nuestro Derecho, las obligaciones perpetuas propias no son admisibles en la medida en que tradicionalmente se ha rechazado la posibilidad de que las partes puedan pactar negocios de duración ilimitada; sin embargo, sí son admisibles las obligaciones sin término cierto de amortización, siempre que las partes hayan pactado la posibilidad de proceder a dicha amortización, a petición de cualquiera de ellas²⁶¹.

2.4.2.2. Las obligaciones participativas

Las obligaciones participativas son obligaciones caracterizadas por vincular al obligacionista con el riesgo económico de la sociedad que las emite al poner en relación su retribución a los resultados sociales (beneficios), sin perder por ello su condición de acreedor de la sociedad. Es justamente este dato el que las caracteriza como instrumentos financieros híbridos (de deuda), en la medida en que su base jurídica

²⁶⁰ A propósito de esta distinción, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 222 y 223, y *Memento práctico sociedades mercantiles...*, op. cit., p. 600.

²⁶¹ *Memento práctico sociedades mercantiles...*, op. cit., p. 602.

(obligación) se separa del fundamento económico-financiero tradicionalmente asimilado a ella; en vez de ser un simple acreedor de la sociedad, ajeno a su gestión, el titular de obligaciones participativas tiene un interés en la gestión social que lo aproxima a la posición del accionista, ya que los resultados económicos de dicha sociedad afectan a su retribución y, por tanto, a la rentabilidad de su inversión. Ambos rasgos (interés en la gestión social y participación en los beneficios) son típicos del accionista, estando también presentes en el titular de obligaciones participativas.

Las obligaciones participativas (o con cláusula de participación) pueden definirse como aquéllas cuyo rendimiento se vincula en mayor o en menor medida a los resultados económicos de la empresa emisora o de otra diferente mediante un índice de variabilidad referido a alguno de los elementos que reflejan o condicionan dichos resultados²⁶².

La vinculación entre la retribución del obligacionista y los resultados económicos de la empresa puede obedecer a criterios diferentes, según que se establezca en la emisión o en fecha posterior, que se vincule a los resultados económicos de la emisora o de una tercera sociedad, que derive únicamente de los rendimientos o que se prevea un interés mínimo fijo, etc.

Por lo que se refiere a nuestro Derecho, aun cuando la regulación de los préstamos participativos no contempla expresamente la posibilidad de que el prestatario emita obligaciones con cláusula de participación en beneficios, dicha posibilidad se considera implícita en la admisibilidad de aquéllos, por cuanto el término préstamo se emplea en su sentido económico, admitiendo cualquier instrumentación jurídica²⁶³.

2.4.2.3. Las obligaciones subordinadas

La financiación subordinada²⁶⁴ permite a las sociedades incrementar los recursos considerados como parte del capital riesgo (recursos pro-

²⁶² A propósito de las diferencias entre las *obligaciones participativas* y las *obligaciones con cláusula de revalorización o revisables*, véase *Memento práctico sociedades ...*, op. cit., pp. 603 y 604.

²⁶³ En este sentido, vid. *supra* apartado 2.2.3 (*préstamos participativos y subordinados*).

²⁶⁴ Para un estudio general de la financiación subordinada, vid. FERNÁNDEZ DEL

pios) al subordinar o postergar su rango crediticio respecto de todas las demás deudas sociales, con lo que el acreedor subordinado participa del riesgo empresarial, a pesar de no tener la condición de socio. Esta participación en el riesgo empresarial permite calificar a la financiación subordinada como un auténtico híbrido financiero, ya que su naturaleza jurídica (préstamo a la sociedad) no se corresponde íntegramente con la finalidad económica satisfecha (la financiación subordinada forma parte o se computa como fondos propios sociales).

Desde una perspectiva general, se puede definir a la financiación subordinada como aquella financiación que, por quedar sujeta legal o voluntariamente a una cláusula de subordinación, sufre una postergación en el rango de prelación de créditos, de la que deriva que en determinadas circunstancias el reembolso de dichos créditos se supedita al desembolso previo e íntegro de las restantes deudas sociales, con la excepción de las que deriven directa o indirectamente del contrato de sociedad. Estas características hacen de la financiación subordinada un instrumento especialmente útil en los supuestos de crisis empresarial o de infracapitalización de las compañías, como alternativa al aumento de capital²⁶⁵.

Por lo que se refiere a su régimen jurídico en nuestro Derecho, es preciso subrayar que carece de regulación legal, por lo que su admisibilidad deriva del principio de autonomía de la voluntad consagrado en el artículo 1255 de nuestro Código civil.

2.4.3. Los warrants

Para completar el estudio de los instrumentos financieros híbridos, conviene hacer una breve mención a los *warrants*. Como destaca Freire²⁶⁶, la utilización del término anglosajón *warrant* en nuestro Dere-

Pozo, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 285 a 330, y *Memento práctico sociedades...*, op. cit., pp. 607 a 613.

²⁶⁵ No puede olvidarse que su introducción en nuestra normativa se produce en relación a las entidades de crédito (Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros) para permitirles su equiparación a los recursos propios. Vid. URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: las obligaciones...», op. cit., p. 985.

²⁶⁶ FREIRE COSTAS, R. M.: «Emisión de warrants», en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ

cho del mercado de valores y de sociedades es un hecho relativamente reciente²⁶⁷. Esta expresión se utiliza para designar a determinados valores negociables que atribuyen un derecho de opción²⁶⁸. Concretamente, el Derecho comunitario hace referencia a esta figura utilizando en unos casos la propia expresión *warrant* y, en otros, refiriéndose a títulos que recogen un derecho de opción²⁶⁹.

La falta de una clara delimitación legal obliga a contemplar distintos valores negociables que atribuyen un derecho de opción de diferente contenido y régimen jurídico aplicable. Por ello, tampoco es posible asignarles una única función económica, si bien subyace en todos ellos la idea de la colocación de valores, ya sea con carácter originario (mediante su suscripción), ya sea con carácter derivado (mediante su adquisición).

2.4.4. *La casuística comunitaria sobre aportación de capital mediante híbridos financieros*

A pesar de la importancia adquirida por estos instrumentos financieros, la práctica comunitaria no revela su uso frecuente en las operaciones de recapitalización de empresas. Un supuesto de singular relevancia es el que afecta a la compañía aérea de bandera de la Repú-

SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones...*, op. cit., vol. VII, pp. 4259 a 4290, en particular p. 4259.

²⁶⁷ Con anterioridad, como ya destacaba GARRIGUES (*Contratos bancarios*, 2ª ed., Madrid, 1975, p. 333), había recibido la denominación de *warrant* o *resguardo de garantía* el documento representativo de mercancías depositadas en almacenes generales que permitía darlas en prenda mientras estaban en poder del depositario y cuya regulación estableció el RD de 22 de septiembre de 1917.

²⁶⁸ Como destaca GARCÍA-PITA LASTRES («Breves consideraciones sobre la problemática jurídica de los warrants y las opciones sobre valores negociables», en *La Ley*, 1990, vol. II, pp. 1213 a 1223, en particular p. 1207), tanto en aquellos ordenamientos jurídicos donde es reconocido y dotado de un *nomen iuris* como en aquellos otros en los que viene abriéndose paso dentro de la práctica mercantil de la financiación de las sociedades de capitales, el *warrant* aparece vinculado a las acciones o a las obligaciones «como una especie de título accesorio de las mismas, aunque eventualmente separable e independizable de ellas y, por tanto, susceptible de tráfico independiente».

²⁶⁹ Vid. FREIRE COSTAS («Emisión de...», op. cit., pp. 4265 y 4266) con diversos ejemplos, como el que recoge la Segunda Directiva en materia de sociedades en sus artículos 25 y 29 al referirse a los títulos dotados del derecho de suscripción de acciones.

blica francesa, la Compagnie Nationale Air France. Su interés radica no sólo en la complejidad de los títulos emitidos, sino también y de manera singular por el planteamiento que primero la Comisión y después el Tribunal de Primera Instancia (en dos ocasiones) realizaron sobre su naturaleza jurídica, financiera y contable. Junto a este supuesto mencionaremos otros ejemplos más modestos, principalmente de capital mudo.

2.4.4.1. Las recapitalizaciones de Air France

La utilización de instrumentos financieros híbridos con ocasión de las diversas intervenciones del Gobierno francés en favor del grupo Air France²⁷⁰ va a permitir a la Comisión y, posteriormente al TPI, analizar la naturaleza jurídico-financiera de las obligaciones emitidas por la compañía.

La Comisión se va a ver en la necesidad de cuestionar la naturaleza de las obligaciones emitidas por Air France con motivo del examen de la ampliación de capital notificada por las autoridades francesas en 1994. En su examen, la Comisión se planteó el peligro que conllevaría que dicha ampliación supusiera en la práctica la sobrecapitalización de la compañía, lo que supondría una ventaja competitiva con respecto a sus competidoras en un momento en el que el mercado aéreo atrave-

²⁷⁰ La Comisión ha adoptado en relación al grupo francés Air France dos primeras Decisiones (Asuntos Air France I y II) en noviembre de 1991 y julio de 1992, respectivamente (Casos N 653/91 y N 291/91), que declararon compatibles una primera recapitalización de la empresa por una cuantía de 5.800 millones de francos, que debía realizarse en tres segmentos (ampliación de capital y dos emisiones de obligaciones). A estas dos primeras decisiones, que no fueron publicadas en el DOCE, se refiere de manera expresa la Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73), que denominamos asunto Air France III, adoptándose también en la misma fecha la decisión relativa a la suscripción por CDC-Participations de títulos de la compañía (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26), que denominamos asunto Air France IV. Esta última decisión fue reemplazada por la Decisión de 4 de abril de 1995, por la que se modifica la Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France (DOCE L 219, de 15.9.1995, p. 34), dando una nueva redacción al artículo 2 de la Decisión, previendo el depósito de las cantidades hasta la resolución del pleito. Por otro lado y en lo que se refiere a Air France III, se han adoptado con posterioridad las decisiones relativas al pago del segundo y del tercer tramo de las ayudas autorizadas (DOCE C 295, de 10.11.95, p. 2; DOCE C 374, de 11.12. 1996, p. 9).

saba profundas dificultades como consecuencia de su proceso de liberalización.

La Comisión va a estudiar la situación financiera de la empresa, suscitándose, a propósito de los coeficientes de endeudamiento²⁷¹, la necesidad de calificar como deuda o como recursos propios la financiación obtenida en virtud de las diversas obligaciones emitidas por la compañía en el período 1989-1993, ya que «dichos coeficientes varían notablemente en función de si esas obligaciones se clasifican, desde un punto de vista contable, como recursos propios o como deuda»²⁷².

Como consecuencia de su investigación, la Comisión adoptará dos Decisiones, de fecha 27 de julio de 1994, por las que considerará compatible la ampliación de capital notificada (Asunto *Air France III*) y declarará, por el contrario, ilegal e incompatible la suscripción por *CDC-Participations*²⁷³ de los títulos emitidos por Air France (Asunto *Air France IV*).

En la primera de estas decisiones se analizan los distintos títulos emitidos por Air France en los últimos cinco años:

1) *ORA (obligations remboursables en actions*²⁷⁴): en estas obligaciones, el interés se componía de una parte fija y de otra variable ligada a los beneficios. Los obligacionistas podían pedir la conversión de sus obligaciones en acciones a partir del 1 de junio de 1993. Esta conversión, a razón de una acción por una obligación, tendrá lugar a más tardar el 1 de enero del año 2000.

2) *TSDI (titres subordonnés à durée indéterminée reconditionnés*²⁷⁵): estos títulos se caracterizaban por el hecho de que parte del importe del empréstito se confiaba a un fideicomisario, que suscribía un bono de cupón cero que, al término de quince años, tendrá un valor igual al nominal de los créditos pendientes. Los propietarios de los

²⁷¹ El coeficiente o *ratio de endeudamiento* se calcula dividiendo el *exigible total*, es decir, todas las deudas, por el *pasivo total*, por lo que expresa la carga financiera soportada por una empresa.

²⁷² Decisión Air France III, p. 83.

²⁷³ CDC-P es una filial de la Caisse de Dépôts et de Consignations, que es, a su vez, una entidad pública francesa («*établissement public*»).

²⁷⁴ Diciembre de 1991 (1.250.000.000 FF) y abril de 1993 (749.996.536 FF).

²⁷⁵ Junio de 1989 (2.500.000.000 FF) y mayo de 1992 (2.600.000.000 FF).

títulos aceptaban venderlos al fideicomisario al final del período de quince años. El pago de los intereses sobre los TSDI cesaba al término de los quince años.

3) *TSIP-BSA (titres subordonnés à intérêts progressifs assortis de bons de souscription d'actions*²⁷⁶): estas obligaciones tenían un cupón que podía convertirse en acción a voluntad del obligacionista en cualquier momento hasta el 1 de enero de 2000. A partir de esa fecha Air France podía reembolsar los préstamos. El tipo de interés fijado era progresivo y actuaba como incentivo para devolver los préstamos después del año 2000. Air France podía suspender el pago de intereses si registraba una pérdida consolidada superior al 30% del capital propio y cuasi-propio. En este caso se pospondría el abono de los intereses, los cuales a su vez generarían nuevos intereses.

La Comisión, tras estudiar dos informes elaborados al respecto por dos consultoras²⁷⁷, llegó a la conclusión de que «...para el cálculo de los coeficientes financieros y, en particular, del coeficiente de endeudamiento (recursos propios/deuda), es más correcto clasificar las ORA como «cuasi-capital». Sin embargo, por lo que respecta a los TSIP-BSA no existe obligación de convertir los títulos y, por lo tanto, la intención de hacerlo está menos clara. En tales circunstancias, si es necesario clasificar este tipo de instrumento financiero en una u otra categoría, parece más correcto hacerlo en la de deuda.

En lo tocante a los TSDI, no existe posibilidad de conversión, y, en consecuencia, no hay duda de que se trata de capital ajeno».

Este criterio es coincidente con el que mantiene en su Decisión relativa a los títulos emitidos por CDC-P²⁷⁸: «la suscripción de las ORA por parte de CDC-P puede compararse a una inversión participativa que tiene por objetivo fortalecer el capital propio de la compañía aérea. Las

²⁷⁶ Abril de 1993 (749.355.800 FF).

²⁷⁷ La Decisión Air France III contiene un estudio detallado de las conclusiones de dichos informes.

²⁷⁸ La Comisión se va a apoyar en la propia documentación de la emisión aportada por la compañía, concretamente en el prospecto de Air France (*Emission de valeurs mobilières composées*), publicado en abril de 1993 en el momento de la emisión de las obligaciones, en el que se afirmaba que «la finalidad de las dos emisiones es reforzar los recursos propios de la compañía a largo plazo». Cfr. Decisión Air France-CDC-P, p. 32.

ORA son obligaciones convertibles obligatoriamente en acciones y, desde un punto de vista financiero, representan una ampliación de capital diferida. En el caso de las ORA, el rendimiento de la inversión depende, como ya se ha explicado, de los resultados financieros de la compañía y del valor de las acciones en el momento de efectuarse la conversión. Estas consideraciones son también válidas para los TSIP-BSA. Los TSIP-BSA, sin embargo, no se convierten obligatoriamente en acciones, y cada BSA permite a su titular suscribir, hasta el 1 de enero de 2000, tres acciones de Air France al precio predeterminado de 517 francos franceses por acción. El titular puede no ejercer su derecho de suscripción y decidir continuar recibiendo intereses después del 1 de enero de 2000 hasta que la compañía decida reembolsar las acciones. El inconveniente de los TSIP-BSA es que, en caso de disolución de la compañía, se reembolsará a los titulares después de la totalidad de los acreedores»²⁷⁹.

La posición mantenida por la Comisión va ser discutida en los recursos interpuestos contra ambas decisiones, lo que obligará al TPI a tomar una postura al respecto.

La primera de las sentencias, dictada el 12 de diciembre de 1996²⁸⁰, confirma la legalidad de la Decisión relativa a la suscripción de títulos por la CDC-P, el Tribunal hace suya la apreciación económica que la Comisión había efectuado de los títulos emitidos, destacando, que la calificación como «inversión participativa» y «ampliación de capital diferida», era «...indiscutiblemente exacta en el caso de las ORA, puesto que se reembolsan obligatoriamente en acciones, es válida también para los BSA, con la salvedad, subrayada por la propia Comisión, de que su convertibilidad en acciones sólo es facultativa»²⁸¹.

En relación con los TSIP, el Tribunal mantendrá también que «...si bien es cierto que sólo dan lugar a intereses, sin que exista derecho a

²⁷⁹ Decisión *Air France IV*, p. 32.

²⁸⁰ *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996 p. II-2109, apartados 111 a 139. No se puede olvidar que la cuestión de la naturaleza de los títulos se plantea en este asunto de manera indirecta, con el objeto de rebatir la valoración jurídico-financiera que la Comisión había efectuado para apreciar elementos de ayuda estatal en dicha operación, en aplicación del «principio del inversor privado en una economía de mercado».

²⁸¹ Apartados 131 y 132 de la sentencia.

una conversión en acciones, es igualmente cierto que, en realidad, sólo son reembolsables en caso de disolución o de liquidación de Air France; en efecto, en la fecha pertinente del inicio de 1993, todo reembolso anticipado de Air France debía parecer, habida cuenta de las pérdidas sufridas y de la falta de un plan de reestructuración válido, irrealizable desde el punto de vista de un inversor privado perspicaz. Por consiguiente, la Comisión pudo considerar que los TSIP tenían un «plazo indeterminado» (...), sin cometer un error manifiesto de apreciación».

El TPI va a tener ocasión de volver sobre esta cuestión en su Sentencia de 25 de junio de 1998²⁸², con motivo del recurso interpuesto contra la autorización de la ampliación de capital, aceptando nuevamente el criterio de la Comisión respecto a la naturaleza de los títulos (ORA, TSIP-BSA y TSDI) al no observar «error manifiesto de apreciación», lo que no le impide reconocer la compleja valoración que encierra²⁸³.

2.4.4.2. Otros supuestos

La adquisición de capital mudo o acciones sin voto se plantea en diversos expedientes analizados por la Comisión.

En la Decisión de 29 de junio de 1983²⁸⁴, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyectaba conceder a la empresa siderúrgica Sidmar

²⁸² Cfr. *British Airways plc, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Air UK Ltd, Euralair international, TAT European Airlines SA y British Midland Airways Ltd c. Comisión*, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, Rec 1998, p. II-2405, en concreto, los apartados 144 a 164.

²⁸³ A este respecto es especialmente ilustrativo el apartado 163, que reproducimos a continuación: «163. Por último, dicha conclusión tampoco se contradice con el hecho de que la Comisión tuviese tendencia en un principio a calificar a los TSDI de «fondos propios» (Comunicación de 3 de junio de 1994, DO, L 254, p. 8). En efecto, como expuso Air France ante el Tribunal de Primera Instancia, ese cambio de enfoque refleja la evolución operada en la calificación de los TSDI de 1991 a 1994 dentro de la profesión contable misma. En este contexto, debe recordarse que el Conseil Supérieur de l'Ordre Français des Experts-Comptables, en su dictamen de 7 de julio de 1994 por lo tanto, inmediatamente antes de la adopción de la Decisión impugnada, consideró definitivamente como deuda los TSDI recondicionados. El Tribunal de Primera Instancia estima que no puede reprocharse a la Comisión haber hecho suya, a efectos de la calificación de dichos títulos franceses, la opinión definitiva del organismo francés que representa la profesión competente en la materia».

²⁸⁴ DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1 y XIV IPC 1984, apartado 211.

y en la de idéntica fecha a propósito de las que Luxemburgo²⁸⁵ había proyectado para la también empresa siderúrgica Arbed.

En el caso de *Sidmar*, el Gobierno belga planteó la adquisición de acciones ordinarias nuevas por 3,5 millardos FB y de acciones de preferencia nuevas sin derecho de voto por 11,2 millardos FB (esta última operación permitía la conversión de deudas garantizadas por el Estado). Las acciones no cotizaban en bolsa y el precio de compra había sido determinado por las autoridades belgas como la media del valor neto de los activos de la sociedad y el valor actualizado de sus beneficios futuros previstos. La Comisión consideró que este método sobrevaloraba las acciones porque la evaluación en bolsa de una sociedad normal se basa en el rendimiento presente y futuro de sus acciones. Sin embargo, consideró finalmente que un precio más elevado podía considerarse normal para la compra de una «minoría de bloqueo» y que, en consecuencia, la medida no incluía elementos de ayuda estatal al lograr que el Gobierno belga adaptase sus proyectos iniciales realizando ciertas modificaciones menores que le había solicitado.

Por su parte, en el caso de *Arbed*, el Gobierno luxemburgués había informado a la Comisión de que para garantizar la viabilidad de la sociedad sobre bases realmente sanas, había decidido participar en la reconstrucción de su capital comprando acciones nuevas con y sin derecho de voto, así como recomprarle una parte de su participación en la belga *Sidmar*. La Comisión hizo saber al Gobierno luxemburgués que estas medidas no contendrían elementos de ayuda de Estado si el precio de adquisición de las acciones de Arbed no superaba el de su cotización en bolsa y el de las acciones de *Sidmar* no era superior al precio base que la Comisión había considerado aceptable en el expediente abierto al Gobierno belga.

En el XVI IPC²⁸⁶, correspondiente a 1986, encontramos también una referencia a la existencia de elementos de ayuda estatal en relación con las acciones sin voto. En efecto, dicho informe hace referencia al

²⁸⁵ Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno luxemburgués proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 29) y XIV IPC 1984, apartado 214.

²⁸⁶ XVI IPC 1986, apartado 241.

expediente abierto al Reino de Bélgica a propósito de un proyecto en favor de la industria belga de recipientes de vidrio. Dicho proyecto preveía que las sumas asignadas por empresas privadas para la recompra de aquéllas de sus propias acciones que en años anteriores hubieran sido adquiridas por sociedades de inversión pública estarían exentas del impuesto sobre beneficios, cuyo tipo ascendía al 45% en 1986 y al 43% en los años siguientes, y al 37% durante todo el período para las pequeñas empresas. La exención propuesta sería aplicable hasta el final de 1990 y se delimitaría en cada ejercicio contable a la recompra de un paquete de acciones que no excediera del 20% de la participación del sector público. La Comisión consideró que, al quedar exenta de impuesto sobre beneficios la recompra de acciones sin derecho de voto, la ayuda reduciría artificialmente la carga fiscal de las empresas del sector en cuestión. Dado que una elevada proporción de la producción de los fabricantes de recipientes de vidrio de Bélgica se exporta a otros Estados miembros y que la demanda está disminuyendo, las condiciones de intercambio se verían afectadas por las ayudas propuestas.

Finalmente, podemos citar también las Decisiones sobre la papelera italiana, Nuova Cartiera de Arbatax²⁸⁷ y el gigante público francés, Thomson²⁸⁸, ya mencionadas anteriormente en otros epígrafes de este

²⁸⁷ Decisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la ayuda concedida por Italia a Nuova Cartiera de Arbatax (DOCE L 159, de 12.6.1992, p. 46). Las operaciones enjuiciadas en esta decisión incluyen, además de la emisión de «acciones ordinarias», la de «acciones preferentes», que tienen un derecho de voto limitado.

²⁸⁸ Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson Multimedia (DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31). En este asunto la Comisión incoó el procedimiento de investigación formal respecto a la cesión al Estado de acciones de Crédit Lyonnais, propiedad de Thomson SA a un precio que podía incluir elementos de ayuda. La Comisión había analizado el precio de venta al que el Estado había comprado acciones de CL propiedad de Thomson SA (acciones que suponían un 3,01% del capital de CL) con arreglo a un acuerdo celebrado el 20 de mayo de 1996, a saber, 306,7 FF por acción. Hay que recordar que las acciones de CL no cotizaban en bolsa, por lo que el título que sirvió de base para la evaluación de la operación fue el certificado de inversión (CI) y que tradicionalmente una acción alcanza una cotización más alta que un CI (los CI no dan derecho de voto). La Comisión observó que en la operación se había aplicado una prima de sobrevaloración del 30% por la diferencia entre la acción y el CI y consideró que el valor asignado al CI (valor de 31 de diciembre de 1995: 235 francos franceses) no estaba justificado, ya que la operación había sido celebrada el 20 de

mismo capítulo²⁸⁹ y, más recientemente, el asunto relativo a las medidas de ayuda del Gobierno alemán en favor de Everts Erfurt GmbH²⁹⁰, en forma de una *participación inactiva*²⁹¹, denominación que podemos identificar con las acciones sin voto, en la medida en que implica una privación de los derechos políticos pero no de su contenido económico.

En la misma línea resulta también de interés el supuesto de la *participación instrumental* que se refiere en la Decisión relativa a Lenzing Lyocell, GmbH & Co. KG²⁹², en la que una de las medidas examinadas²⁹³ consiste en una «participación instrumental destinada a un fin específico por importe de 21,8 millones de euros que sólo podía rescindirse al cabo de treinta años y que debía arrojar unos beneficios del 1% al año». Esta aportación de capital escondería, en realidad, desde un punto de vista económico-financiero, una modalidad de préstamo a largo plazo, conceptualmente próxima a las acciones con interés, a las que ya nos hemos referido.

mayo de 1996, tras una fuerte baja del CI (hasta 164 FF) que había provocado una pérdida de valor del 30%.

²⁸⁹ Del asunto Nuova Cartiera de Arbatax nos hemos ocupado ya al analizar los supuestos de aportación inicial o fundacional y de la sucesión de empresa (apartado 2.1.1 de este capítulo). Por otra parte, al asunto Thomson nos hemos referido también al tratar la cuestión de la compraventa de acciones (apartado 2.2.2 de este capítulo).

²⁹⁰ Comunicación de incoación, en relación con las medidas de ayuda del Gobierno alemán en favor de Everts Erfurt GmbH (DOCE C 37, de 4.2.1998, p. 8), en la que se puede leer: «En 1996 el instituto de crédito estatal Thüringische Aufbaubank (TAB) adquirió una participación inactiva de cinco años por valor de 2 millones de DM. En un principio, el TAB había ofrecido una nueva garantía subsidiaria por importe de 2 mill de DM destinada a fondos de explotación que, sin embargo, no fue aceptada por el banco de la empresa. Con esta participación se pretendía mitigar las pérdidas imprevistas en que la empresa había incurrido. El Estado federado interviene como socio sin derecho a voto de Everts durante un período de cinco años».

²⁹¹ Vid. también Decisión de 17 de octubre de 2001 relativa a las ayudas estatales de Alemania a Deckel Maho Seebach GmbH (DOCE L 126, de 13.5.2002, p. 14).

²⁹² Decisión de 19 de julio de 2000, relativa a las ayudas estatales concedidas por Austria a Lenzing Lyocell GmbH & Co. KG (DOCE L 38, de 8.2.2001, p. 33).

²⁹³ Medida 5, especialmente apartado 23.

Capítulo III

PROCEDIMIENTO DE CONTROL

1. Los procedimientos de control de las subvenciones en el comercio internacional: las reglas de la OMC

La determinación de la existencia de una ayuda estatal en el ámbito del Derecho comunitario, o de una subvención con arreglo a las normas de la OMC, exige disponer de unos cauces procedimentales que permitan acreditar que estamos efectivamente ante una ayuda o ante una subvención, contra la que, en su caso, instar la oportuna recuperación o acordar medidas compensatorias. Dichos procedimientos deberán garantizar un control efectivo de su otorgamiento, sin detrimento de los derechos que asisten a las partes y a terceros.

Por lo que se refiere al comercio internacional regulado por los acuerdos del GATT, procede señalar que fue el GATT de 1947 el que introdujo la obligación de notificar las subvenciones, quien estableció la prohibición de su concesión a la exportación para productos distintos de los primarios¹ y quien reguló la imposición de medidas compensatorias²; pero, sin embargo, fue necesario esperar hasta finales de

¹ Artículo XVI GATT 1947.

² Artículo VI GATT 1947.

la década de los 70 para que se dictasen reglas de desarrollo de aquellas previsiones a través del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1979. La ambigüedad de las previsiones de dicho Acuerdo³ sobre las notificaciones y especialmente sobre la imposición de medidas compensatorias fue el origen de múltiples conflictos, principalmente entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos⁴. A pesar de que resultaba ineludible la reforma del sistema, la dificultad de alcanzar un equilibrio entre los múltiples intereses confrontados⁵ hizo que se fuera posponiendo hasta las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT, con la aprobación del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994 (ASMC 1994).

Este Acuerdo, siguiendo lo que se ha denominado «planteamiento del semáforo⁶», distingue entre subvenciones prohibidas (*luz roja*), subvenciones recurribles (*luz ámbar*) y subvenciones no recurribles (*luz verde*), estableciendo los mecanismos de control correspondientes a cada una de ellas⁷.

³ En este sentido, vid. PAPPALARDO, A.: «Public...», op. cit., pp. 126 y 127.

⁴ A propósito de estos conflictos, vid. por todos PAPPALARDO, A.: «Public...», op. cit., pp. 131 a 136; VERMULST, E.: «Comment on US Law and Practice» en Bourgeois, H. J. (ed.): *Subsidies...*, op. cit., pp. 49 a 65.

⁵ Por obvias razones de utilidad analizaremos en este apartado la situación del comercio internacional posterior a los Acuerdos del GATT de 1994, en el marco de la OMC, remitiéndonos en lo que se refiere al GATT de 1947 y al ASMC de 1979, además de a los autores ya citados, a las aportaciones contenidas en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies...*, op. cit.; así como a los estudios de RHODES, C.: «Managed Steel Trade...», op. cit., pp. 37 a 47, y LEHMANN, CH.: «Domestic Subsidies under European Community Countervailing Duty Law: An Emerging Standard after the ECJ Soja Cases», en WC, vol. 12, n° 4, junio 1989, pp. 31 a 38.

⁶ Cfr. MONTAÑA MORA, M.: «El Acuerdo...», op. cit., p. 243.

⁷ Para una visión práctica del funcionamiento de los diferentes procedimientos regulados en el ASMC 1994, así como de los casos planteados y resueltos por los diferentes órganos constituidos a su amparo, resulta muy útil la lectura de los informes anuales de la OMC. En la actualidad están disponibles en la página web de la institución los de 1998, 1999 y 2000 que, como los sucesivos IPC de la Comisión Europea, se refieren a los ejercicios correspondientes al año anterior. Cfr. http://www.wto.org/spanish/docs_s/docs_s.htm (última consulta realizada en noviembre de 2002).

1.1. Subvenciones prohibidas

De acuerdo con el artículo 3.1 ASMC 1994, «(a) la reserva de lo dispuesto en el Acuerdo sobre la agricultura, las siguientes subvenciones, en el sentido del artículo 1, se considerarán prohibidas:

- a) las subvenciones supeditadas de jure o de facto a los resultados de exportación, como condición única o entre otras varias condiciones, con inclusión de las citadas a título de ejemplo en el anexo I;
- b) las subvenciones supeditadas al empleo de productos nacionales con preferencia a los importados, como condición única o entre otras varias condiciones».

El artículo 4 ASMC 1994 prevé que «cuando un miembro tenga razones para creer que otro miembro concede o mantiene una subvención prohibida, el primero podrá pedir al segundo la celebración de consultas». Dichas consultas tendrán por objeto dilucidar los hechos del caso y llegar a una solución mutuamente convenida. El Estado requirente deberá aportar «una relación de las pruebas de que se disponga respecto de la existencia y de la naturaleza de la subvención de que se trate». Por su parte el Estado requerido entablará lo antes posible dichas consultas.

El Acuerdo fija un plazo de 30 días desde la solicitud de la celebración de las consultas para que se alcance una solución convenida⁸, transcurrido el cual «cualquiera de los miembros participantes en ellas podrá someter la cuestión al Órgano de Solución de Diferencias (OSD)», que procederá a crear de *inmediato* un Grupo Especial (GE), salvo que dicho órgano «decida por consenso no establecerlo». El GE, que podrá solicitar la asistencia del Grupo Permanente de Expertos⁹ para que le auxilie¹⁰, presentará su informe final a las partes en la dife-

⁸ En nota se prevé, sin embargo, que «(t)odos los plazos mencionados en este artículo podrán prorrogarse de mutuo acuerdo».

⁹ Artículo 24 ASMC 1994.

¹⁰ El GPE, si así se le solicita, examinará inmediatamente las pruebas de la existencia y de la naturaleza de la medida de que se trate y dará al miembro que la aplique o que la mantenga la posibilidad de demostrar que la medida en cuestión no es una subvención prohibida, para someter posteriormente sus conclusiones al Grupo Especial dentro del

rencia, el cual se distribuirá a todos los miembros¹¹. Si el GE llega a la conclusión de que la medida es una subvención prohibida, recomendará que el miembro que la concede que la retire sin demora, especificando en su recomendación el plazo dentro del cual debe retirarse la medida.

Dentro de los 30 días siguientes a la presentación del informe del GE a todos los miembros será adoptado por el OSD, a menos que una de las partes en la diferencia notifique formalmente a éste su decisión de apelar, o que el propio OSD decida por consenso no adoptarlo. En el caso de que se apele, el Órgano de Apelación emitirá su decisión dentro de los 30 días siguientes a aquél en el que la parte en la diferencia haya notificado formalmente su intención de apelar¹². El resultado de la apelación será adoptado por el OSD y será aceptado sin condiciones por las partes en la diferencia, salvo que el OSD decida por consenso no adoptarlo en un plazo de 20 días contados desde su comunicación a los miembros.

En caso de que no se cumpla la recomendación del OSD en el plazo especificado, éste autorizará al miembro reclamante a adoptar contramedidas *apropiadas*¹³, a menos que decida por consenso desestimar la petición.

plazo fijado por éste, el cual aceptará sin modificarlas las conclusiones del GPE acerca de si la medida de que se trate es o no una subvención prohibida.

¹¹ El informe se presentará en el plazo de los 90 días siguientes a la fecha en que se haya establecido la composición y el mandato del GE.

¹² Si el Órgano de Apelación considera que no puede rendir su informe en ese plazo, comunicará por escrito al OSD los motivos del retraso, indicando el plazo en el que estima que podrá presentarlo, que en ningún caso excederá de 60 días.

¹³ Como especifica en nota el Acuerdo, «este término no permite la aplicación de contramedidas desproporcionadas sobre la base de que las subvenciones a que se refieren las disposiciones del presente artículo están prohibidas». Conforme al apartado 4.11, en el caso de que una parte en la diferencia solicite un arbitraje al amparo de lo dispuesto en el párrafo 6 del artículo 22 del Entendimiento sobre solución de diferencias (ESD), el árbitro determinará si las contramedidas son apropiadas, matizando en el párrafo 12 que «...los plazos aplicables en virtud del Entendimiento se reducirán a la mitad, salvo cuando se trate de plazos establecidos especialmente en el presente artículo».

1.2. Subvenciones recurribles

La parte III del Acuerdo regula un segundo grupo de subvenciones que, en principio, son toleradas¹⁴, salvo que causen *efectos desfavorables* a los intereses de otro miembro¹⁵: se trata de las subvenciones recurribles. El Acuerdo especifica en su artículo 5 cuáles son esos *efectos desfavorables*:

- a) daño a la rama de producción nacional de otro miembro¹⁶;
- b) anulación o menoscabo de las ventajas resultantes para otros miembros del GATT de 1994, directa o indirectamente, y en particular de las ventajas de las concesiones consolidadas de conformidad con el artículo II del GATT de 1994¹⁷;
- c) perjuicio grave a los intereses de otro miembro¹⁸.

En relación con estas subvenciones¹⁹, el artículo 7 ASMC 1994 prevé también un procedimiento de consultas, que se iniciará cuando un miembro tenga razones para creer que cualquier subvención de las mencionadas en el artículo 1 que conceda o mantenga otro miembro sea causa de daño a su rama de producción nacional, de anulación o menoscabo o de perjuicio grave.

¹⁴ MONTAÑA MORA, M.: «El Acuerdo...», op. cit., p. 253.

¹⁵ Conforme al artículo 5 *in fine*, el procedimiento previsto en el mismo no es aplicable a las subvenciones mantenidas con respecto a los productos agropecuarios, según lo dispuesto en el artículo 13 del Acuerdo sobre la agricultura, aprobado también en el marco de las negociaciones del GATT de 1994. Este acuerdo, junto con los demás de dichas negociaciones, puede consultarse en el BOE, n° 20, supl., de 24.1.1995.

¹⁶ Se utiliza aquí la expresión «daño a la rama de producción nacional» en el mismo sentido que en la parte V.

¹⁷ Los términos *anulación o menoscabo* se utilizan en el presente Acuerdo en el mismo sentido que en las disposiciones pertinentes del GATT de 1994, determinándose la existencia de anulación o menoscabo de conformidad con los antecedentes de la aplicación de esas disposiciones.

¹⁸ El artículo 6 especifica el alcance de la expresión *perjuicio grave*. Por su parte, la expresión *perjuicio grave a los intereses de otro miembro* se utiliza en el presente Acuerdo en el mismo sentido que en el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994, e incluye la amenaza de perjuicio grave.

¹⁹ Debe tenerse en cuenta la excepción que se formula en el apartado 1 de este artículo, remitiéndose a lo previsto en el ya citado artículo 13 del Acuerdo sobre la Agricultura.

En estos supuestos, el procedimiento de las consultas es similar al descrito para las subvenciones prohibidas, aunque presenta, como destaca Montañá²⁰, algunas diferencias. En este sentido, podemos destacar el presupuesto de hecho, puesto que no se trata de la concesión de una subvención prohibida, sino de la causación de un eventual daño en los términos ya señalados; por lo que se refiere a los plazos, algunos son iguales²¹ mientras que otros son específicos para este procedimiento²²; tampoco se prevé la posibilidad de que el GE pueda solicitar directamente al GPE que emita su opinión sobre la existencia y la naturaleza de una subvención recurrible; tampoco existirá obligación de retirar una subvención recurrible, aunque se adopte un informe por parte de un grupo especial o por el Órgano de Apelación (OA) ni, finalmente, la posibilidad de adoptar contramedidas en los términos y condiciones previstas en el artículo 7.9 ASMC 1994²³.

1.3. Subvenciones no recurribles

Conforme al artículo 8.1 ASMC 1994, se considerarán subvenciones no recurribles:

«a) las subvenciones que no sean específicas en el sentido del artículo 2;

²⁰ Cfr. MONTAÑÁ MORA, M.: «El Acuerdo...», op. cit., pp. 255 a 257, con sus correspondientes notas.

²¹ Cfr. artículo 7.6 con 4.8 (plazo dentro del cual el OSD deberá adoptar el informe del GE); artículos 7.7 y 4.9 (plazo para que el OSD pueda aceptar o rechazar el informe del OA).

²² Por ejemplo, el fijado en el artículo 7.5 ASMC 1994, en el que se establece que el informe del GE se distribuirá a todos los miembros dentro de los 120 días siguientes a la fecha en que haya celebrado su composición y mandato.

²³ Artículo 7.9 ASMC 1994: «En caso de que el miembro no haya adoptado medidas apropiadas para eliminar los efectos desfavorables de la subvención ni la haya retirado en el plazo de seis meses a partir de la fecha en que el OSD adopte el informe del grupo especial o del Órgano de Apelación y de que no se haya llegado a un acuerdo sobre la compensación, el OSD concederá al miembro reclamante autorización para adoptar contramedidas, proporcionadas al grado y a la naturaleza de los efectos desfavorables cuya existencia se haya determinado, salvo que el OSD decida por consenso desestimar la petición».

b) las subvenciones que sean específicas en el sentido del artículo 2 pero que cumplan todas las condiciones establecidas en los párrafos 2 a), 2 b) o 2 c)»²⁴.

Con respecto a estas subvenciones, el Acuerdo prevé en su parte VII un procedimiento de notificación previa dirigida al *Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias*, que es el encargado de supervisar y de actualizar anualmente las notificaciones efectuadas. Dicho procedimiento se regula en el artículo 25 ASMC, complementando por una decisión relativa a los procedimientos de notificación²⁵.

Conforme al citado precepto, los miembros notificarán antes del 30 de junio de cada año «toda subvención que responda a la definición del párrafo 1 del artículo 1, que sea específica en el sentido del artículo 2 y que se conceda o mantenga en su territorio²⁶». El contenido de dichas notificaciones deberá ser lo «suficientemente específico como para que otros miembros puedan evaluar los efectos en el comercio y comprender el funcionamiento de los programas de subvención notificados». A tal efecto, el propio Acuerdo establece el contenido mínimo de dicha notificación, que deberá indicar:

i) la forma de la subvención (es decir, donación, préstamo, desgravación fiscal, etc.)²⁷;

²⁴ Como precisa MONTAÑA («El Acuerdo...», op. cit., p. 257), en este punto las subvenciones específicas pero no recurribles se referirán fundamentalmente a la asistencia para actividades de investigación realizadas por empresarios o por instituciones de enseñanza superior.

²⁵ Como veremos *infra*, la Comunidad Europea y algunos otros signatarios de los Acuerdos del GATT han implementado estas previsiones articulando sus propios sistemas para efectuar las oportunas notificaciones.

²⁶ Como subraya SCHAUB (*State aid Control in the EU. In Particular the Latest Developments on Policy Concerning the Recovery of Incompatible Aid*, The Mentor Group, The Forum for US-EU legal Economic Affairs, 18.7.96, Vienna. <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/six/en/sp96063.htm> (última consulta realizada en noviembre de 2002), el hecho de que en el Derecho comunitario se exija la notificación previa y la suspensión del otorgamiento de las ayudas hasta su autorización por la Comisión, frente a la simple notificación anual que consagran los acuerdos del GATT, unido al hecho de que en dicho marco internacional los operadores privados carezcan de acciones propias, equivalentes a los recursos ante los tribunales nacionales y comunitarios que se dan en el ámbito de la Unión Europea, confirma que el control de las ayudas estatales es mucho más estricto en el ámbito comunitario que en el de la OMC.

²⁷ A pesar de que entre las formas de subvención no se mencione a las *aportaciones*

- ii) la subvención por unidad o, cuando ello no sea posible, la cuantía total o la cuantía anual presupuestada para esa subvención (con indicación, a ser posible, de la subvención media por unidad en el año precedente);
- iii) el objetivo de la política y/o finalidad de la subvención;
- iv) la duración de la subvención y/o cualquier otro plazo que pueda afectarla;
- v) los datos estadísticos que permitan una evaluación de los efectos de la subvención en el comercio.

En el caso de que en la notificación no se especifiquen estos extremos deberá aportarse una explicación de la omisión.

Cuando las subvenciones se otorguen a productos o a sectores específicos, las notificaciones se ordenarán por productos o sectores. El Acuerdo prevé igualmente una «notificación negativa», puesto que «los miembros que consideren que en su territorio no existen medidas que deban notificarse, de conformidad con el párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 y con el presente Acuerdo, informarán de ello por escrito a la Secretaría».

Es preciso destacar que para el Acuerdo, la notificación de una medida no prejuzga ni su condición jurídica en el marco del GATT de 1994 o del Acuerdo, ni sus efectos, ni la naturaleza de la propia medida; lo cual supone que dicha notificación no implica reconocer que la medida objeto de la misma sea una *subvención*, conforme a las previsiones del Acuerdo.

Cualquier miembro podrá solicitar por escrito («en cualquier momento») información acerca de la naturaleza y del alcance de una subvención concedida o mantenida por otro miembro o una explicación de los motivos por los que se ha considerado que una medida concreta no estaba sujeta al requisito de notificación. Los miembros a los que se haya solicitado tal información deberán proporcionarla con la mayor rapidez posible y en forma completa, estando también dispuestos a facilitar, cuando así se les solicite, información adicional al miembro so-

de capital, éstas también pueden constituir una posible subvención, tal y como expresamente se recoge en el artículo 1a.i, que las cita entre los ejemplos que enumera al formular la definición de subvención.

licitante; en particular, facilitarán detalles suficientes para que el otro miembro pueda evaluar el cumplimiento que han dado a los términos del presente Acuerdo. Cualquier miembro que considere que tal información no ha sido suministrada podrá someter la cuestión a la atención del Comité de Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Cuando un miembro interesado considere que una medida de otro miembro cuyos efectos sean los de una subvención no ha sido notificada conforme a las disposiciones del párrafo 1 del artículo XVI del GATT de 1994 y a las del artículo 25 ASMC 1994, podrá someter la cuestión a la atención del otro miembro. Si después de ello la presunta subvención no se notifica con prontitud, el miembro interesado podrá notificarla él mismo al Comité²⁸.

La notificación deberá ser lo suficientemente precisa como para que los demás miembros evalúen la compatibilidad del programa con las condiciones y con los criterios previstos para que puedan ser consideradas *no recurribles*. Los demás miembros tendrán derecho a solicitar información sobre determinados casos de subvenciones en el marco de un programa notificado²⁹.

A petición de un miembro, la Secretaría examinará la notificación y, cuando sea necesario, podrá exigir información adicional al miembro que otorgue la subvención con respecto al programa notificado objeto de examen. La Secretaría comunicará sus conclusiones al Comité que, previa petición, examinará con prontitud las conclusiones de la Secretaría (o la propia notificación, si no se ha solicitado un examen de la Secretaría) con miras a determinar si se trata o no de subvenciones

²⁸ Los miembros informarán sin demora al Comité de todas las medidas preliminares o definitivas adoptadas en relación con los derechos compensatorios. Esos informes estarán en la Secretaría a disposición de los demás miembros para que puedan examinarlos. Los miembros presentarán también informes semestrales sobre las medidas en materia de derechos compensatorios adoptadas durante los seis meses precedentes. Los informes semestrales se presentarán con arreglo a un modelo uniforme convenido. Cada miembro notificará al Comité: a) cuál es en él la autoridad competente para iniciar y para llevar a cabo las investigaciones a que se refiere el artículo 11 ASMC 1994, y b) los procedimientos internos que en él rigen la iniciación y la realización de dichas investigaciones.

²⁹ Se reconoce que nada de lo establecido en esta disposición sobre notificaciones obliga a facilitar información confidencial, incluida la información comercial confidencial.

de esta categoría. El procedimiento terminará a más tardar en la primera reunión ordinaria del Comité después de la notificación del programa de subvenciones, con la condición de que hayan transcurrido por lo menos dos meses entre esa notificación y la reunión ordinaria del Comité. A petición de un miembro podrá someterse a arbitraje vinculante.

Junto al procedimiento de notificación, el ASMC 1994 regula también las «consultas y acciones autorizadas»³⁰ para los casos en que un miembro tenga razones para creer que la aplicación de uno de los programas, incluso aunque sea compatible, tendrá efectos desfavorables graves para su rama de producción nacional, capaces de causarle un perjuicio difícilmente reparable. En este supuesto ese miembro podrá solicitar la celebración de consultas con el miembro que otorgue o que mantenga la subvención y al igual que en los casos anteriores, cuando se solicite la consulta el miembro que otorgue o que mantenga el programa de subvención de que se trate entablará tales consultas lo antes posible, con el objetivo de dilucidar los hechos del caso y de llegar a una solución mutuamente aceptable.

En el caso de que las consultas no permitan llegar a una solución mutuamente aceptable dentro de los 60 días siguientes a su solicitud, el miembro que las haya presentado podrá someter la cuestión al Comité. En este caso, el Acuerdo establece que «...éste examinará inmediatamente los hechos del caso y las pruebas de los efectos (desfavorables)». Si el Comité determina que existen tales efectos, podrá recomendar al miembro que concede la subvención que modifique el programa de manera que se supriman esos efectos, presentando al objeto sus conclusiones³¹. En el caso de que no se siga la recomendación dentro de un plazo de seis meses, el Comité autorizará al miembro que haya solicitado las consultas a que adopte las contramedidas pertinentes proporcionadas a la naturaleza y al grado de los efectos cuya existencia se haya determinado.

³⁰ Artículo 9. ASMC 1994.

³¹ El Comité dispondrá para elaborar sus conclusiones de un plazo de 120 días contados a partir de la fecha en la que se le haya sometido la cuestión.

1.4. La imposición de medidas compensatorias y su revisión judicial

Los miembros afectados por el otorgamiento de subvenciones prohibidas o recurribles podrán acudir, además de a las acciones ya descritas, a la imposición de derechos compensatorios (*countervailing duties*) a los productos subvencionados, de acuerdo con lo establecido en la parte V del ASMC 1994³².

El ASMC 1994 define el «derecho compensatorio»³³ como «un derecho especial percibido para neutralizar cualquier subvención concedida directa o indirectamente a la fabricación, producción o exportación de cualquier mercancía, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo VI del GATT de 1994». Estos derechos sólo podrán imponerse en virtud de una investigación iniciada y realizada de conformidad con las disposiciones del ASMC y del Acuerdo sobre la agricultura³⁴.

A propósito de la investigación³⁵, el ASMC 1994 prescribe que se iniciará con carácter general previa solicitud escrita formulada por la «rama de producción nacional»³⁶ o en nombre de ella³⁷, y sólo excep-

³² Artículos 10 a 23. Como subraya MONTAÑA («El Acuerdo...», op. cit., pp. 263), en relación con los efectos que una determinada subvención pueda tener en el mercado interno de un determinado país importador miembro, sólo se podrá acudir a una de estas dos vías: a la imposición de un derecho compensatorio, conforme a lo previsto en la parte V del Acuerdo, o a una contramedida, de acuerdo con las prescripciones de los artículos 4 a 7 ASMC 1994; sin olvidar que, con respecto a las subvenciones no recurribles, el Acuerdo no permite la imposición de derechos compensatorios, sino la adopción de las medidas previstas específicamente en la parte IV ASMC 1994.

³³ Esta definición se recoge en la nota 36 insertada en el artículo 10 del ASMC 1994.

³⁴ Cfr. artículo 10 *in fine* ASMC 1994.

³⁵ Cfr. artículo 11 ASMC 1994.

³⁶ El propio Acuerdo define la noción de «rama de producción nacional» en su artículo 16.

³⁷ De acuerdo con el artículo 11.4 ASMC 1994, la solicitud se considerará hecha «por la rama de producción nacional o en nombre de ella» cuando esté apoyada por productores nacionales cuya producción conjunta represente más del 50 por ciento de la producción total del producto similar producido por la parte de la rama de producción nacional que manifieste su apoyo o su oposición a la solicitud. No obstante, no se iniciará ninguna investigación cuando los productores nacionales que apoyen expresamente la solicitud representen menos del 25 por ciento de la producción total del producto similar producido por la rama de producción nacional.

cionalmente de oficio³⁸ por la autoridad nacional competente. Dicha solicitud habrá de tener un contenido mínimo³⁹ e incluir «suficientes pruebas» de la existencia de la subvención y, si es posible, de su cuantía, del daño que ocasiona, así como una relación causal entre las importaciones subvencionadas y el supuesto daño que se les imputa.

Antes de iniciar cualquier investigación las autoridades competentes habrán de examinar la exactitud y la idoneidad de las pruebas presentadas⁴⁰, prohibiéndose darle cualquier publicidad a la solicitud, a menos que se haya adoptado la decisión de iniciarla⁴¹. Salvo en circunstancias excepcionales, las investigaciones deberán haber concluido dentro de un año, y en todo caso en el plazo de 18 meses contados a partir de su iniciación.

Una vez admitida una solicitud de investigación y antes de iniciarla, será preciso invitar a los miembros cuyos productos sean objeto de la misma a consulta, al objeto de poder alcanzar una «solución mutuamente convenida»; posibilidad que se mantiene durante todo el procedimiento⁴².

El ASMC 1994 regula expresamente el cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor⁴³, establece también los criterios para la determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT⁴⁴, y prevé, asimismo, la adopción de medidas provisionales⁴⁵ «por el período más breve posible, que no podrá exceder de cuatro meses», recogiendo también la posibilidad de suspender o de dar por terminado el procedimiento sin imposición de medidas provisionales o derechos compensatorios, si se recibe la oferta de compromisos voluntarios satisfactorios⁴⁶.

³⁸ Artículo 11.6 ASMC 1994.

³⁹ El contenido mínimo de esta solicitud se especifica en el artículo 11.2 ASMC 1994, letras i) a iv).

⁴⁰ En relación con la pruebas, vid. artículo 12 ASMC 1994.

⁴¹ Debe tenerse en cuenta en este punto lo dispuesto en el artículo 22 ASMC 1994 (*aviso público y explicación de las determinaciones*).

⁴² Artículo 13 (consultas).

⁴³ Artículo 14 ASMC 1994.

⁴⁴ Artículo 15 ASMC 1994.

⁴⁵ Artículo 17 ASMC 1994.

⁴⁶ Artículo 18 ASMC 1994.

Sólo después de haberse desplegado «esfuerzos razonables» para llevar a término las consultas y en el caso de que éstas resultaran infructuosas, el miembro que llegase a formular una «determinación definitiva» acerca de la existencia de una subvención, de su cuantía y del daño que le ocasionan las importaciones subvencionadas, podrá acordar la imposición de un derecho compensatorio⁴⁷, salvo que se retire la subvención o subvenciones. Dicho derecho sólo podrá permanecer en vigor «durante el tiempo y en la medida necesarios para contrarrestar la subvención que esté causando daño», si bien todo derecho compensatorio definitivo será suprimido a más tardar en un plazo de cinco años contados desde la fecha de su imposición o desde la fecha del último examen⁴⁸, que hubiera abarcado tanto la subvención como el daño, salvo que previamente las autoridades hubiesen determinado que su supresión daría lugar a la continuación o a la repetición de la subvención y del daño.

Como ya hemos señalado⁴⁹, las previsiones de los artículos VI y XVI del GATT 1994, así como del ASMC 1994, han sido objeto de desarrollo por parte de algunos de los miembros de la OMC. Tal es el caso, en particular, de la Comunidad Europea y de los Estados Unidos, al objeto de adaptar sus procedimientos internos y de aclarar el sentido de alguno de los conceptos empleados en los acuerdos.

En el caso de la Comunidad Europea, tanto el Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea⁵⁰, como la Decisión n° 1889/98/CECA de la Comisión de 3 de septiembre de 1998, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero⁵¹, incorporan entre sus previsiones normas de procedimiento, remitiéndose a los Estados miem-

⁴⁷ Con arreglo a las disposiciones del artículo 19 y con las limitaciones de retroactividad del artículo 20 ASMC 1994.

⁴⁸ En este sentido, vid. el artículo 21.2 ASMC 1994.

⁴⁹ Vid. apartado 2.3 del capítulo primero de este trabajo.

⁵⁰ DOCE L 288, de 21.10.1997, p. 1, especialmente artículos 10 a 15.

⁵¹ DOCE L 245, de 4.9.1998, p. 3, artículos 10 a 15.

bros una carta con los modelos de notificación a la OMC⁵², que se coordina a través de la DG encargada de las relaciones exteriores.

Por lo que se refiere a los Estados Unidos, la *Tariff Act* y sus normas de desarrollo establecen el procedimiento para denunciar ante la Administración Federal la existencia de subvenciones y para instar de las autoridades la imposición de las correspondientes medidas compensatorias⁵³.

Finalmente, por lo que respecta al control judicial, el artículo 23 ASMC 1994 dispone que «cada miembro en cuya legislación nacional existan disposiciones sobre medidas compensatorias mantendrá tribunales o procedimientos judiciales, arbitrales o administrativos destinados, entre otros fines, a la pronta revisión de las medidas administrativas vinculadas a las determinaciones definitivas y a los exámenes de las determinaciones en el sentido del artículo 21»⁵⁴. Dichos tribunales o procedimientos «serán independientes de las autoridades encargadas de la determinación o del examen de que se trate y darán la posibilidad de recurrir a la revisión a todas las partes interesadas que hayan intervenido en el procedimiento administrativo y que estén directa e individualmente afectadas por dicho procedimiento».

⁵² Cfr. Carta de la Comisión a los Estados miembros de 2 de agosto de 1995, sobre el procedimiento normalizado de notificación con arreglo al Tratado CE y al Acuerdo OMC (más los anexos I y II OMC). Cfr. COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...*, op. cit., pp. 78 a 98.

⁵³ En este contexto es fundamental la distinción entre países signatarios de los Acuerdos del GATT y terceros países no signatarios de los mismos. Para una visión completa de estos procedimientos, vid. UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION: *Antidumping and Countervailing Duty Handbook*, publication 3140, Washington DC, october, 1998, con sus correspondientes anexos. Para disponer de dicho documento, así como de las *rules and regulations* sobre la materia, puede consultarse la página web de la United States International Trade Commission: www.usitc.gov/ (última consulta realizada en noviembre de 2002).

⁵⁴ En los Estados Unidos la revisión judicial de las resoluciones administrativas relativas a la imposición de medidas compensatorias se confiere a la United States Court of International Trade. Para el adecuado conocimiento de este órgano jurisdiccional es útil la consulta de su página web en la dirección: www.uscit.gov (última consulta realizada en noviembre de 2002).

2. Los procedimientos de control de las ayudas estatales en el Derecho comunitario

En el Derecho comunitario aun cuando ya se ha producido la expiración del Tratado CECA, resulta útil todavía partir de la distinción entre las medidas que pueden constituir ayudas de Estado sometidas al Tratado CECA y las ayudas sometidas al Tratado CE⁵⁵. En ambos casos, el sistema de control establecido en los tratados confiere a la Comisión el papel principal a la hora de determinar la posible existencia de ayudas de Estado y su eventual compatibilidad con el mercado común⁵⁶,

⁵⁵ A pesar de que las decisiones sean adoptadas de manera colegiada por la Comisión, la instrucción del procedimiento se encomienda al departamento (DG competente *ratio materiae*, por lo que, a pesar de la especialización de la Dirección General encargada de la Competencia, otras direcciones generales mantienen todavía competencias materiales en ayudas relativas al carbón y al acero, al transporte. Cfr. KOBIA: *Introduction to the Law...*, op. cit., p. 2. No puede olvidarse que los intentos por reconocer una competencia exclusiva a la Dirección General de la Competencia se planteó durante el proceso de constitución del equipo de comisarios del actual presidente, Romano Prodi, sin conseguirse esta pretensión. Por otro lado, no es infrecuente que varias direcciones generales reclamen para sí la competencia para conocer de un determinado expediente; en este sentido, podemos citar como ejemplo la polémica surgida en el caso de los denominados «*costes para la transición a la competencia*» (CTCS) por el adelanto del proceso de liberalización del sector eléctrico, entre la Dirección General de la Competencia y la Dirección General encargada de la energía, al menos en lo que respecta a la energía nuclear, a propósito de la competencia para examinar el expediente relativo a su carácter de ayudas estatales. Sobre esta cuestión, vid. a título ilustrativo, «De Palacio reclama competencias en las ayudas a las eléctricas justo antes de su debate», en *El País Digital*, n.º 1684, de 12.12.2000.

⁵⁶ Es preciso recordar con KEPPENE (*Guide des aides...*, op. cit., p. 145) que el eventual margen de apreciación de que dispone la Comisión para calificar una medida como ayuda estatal es inferior al amplio poder discrecional que se le reconoce en el examen de la compatibilidad de las ayudas. Al respecto cita este autor la STPI de 27 de enero de 1998 (Ladbroke Racing Ltd c. Comisión, asunto T-67/94, Rec. 1998, p. II-1, apartado 52), si bien señala como otras sentencias reputan de poder discrecional la facultad de apreciación del carácter de ayuda estatal (cfr. STPI de 12 de diciembre de 1996. *Compagnie Nationale Air France* c. Comisión, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 72). Con carácter general a propósito de los poderes de la Comisión y del Consejo, vid. por todos MARTINEZ LAGE, S.: «La discrecionalidad de la Comisión en el procedimiento de examen de las ayudas estatales» en *GJ* (editorial), n.º 72, diciembre, 1989, pp. 1 a 3, y KEPPENE, J. P.: *Guide des aides...*, op. cit., pp. 155 a 159. No se puede olvidar en este punto el papel conferido a los tribunales nacionales; la STJCE de 17 de junio de 1999, asunto C-295/97 (decisión prejudicial, apartado 31), destaca que «Mientras que la apreciación de la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado constituye una competencia exclusiva de la Comisión, que actúa bajo el control del Tribunal de Justicia, los órganos

reservándose al Consejo un papel más modesto⁵⁷, en la medida en que su eventual intervención autorizando nuevas ayudas estatales está sujeta al difícil juego de mayorías e intereses contrapuestos al que responde esta institución comunitaria, que representa explícitamente los intereses nacionales de los diferentes Estados miembros.

2.1. *Las reglas de procedimiento en los ámbitos del carbón y del acero*

En cuanto a las ayudas a la producción siderúrgica y al carbón, es preciso recordar con Rodríguez Curiel⁵⁸ que el Tratado CECA no contenía normas específicas de procedimiento sobre ayudas de Estado, lo que resultaba lógico en su diseño inicial de radical prohibición de las mismas. Por esta razón, se utilizaba el procedimiento general sobre incumplimiento de sus obligaciones por los Estados miembros, regulado en el artículo 88 de dicho tratado. La propia evolución del sistema⁵⁹ hizo, sin embargo, que fueran las decisiones por las que aprobaban los

jurisdiccionales nacionales velan por la salvaguarda de los derechos de los justiciables en caso de incumplimiento de la obligación de notificación previa de las ayudas de Estado a la Comisión prevista en el apartado 3 del artículo 88 CE.

⁵⁷ En este sentido y como destaca BLUMANN («L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État: le règlement n. 994/98» du 7 du mai 1998», en RMC, n° 428, 1999, pp. 319 a 327, en especial pp. 319 y 320), a pesar del papel predominante que los redactores del Tratado CE han conferido a la Comisión no sólo en relación con las ayudas estatales sino en general al Derecho comunitario de la competencia en su conjunto, el Consejo dispone, además de la facultad de ejercitar un verdadero poder legislativo recogido en el ex artículo 94 Tratado CE (hoy 89 CE), de la posibilidad de autorizar determinadas categorías de ayudas por decisión tomada por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión (ex artículo 87.3.e CE) y de un poder decisional excepcional, reconocido en el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 88 CE, por unanimidad y no obstante lo dispuesto en el artículo 87 CE o en los reglamentos previstos en el artículo 89 CE. Un ejemplo de este poder decisional excepcional puede verse en la Decisión del Consejo de 22 de junio de 1995, relativa a la concesión de una ayuda extraordinaria a los productores de vino de mesa de Francia. Esta decisión, que no fue publicada en el DOCE, fue recurrida por la Comisión, que declaró inadmisibile por extemporáneo el recurso interpuesto (STJCE de 19 de febrero de 1998, asunto C-309/95, Rec. 1998, p. I-0655). Sobre esta cuestión, vid. también lo señalado en el apartado 3.7 del capítulo séptimo de este trabajo.

⁵⁸ RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Las ayudas públicas...», op. cit., p. 105.

⁵⁹ Sobre esta cuestión, vid. *supra* apartado 3.1 del capítulo primero.

diferentes códigos de ayudas al carbón y a la siderurgia las que previeran el procedimiento para su autorización.

Por lo que se refiere a la siderurgia, tras la expiración del Tratado CECA se aplica plenamente el 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 CE⁶⁰.

A su vez, en relación con el sector del carbón, la normativa de referencia, es hoy el Reglamento (CE) n° 1407/2002 del Consejo, de 23 de julio de 2002 sobre las ayudas estatales a la industria del carbón⁶¹, cuyo capítulo 3 está dedicado a fijar las reglas de procedimiento⁶² que, sin perjuicio de la vigencia general del Reglamento (CE) n° 659/1999, establece reglas especiales en materia de notificaciones, examen y autorización de las ayudas.

2.2. Las reglas de procedimiento aplicables a las ayudas sometidas al Tratado CE

A diferencia del Tratado CECA, el Tratado CE contiene algunas previsiones sobre el procedimiento aplicable a las ayudas estatales, recogidas básicamente en el artículo 88 CE (antiguo 93 Tratado CE⁶³). Sin embargo, en la práctica pronto se pudo apreciar la insuticiencia de estas previsiones y la necesidad de una regulación completa de las reglas de procedimiento⁶⁴. La laguna pudo ser salvada gracias a la jurisprudencia

⁶⁰ DOCE L 83 de 27.3.1999, p. 1. En la ya referida Comunicación de la Comisión, relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultante de la expiración del Tratado CECA (DOCE C 152, de 26.6.2002, p. 5, apartado 20), la Comisión destaca, sin embargo, que este hecho no implicará cambios importantes con respecto a las disposiciones del artículo 6 del Código de ayudas a la siderurgia [(Decisión n° 2496/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996 (DOCE L 338, de 28.12.1996, p. 42)].

⁶¹ DOCE L 205, de 12.8.2002, p. 1.

⁶² Artículos 9 y 10.

⁶³ La parca redacción de este precepto ha sido tachada por la doctrina de *oscura y ambigua*. En este sentido, vid. MATTERA, A.: *El Mercado Único...*, op. cit., p. 123.

⁶⁴ En el esfuerzo por resolver los problemas suscitados en la práctica ha colaborado la doctrina, que ha abordado con frecuencia estas cuestiones, tanto en obras generales como específicas. A este respecto y sin carácter exhaustivo podemos citar: ROUX, X., VOILLEMOT, D.: *Le Droit de la concurrence de la CEE*, Gide Loyrette Nouel, 1982, pp. 264 a

comunitaria y a la labor de la propia Comisión que procedió a publicar como comunicaciones o como cartas dirigidas a los Estados miembros las cuestiones aclaradas por los tribunales⁶⁵.

A pesar de esta evidencia y de que el artículo 89 CE (antiguo 94 Tratado CE⁶⁶) confiere al Consejo de la Unión Europea la facultad de

266; GAVALDA, CH., PARLEANI, G.: *Droit communautaire des affaires*, Litec, París, 1988, pp. 595 a 599; SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J. B.: *Droit européen des affaires*, PUF, 2ª ed., París, 1990, pp. 385 a 388; BELLAMY, CH., CHILD, G.: *Derecho de la competencia...*, op. cit., pp. 801 a 806; SILVA DE LAPUERTA, R.: «Procedimiento en materia de ayudas públicas» en *Not. CEE*, n.º 66, julio, 1990, pp. 51 a 59; SLOT, P. J.: «Procedural Aspects of State Aids: The Guardian of Competition Versus the Subsidy Villains?», en *CMLRev*, 27, 1990, pp. 241 a 760; del mismo autor: «Procedural Law of State Aids», en HARDEN, I. (dir.): *State Aid: Community Law and Policy*, *Europäische Rechtsakademie Trier*, Band 4, 1993, pp. 36 a 49; STRUYS, M. L.: «Questions choisies de procedure en matière d'aides d'Etat», en *RTDE*, n.º 29, 1993, pp. 17 a 38; WINTER, J. A.: «Supervision of State Aid: Article 93 in the Court of Justice», en *CMLRev*, n.º 30, 1993, pp. 311 a 329; FAULL, J.: «State Aid Procedure», en *EC Comp. Pol. News*, vol. 1, n.º 1, 1994, p. 11; del mismo autor: «Some of the Questions you Always Wanted to Ask about State Aids», en *EC Comp. Pol. News*, vol. 1, n.º 2, 1994, pp. 48 a 49.

⁶⁵ En esta línea se enmarcaría la publicación por la Comisión en 1995 de un documento denominado *Guía de procedimiento en materia de ayudas estatales* (D/20098, de 25 de julio de 1995) que, a pesar de carecer de valor normativo propio, resultó de una gran utilidad práctica, en la medida en que recopilaba de manera sistemática, reproduciendo o resumiendo el derecho originario, la jurisprudencia de los tribunales y la práctica administrativa de la Comisión. La elaboración de esta guía sería también fruto, como destaca SLOT («Procedural Law of State Aids», en HARDEN, I.: *State Aid...*, op. cit., pp. 36 a 49, en particular p. 36), del Consejo de Industria del 15 de octubre de 1990, en el que analizaron las propuestas de su presidente, el ministro de Industria italiano, Battaglia. El texto de esta *Guía* puede consultarse en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...*, op. cit., pp. 25 a 54 y en la página web de la Dirección General de la Competencia: http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#A (última consulta realizada en noviembre de 2002). Es preciso destacar como algunas cuestiones de singular interés práctico sólo aparecen explicitadas en este documento. Tal es el caso del significado de algunas abreviaturas de uso común en la práctica sobre ayudas estatales como las que incorpora a cada expediente la Secretaría General de la Comisión Europea y que identifica la naturaleza del mismo. En efecto, la Secretaría lleva un registro central de todos los casos de ayudas estatales pendientes. Estos asuntos se clasifican en: notificados («N»), sin notificar («NN»), ayudas existentes («E») y casos en los que se ha iniciado el procedimiento formal de investigación («C»). El número de expediente consta de una de estas letras seguida por el número de serie y del año de entrada en la parte correspondiente del registro, p. ej.; «N 162/91», «NN 5/92» (Cfr. *Guía...*, op. cit., p. 49).

⁶⁶ La redacción original de este precepto había sido modificada por el TUE, en el sentido de reemplazar el requisito de la unanimidad por el de la mayoría cualificada, y añadir a la propuesta de la Comisión la previa consulta al Parlamento europeo.

adoptar los «reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 87 y 88 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 88 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento», fue necesario esperar al final de la década de los noventa⁶⁷ para que dicha previsión fuera adecuadamente desarrollada⁶⁸ en el marco del proceso de modernización de las reglas de la competencia emprendida por la Comisión⁶⁹.

Fruto de esos aires renovadores, a los que no fueron ajenos los problemas de legitimidad a los que tuvo que hacer frente por esas mismas fechas la propia Comisión⁷⁰, ha sido la adopción de dos reglamentos⁷¹

⁶⁷ Con anterioridad habían existido diversos intentos que ni siquiera llegaron a plasarse en proyectos concretos. A este respecto, vid. por todos, VANDAMME, J.: «Section troisième: les aides accordées par les états (articles 92 à 94)», en CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R., SIMON, D. (dir.): *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992, pp. 489 a 508, en particular p. 508; SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: «The New Regulation on State Aid Procedures», en *CMLRev*, 36, december, 1999, pp. 1153-1194, pp. 1153 y 1154; HEREDIA BENOT, D.: «El Reglamento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas», en *Not UE*, n° 196, mayo, 2001, pp. 17 a 33.

⁶⁸ Esta omisión resultaba especialmente llamativa en contraste con la rapidez con la que se habían desarrollado las previsiones de los artículos 81 y 82 CE (antiguos artículos 85 y 86 Tratado CE) con la temprana aprobación del Reglamento 17/62, conocido genéricamente como el Reglamento 17. En este sentido, vid. por todos, SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: «The New Regulation...», op. cit., p. 1153.

⁶⁹ Para conocer las diversas vicisitudes y etapas de este proceso resultan especialmente ilustrativas las conferencias y los artículos del Comisario Van Miert y de los altos cargos de la Dirección General de la Competencia, correspondientes al período 1996-1998, publicados en la página web de la citada DG (<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches> (última consulta realizada en noviembre de 2002)). Sin carácter exhaustivo podemos citar a: MIERT, K. V.: *The Future of European Competition Policy*, Presentation of the Ludwig Erhard Prize, Bonn, 17.9.1998; PONS, J. F.: «La politique européenne de concurrence: tendances récentes et nouveaux défis», 7° Encontro Nacional de Economia Industrial, Vila Real, 2.10.1998; SCHAUB, A.: «EC Competition System - Proposals for Reform», *Fordtham Corporate Law Institute*, New York, 22.10.1998.

⁷⁰ En este contexto se enmarca la iniciativa, que finalmente no ha prosperado, de la creación de una agencia independiente. A este respecto, vid. MIERT, K. V.: «The Proposal for a European Competition Agency», en *EC Comp. Pol. News*, vol. 2, n° 2, summer, 1996, pp. 1 a 4.

⁷¹ El proceso de elaboración de ambos reglamentos se inició en el Consejo de Industria el 14 de noviembre de 1996, bajo la presidencia irlandesa, en el marco de una iniciativa presentada por la Comisión para reorientar el control comunitario sobre las ayudas estatales. Vid. SINNAEVE, A.: «Recent Developments. The Commission's Proposal for a Regulation on State Aid Procedures», en *EC Comp. Pol. News*, n° 2, june, 1998, p. 9.

fundamentales: el Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales⁷², y el Reglamento (CE) n° 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (hoy 88 CE)⁷³, que es ya comúnmente conocido como el *reglamento de procedimiento en materia de ayudas estatales*.

2.2.1. Las previsiones del Reglamento (CE) n° 994/98, sobre exenciones por categorías y regla de *minimis*

El Reglamento 994/1998 responde a la intención de la Comisión de simplificar su labor de control con el objetivo de poder concentrarse en los asuntos de mayor importancia. Con este objetivo el Reglamento autoriza a la Comisión a dictar, a su vez, otros reglamentos para eximir de la obligación de notificación previa a determinadas categorías de ayudas (exenciones por categorías⁷⁴), dotando, además, de una verdadera base jurídica a la regla de *minimis*⁷⁵, que la Comisión ya había admi-

Pueden encontrarse otros comentarios de esta propuesta en SINNAEVE, E.: «State Aid Procedures: The Reform Project» y AHLBOORN, Ch.: «Unequal Twins: Reform of the State Aid Rules Under Article 94», ambos en BILAL, S., NICOLAIDES, P. (ed.): *Understanding State Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999, pp. 209 a 230 y pp. 231 a 242, respectivamente.

⁷² DOCE L 142, de 14.5.1998, p. 1.

⁷³ DOCE L 83, de 27.3.1999, p. 1.

⁷⁴ Un análisis detallado del alcance de las exenciones por categoría diseñadas en este reglamento y de sus paralelismos con las previstas en materia antitrust puede verse en BLUMANN, C.: «L'urgence...», op. cit., pp. 321 a 323.

⁷⁵ Vid. RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: «Las ayudas públicas...», op. cit., p. 102, y CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 138. La falta de base legal de esta regla no ha sido cuestionada por la jurisprudencia que, en general, se limita a verificar las condiciones de su aplicación. En este sentido es especialmente ilustrativa la STJCE de 19 de septiembre de 2000, en el asunto C-156/98 (República Federal de Alemania c. Comisión, Rec. p. I-6857, apartados 37 a 42). A propósito del funcionamiento de esta regla, de acuerdo con el Reglamento (CE) n° 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 30), vid. lo expuesto *infra* en el capítulo sexto de este trabajo, apartado 4.3.2. Un breve comentario de este reglamento puede consultarse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «La nueva regulación comunitaria de las ayudas de *minimis*: el Reglamento (CE) núm.

tido y regulado a través de simples comunicaciones⁷⁶ y que, como las propias exenciones por categorías, ya habían sido admitidas con anterioridad en otros campos del Derecho comunitario de la competencia, como por ejemplo, en materia de acuerdos restrictivos, por idénticas razones de simplificación.

Según el artículo 1 de este Reglamento, «(l)a Comisión podrá, mediante reglamentos adoptados con arreglo a los procedimientos definidos en el artículo 8 del presente Reglamento y de conformidad con lo previsto en el artículo 92 del Tratado (hoy 87 CE), declarar compatibles con el mercado común y no sujetas a la obligación de notificación establecida en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado (hoy 88 CE), las siguientes categorías de ayudas:

- a) las ayudas en favor de: i) las pequeñas y medianas empresas, ii) la investigación y el desarrollo, iii) la protección del medio ambiente, iv) el empleo y la formación;
- b) las ayudas que se ajusten al mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro a efectos de la concesión de ayudas regionales».

Dichos reglamentos pueden ser aplicados directamente por los tribunales nacionales, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 5 y 177 Tratado CE (hoy artículos 10 y 234 CE)⁷⁷.

Por lo que se refiere a la denominada regla *de minimis*, conforme al artículo 2 del Reglamento, «(l)a Comisión podrá, mediante reglamento adoptado con arreglo al procedimiento definido en el artículo 8 del presente Reglamento, declarar que, a la luz de la evolución y del funcionamiento del mercado común, determinadas ayudas que no cumplan todos los criterios señalados en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado, quedarán excluidas del procedimiento de notificación contemplado en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado, siempre que la ayuda conce-

69/2001, de la Comisión, de 12 de enero de 2002», en ADI, n° XXI, 2000, Santiago de Compostela, 2001, pp. 1329 a 1332.

⁷⁶ Cfr. Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas (DOCE C 213, de 19. 8.1992, p. 2, punto 3.2) y Comunicación de la Comisión a propósito de la regla *de minimis* (DOCE C 68, de 6.3.1996, p. 6).

⁷⁷ Vid. *in extenso supra* 3.2 de este capítulo.

dida a una misma empresa durante un período dado no supere un determinado importe fijo».

No obstante, la Comisión se reserva el derecho de solicitar a los Estados miembros que hagan uso de esta regla, que comuniquen «cualquier información adicional sobre las ayudas exentas en virtud de lo dispuesto en el apartado 1»⁷⁸.

2.2.2. El Reglamento (CE) n° 659/99, de procedimiento

El Reglamento (CE) n° 659/1999, sobre procedimiento, que se halla en vigor desde mediados de abril de 1999, tiene como misión codificar y consolidar la práctica que la Comisión, ateniéndose a la jurisprudencia de los tribunales había ido desarrollado para la aplicación del artículo 93 Tratado CE (hoy artículo 88 CE)⁷⁹ en aras de incrementar la transparencia y la seguridad jurídica en la aplicación de las reglas de procedimiento sobre ayudas estatales⁸⁰. No obstante, como apuntan

⁷⁸ De acuerdo con las anteriores previsiones, la Comisión ha aprobado ya cuatro reglamentos: Reglamento (CE) n° 68/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 20), Reglamento (CE) n° 69/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de *minimis* (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 30) y Reglamento (CE) n° 70/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 33) y el Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337, de 13.12.2002, p. 3). Un comentario de estos tres primeros reglamentos puede verse en SINNAEVE, E.: «Les premières exemptions par catégorie en matière d'aides d'Etat», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 2001, pp. 22 a 28 y de la misma autora «Block Exemptions for State Aid: More Scope for State Aid Control by Member States and Competitors», en *CMLRev*, n° 38, december, 2001, pp. 1479 a 1501. Resulta también de interés el análisis que acerca de los proyectos correspondientes a los reglamentos de 2001 de 28 de julio de 1999 (DOCE C 89, de 28.3.2000, p. 15), hace TILMANS, M.: «State Aids: Most Recent Developments», en *EC Comp. Pol. News*, n° 3, october, 1999, pp. 50 a 61, en especial p. 50.

⁷⁹ Para un estudio exhaustivo de la posición de la jurisprudencia en las cuestiones claves para la aplicación del artículo 88 CE durante el proceso de elaboración de este reglamento, vid. WINTER, J. A.: «The Rights of Complainants in State Aid Cases; Judicial Review of Commission Decisions Adopted Under Article 88», en *CMLRev*, n° 36, june, 1999, pp. 521 a 568.

⁸⁰ Considerandos 2 y 3. Téngase en cuenta que, como destaca RODRÍGUEZ CURIEL («Al fin, se aprueba un reglamento de procedimiento sobre ayudas de Estado: Aplicación

SinnaevE y Slot⁸¹, en algunos casos establece una nueva regulación y en otros va más allá que la propia jurisprudencia⁸².

El texto definitivo del Reglamento presenta notables diferencias con el de la propuesta⁸³. Consta de 30 artículos agrupados en ocho capítulos que, como es habitual en la práctica comunitaria, comienzan con un artículo 1 destinado a ofrecer una serie de definiciones de los conceptos básicos de la regulación⁸⁴. El Reglamento define los conceptos de *ayuda*, *ayuda existente*, *ayuda nueva*, *régimen de ayuda*, *ayuda individual*, *ayuda ilegal*, *ayuda aplicada de manera abusiva* y *parte interesada*, mereciendo en este punto una mención específica las definiciones que el Reglamento ofrece de los binomios *régimen de ayuda/ayuda individual* y *ayuda nueva/ayuda existente*⁸⁵.

La noción *régimen de ayudas* es definida como «el dispositivo con arreglo al cual se pueden conceder ayudas individuales a las empresas definidas en el mismo de forma genérica y abstracta, sin necesidad de medidas de aplicación adicionales, así como todo dispositivo con arreglo al cual pueda concederse ayuda, no vinculada a un proyecto específico, a una o a varias empresas por un período indefinido o por un

del artículo 93 del Tratado CE», en *GJ*, n° 201, junio-julio, 1999, pp. 51 a 58, p. 52, nota 3), este reglamento no se aplica a la posible intervención del Consejo prevista en los párrafos tercero y cuarto del apartado 2 del artículo 88 CE.

⁸¹ SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: «*The New Regulation...*», op. cit., p. 1162, nota 31.

⁸² Una posición contraria mantiene RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT («Un comentario crítico al reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado: Reglamento 659/99 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 83 del Tratado CE», en *GJ*, 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 40 a 58), para quienes el Reglamento 659/99, lejos de aportar grandes avances, ha dado pasos atrás en algunas cuestiones.

⁸³ Cfr. propuesta de Reglamento (CE) del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE, Documento COM/98/0073 final y DOCE C 116, de 16.4.1998, p. 13. A dichas diferencias y a su posible significado nos referiremos al analizar las previsiones del texto final. Para un estudio de esta propuesta, vid. SINNAEVE, A.: «Recent Developments. The Commission's Proposal for a Regulation on State Aid procedures», en *EC Comp. Pol. News*, n° 2, June, 1998, pp. 79 a 82, así como las menciones contenidas en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «O Consello aproba...», op. cit., pp. 7 a 10.

⁸⁴ Además de las definiciones incluidas en este capítulo, a lo largo del texto del reglamento se incluyen otras, como la de *notificación completa*, que en la propuesta figuraba en el artículo 1, pasando en la versión final al artículo 2.

⁸⁵ Las demás definiciones serán examinadas a lo largo de los siguientes apartados.

importe ilimitado»⁸⁶. Por su parte, la *ayuda individual*, también conocida como *ad hoc*, es definida como «la ayuda que no se concede en virtud de un régimen de ayudas y la ayuda concedida con arreglo a un régimen de ayudas pero que debe notificarse»⁸⁷.

Respecto de las nociones de *nueva ayuda* y de *ayuda existente*⁸⁸, el Reglamento, a pesar de la mayor importancia práctica de la primera frente a la segunda⁸⁹, define la *ayuda nueva* en sentido negativo, por contraposición a las ayudas existentes, como «toda ayuda, es decir, los regímenes de ayudas y ayudas individuales, que no sean ayudas existentes, incluidas las modificaciones de ayudas existentes».

⁸⁶ El inciso «así como...» fue añadido con posterioridad a la propuesta inicial.

⁸⁷ No debe olvidarse que en determinadas circunstancias puede resultar aprobado un régimen de ayudas sometiéndolo a la condición de la notificación de sus actos de aplicación. Por ejemplo, la Decisión de 7 de octubre de 1987, sobre la Ley 1386/1983, en virtud de la cual el Gobierno griego concede diversas ayudas a la industria del país (DOCE L 76, de 22.3.1988, p. 18).

⁸⁸ El concepto de ayuda *existente* aparece recogido en el apartado 1 del artículo 93, como el de ayuda abusiva, mientras que el de ayuda *nueva*, como recuerda CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., p. 128), fue acuñado por la jurisprudencia en la sentencia Costa-Enel (Cfr. STJCE de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa c. ENEL. Petición de decisión prejudicial planteada por el Giudice Conciliatore de Milán, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141). Al carácter crucial de esta distinción sobre la que se ha construido gran parte de la práctica procedimental en la materia se refiere Slot («Procedural Law...», op. cit., pp. 36 y 37), haciendo referencia a las soluciones jurisprudenciales al respecto: STJCE de 4 de febrero de 1992. British Aerospace Public Ltd Company y Rover Group Holdings Plc c. Comisión, asunto C-294/90, Rec. 1992, p. I-493. STJCE de 30 de junio de 1992, Reino de España c. Comisión, asunto C-312/90, Rec. 1992, p. I-4117 (ambas citadas por Slot) y más recientemente la STJCE de 9 de agosto de 1994, Namur-les Assurances du Crédit SA c. Office National du Ducroire y Estado belga, Petición de decisión prejudicial de la Cour d'Appel de Bruxelles-Bélgica, asunto C-44/93, Rec. 1994, p. I-3829. Por su parte, el Reglamento se refiere a las ayudas existentes aún antes de definir las en diversos considerandos, destacando en el número 4, incorporado durante el proceso de elaboración final del texto, que «para garantizar la seguridad jurídica procede definir las circunstancias en las que la ayuda debe considerarse ayuda existente; que la consecución e intensificación del mercado común es un proceso gradual, que se refleja en el desarrollo permanente de la política de ayudas de Estado; considerando que, como consecuencia de dicha evolución, determinadas medidas, que en el momento de su aplicación no constituían ayudas de Estado, han podido pasar a ser ayudas».

⁸⁹ La mayor importancia práctica que presentan en general las ayudas nuevas frente a las existentes ha ocasionado que se haya invertido la importancia de los tres párrafos del artículo 88 CE, tal como fueron redactados por los autores del Tratado y que el mayor interés se haya centrado en las obligaciones que derivan del apartado 3. En este sentido, vid. por todos, CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 126.

Sin embargo, el Reglamento⁹⁰ no define la expresión *modificación de una ayuda*. Consecuentemente, la Comisión conserva su poder de decisión, por lo que en principio cualquier modificación de una ayuda existente⁹¹ deberá ser notificada⁹².

Sería conveniente, no obstante, que en un futuro la Comisión aclarara esta cuestión, de singular interés práctico, ejerciendo las facultades que al objeto le abre el artículo 27 del Reglamento de procedimiento⁹³ que expresamente alude a este respecto su capacidad para adoptar medidas de aplicación relativas a «la forma, el contenido y otros pormenores de las notificaciones».

Las ayudas *existentes*⁹⁴ son definidas de manera descriptiva como:

⁹⁰ Vid. SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1160. Estos autores recuerdan que la cuestión ya fue suscitada por el Abogado General WARNER en sus conclusiones en el asunto 177/78 (*Pigs and Bacon Commission c MC CARREN and Cº. Ltd*, Petición de decisión prejudicial, Rec. 1979, p. 2161), presentadas el 15 de mayo de 1979.

⁹¹ RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT («Un comentario...», op. cit., p. 43), consideran, a título de ejemplo, que una medida que suponga únicamente una prolongación en el tiempo de una ayuda previamente aprobada por la Comisión, es una ayuda nueva y como tal debe ser notificada.

⁹² Cfr. STPI de 30 de enero de 2002, Keller, SpA. y Keller Meccanica SpA c. Comisión, asunto T-35/99, apartados 62 a 67, pendiente de publicación,

⁹³ Podemos recordar, no obstante, que la *Guía de procedimiento...* (op. cit., apartado 11) indica que tampoco es necesario notificar los incrementos del presupuesto autorizados en un régimen de ayuda existente siempre que dicho incremento no sea superior al 20%, remitiéndose a su Comunicación sobre notificaciones e informes estandar (Carta a los Estados miembros SG(94)D2472-2494, de 22.2.1994). Vid. con respecto a esta cuestión las conclusiones del Abogado General M. FENNELLY, presentadas el 13 de abril de 2000, en los asuntos acumulados C-15/98 y C-105/99 (República italiana c. Comisión), apartados 28 y ss.

⁹⁴ Artículo 1.b. Los apartados iii) *in fine*, iv) y v) se añadieron al texto de la propuesta de la Comisión. RIVAS ANDRÉS y GUTIÉRREZ GISBERT («Un comentario...», op. cit., pp. 41 a 43) destacan el carácter confuso e incompleto de esta definición que, a pesar de pretender ser exhaustiva, deja fuera de su campo de aplicación, por ejemplo, las medidas que pasen a ser ayudas de Estado tras la liberalización de una determinada actividad por la legislación comunitaria. Para estos autores, la reciente STPI de 15 de junio de 2000 (Alzetta Mauro y otros c. Comisión, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Rec. 2000, p. II-2319, especialmente apartado 150) vendría a consagrar una posición distinta a la que recoge el Reglamento, al considerar que un régimen de ayudas establecido en un mercado inicialmente cerrado a la competencia (en este caso el del cabotaje marítimo) debe considerarse, en el momento de la liberalización de ese mercado, como ayudas existentes.

- i) [...] toda ayuda que existiese antes de la entrada en vigor del Tratado en el Estado miembro respectivo, es decir, los regímenes de ayuda que se apliquen y las ayudas individuales que se lleven a efecto con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y que prevean pagos con posterioridad a la misma⁹⁵;
- ii) la ayuda autorizada, es decir, los regímenes de ayudas y ayudas individuales autorizados por la Comisión o por el Consejo;
- iii) la ayuda que deba considerarse que ha sido autorizada con arreglo al apartado 6 del artículo 4 del presente Reglamento o con anterioridad al presente Reglamento pero de conformidad con este procedimiento;
- iv) la ayuda considerada como ayuda existente con arreglo al artículo 15⁹⁶;
- v) la ayuda considerada como ayuda existente al poder acreditarse que en el momento en que se llevó a efecto no constituía una ayuda, y que posteriormente pasó a ser una ayuda debido a la evolución del mercado común y sin haber sido modificada por el Estado miembro. Cuando determinadas medidas pasen a ser ayudas tras la liberalización de una determinada actividad por la legislación comunitaria, dichas medidas no se considerarán como ayudas existentes tras la fecha fijada para la liberalización»⁹⁷.

⁹⁵ Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 144 y 172 del Acta de adhesión de Austria, de Finlandia y de Suecia. En este sentido, como destacan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1158, nota 18), siguiendo en este punto a MEDERER («Artikel 93», en GROEBEN, H., THIESING, J., EHLERMANN, C.D.: *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5th, Nomos, Baden-Baden, 1999, par. 28), la razón de esta mención particular es que en estos países, de acuerdo con el artículo 172 del Acta de Adhesión, sólo son ayudas existentes las anteriores a la entrada en vigor del AEEE (1 de enero de 1994). Un ejemplo reciente de estas ayudas lo encontramos en el asunto Babcock Wilcox Española, S.A., en el que la Comisión autorizó finalmente parte de la ayuda controvertida por considerar que respondía a compromisos adquiridos antes de la adhesión de España a la Comunidad Europea. Cfr. Decisión de 3 de julio de 2001, sobre la ayuda estatal que España ha ejecutado y tiene previsto ejecutar para la reestructuración de Babcock Wilcox España SA (DOCE L 67 de 9.3.2002, p. 50) e IP/01/932, de 3.7.2001 («La Comisión aprueba la mayor parte de la ayuda a Babcock Wilcox Española, S.A.»).

⁹⁶ Se trata de una categoría nueva que se refiere a las ayudas cuya recuperación no puede ser instada por la Comisión como consecuencia del transcurso del plazo de prescripción de 10 años previsto en el artículo 15 del Reglamento.

⁹⁷ Para SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation ...*, op. cit., pp. 1159 y 1160), esta regla

Pues bien, partiendo de esta dicotomía entre ayudas nuevas y ayudas existentes, el Reglamento distingue cuatro procedimientos, a cuya regulación dedica los capítulos II a V: 1) procedimiento aplicable a las ayudas notificadas; 2) procedimiento aplicable a las ayudas ilegales; 3) procedimiento aplicable a los regímenes de ayudas abusivas; y 4) procedimiento aplicable a los regímenes de las ayudas existentes. Los dos primeros procedimientos se refieren a ayudas nuevas, mientras que los dos siguientes tienen por objeto ayudas existentes⁹⁸. De todos ellos, sin embargo, es el relativo a las ayudas notificadas el que es objeto de una regulación más completa, ya que actúa como modelo-tipo⁹⁹ de los otros tres, que se remiten a él en numerosas ocasiones¹⁰⁰.

2.2.2.1. Procedimiento aplicable a las ayudas notificadas

El procedimiento aplicable a las ayudas notificadas, que se contiene en el capítulo II¹⁰¹, desarrolla dos obligaciones básicas de los Estados miembros: a) la obligación de notificación previa de los proyectos de ayudas nuevas, y b) la obligación de no hacer efectivas las ayudas hasta

no es aplicable en el caso de que un Estado miembro haya adelantado voluntariamente el proceso de liberalización de un sector a los plazos fijados por la Comisión. Para estos autores, sin perjuicio de la eventual aplicación que pudieran hacer las autoridades judiciales nacionales, no parece posible que la Comisión ejerza su control cuando la actividad se desarrolla en régimen de monopolio en otros Estados miembros que no se adelantaron al calendario previsto.

⁹⁸ En efecto, de acuerdo con lo que más adelante se expondrá, cabe señalar que las ayudas ilegales son ayudas nuevas en cuya concesión no se ha respetado la obligación de notificación previa (ayuda notificada) y/o la prohibición de ejecución hasta que recaiga decisión sobre su compatibilidad; por su parte, las ayudas abusivas son en realidad ayudas ya existentes en cuya ejecución se han excedido las condiciones de su autorización.

⁹⁹ Así tuvimos ya ocasión de manifestarlo en nuestra contribución «O Conselho aproba...», op. cit., en particular p. 8.

¹⁰⁰ Las frecuentes remisiones a este procedimiento que se efectúan a lo largo del texto resultan en la práctica excesivas y dificultan, a nuestro juicio, de manera innecesaria la comprensión de los distintos procedimientos. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las reglas de procedimiento en materia de ayudas estatales en la Comunidad Europea», en *ADI*, n.º XX, 1999, Madrid, 2000, pp. 1501 a 1505, en particular p. 1505. A título de ejemplo, cfr. artículo 26 del Reglamento. Sin negar la mayor complejidad de que dotan al texto estas remisiones, SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1157), destacan la coherencia que revela la regulación en su conjunto.

¹⁰¹ Artículos 2 a 9.

que hayan sido autorizadas por la Comisión¹⁰²; regulando, además, dos fases claramente diferenciadas: c) el examen preliminar, y d) la investigación formal.

a) La obligación de notificación previa

La pieza clave del control de las ayudas nuevas es la notificación a la que se refiere implícitamente pero sin mencionarla expresamente el apartado 3 del artículo 88 CE al señalar que «(1) a Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o a modificar ayudas con la suficiente antelación como para poder presentar sus observaciones. [...]».

El alcance de esta obligación, ahora matizado por las previsiones del Reglamento 994/98, ha resultado en la práctica especialmente confuso. Como destacan Waelbroeck y Frignani¹⁰³, todas las potenciales ayudas, incluso las que, en opinión del Estado que las otorga, no amenazan falsear la competencia ni afectar a los intercambios comerciales en el interior de la Comunidad están sometidas a control y, por tanto, deben ser notificadas. Ello obedece al hecho de que no se ha querido dejar en manos de los Estados miembros la facultad de apreciar si una medida presenta riesgos para el funcionamiento del mercado común, sino que esta apreciación es competencia exclusiva de las instituciones comunitarias¹⁰⁴. Por supuesto, como puntualiza Keppenne¹⁰⁵, si la Comisión ha considerado en una decisión anterior que una determinada medida constituía una ayuda estatal, no podrá ejecutarse ninguna otra medida del mismo tipo sin haber sido notificada previamente.

El Tribunal de Justicia ha subrayado en varias ocasiones la importancia de esta obligación, que constituye la salvaguardia del sistema de

¹⁰² Como subraya SINNAEVE («The Commission...», op. cit., p. 79), las demás previsiones no son sino consecuencias de aquéllas o instrumentos destinados a asegurar su eficacia. Al hilo de la exposición de estas obligaciones analizaremos las fases en las que se estructura este procedimiento.

¹⁰³ WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 493.

¹⁰⁴ Vid. QUIGLEY, C.: «The Notion...», op. cit., p. 256, quien cita al respecto las conclusiones del Abogado General LENZ presentadas el 16 de abril de 1986 (Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 40/85, Rec. 1986, p. 2321).

¹⁰⁵ KEPPEPNE, J. P.: *Guide des aides...*, op. cit., pp. 202 y 203.

control establecido por el artículo 88 CE que, a su vez, es una garantía para el funcionamiento del mercado común¹⁰⁶.

A la obligación de notificación previa se refiere el apartado 1 del artículo 2 del Reglamento 659/1999, al establecer que «(s)alvo disposición en contrario en cualesquiera reglamentos adoptados de conformidad con el artículo 94 del Tratado o con cualquier otra disposición pertinente del mismo¹⁰⁷, el Estado miembro interesado deberá notificar a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda¹⁰⁸. La Comisión comunicará sin demora a los Estados miembros la recepción de toda notificación»¹⁰⁹.

En dicha notificación, como se añade en el apartado 2º, «el Estado miembro interesado facilitará toda la información necesaria para que la Comisión pueda adoptar una decisión (...) (notificación completa)».

¹⁰⁶ En este sentido y con cita de la jurisprudencia correspondiente, véase WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 491.

¹⁰⁷ Cfr. Reglamento ((CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DOCE L 142, de 14.5.1998, pp. 1 a 4), así como los adoptados por la Comisión al amparo del mismo: Reglamento (CE) n° 68/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 20), Reglamento (CE) n° 69/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 30) y Reglamento (CE) n° 70/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE L 1, de 13.1.2001, p. 33); Reglamento del Consejo (CEE) n° 1893/91, de 20 junio de 1991, que modifica el Reglamento (CEE) n° 1191/69 sobre la acción de los Estados miembros en relación con las obligaciones inherentes al concepto de servicio público en el transporte por ferrocarril, carretera y vías navegables (DOCE L 169, de 29.6.1991, p. 1). Vid. en extenso, CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 139 y 140.

¹⁰⁸ En este punto procede traer a colación, como hace RODRÍGUEZ CURIEL («Discrepancia de algunas críticas al reglamento comunitario sobre ayudas de Estado», en *GJ*, n° 212, marzo-abril, 2001, pp. 78 a 81, p. 81) la STPI de 16 de septiembre de 1998 (Waterleiding Maatschappij «Noord-West Brabant» NV c. Comisión, asunto T-188/95, Rec. 1998, p. II-3713, apartado 118 in fine) en la que se señala que «(c)omo el apartado 3 del artículo 93 del Tratado no contiene ningún criterio formal, corresponde a cada Estado miembro determinar en qué fase del procedimiento legislativo decide someter el proyecto de ayuda al examen de la Comisión, siempre que este proyecto no sea ejecutado antes de que la Comisión haya declarado que la ayuda es compatible con el mercado común».

¹⁰⁹ El inciso final de este apartado no figuraba en la propuesta inicial.

Aunque existe una práctica consolidada en relación con la forma y con los requisitos de las notificaciones¹¹⁰, en el artículo 26 el Reglamento habilita expresamente a la Comisión para dictar disposiciones de aplicación «relativas, en particular, a la forma, al contenido y a otros pormenores de las notificaciones»¹¹¹.

Un aspecto a tener en cuenta es el de quiénes son los sujetos obligados a efectuar la notificación a la Comisión. A esta cuestión se refiere Chérot¹¹², quien, sobre la base de que las obligaciones que imponen los Tratados recaen directamente sobre los Estados miembros, puesto que son éstos quienes formalmente asumen los compromisos derivados de los mismos, excluye de este deber general a las administraciones locales, cuyas obligaciones derivarían del derecho interno y no directamente del derecho comunitario, y a los propios beneficiarios de las ayudas¹¹³, por lo que serían los propios Estados miembros quienes, para garantizar el cumplimiento de sus propias obligaciones y responsabilidades, deban articular los mecanismos necesarios que le permitan llevar esto a efecto.

Desde un punto de vista práctico, la participación pública en el capital ha sido uno de los supuestos que planteó mayor dificultad para determinar cuándo era necesaria la notificación previa.

Los problemas derivaban en gran medida de la propia resistencia de los Estados miembros a someter al control de la Comisión unas actividades que tradicionalmente consideraban de su exclusiva responsabilidad y ajenas al ámbito de aplicación de las reglas sobre ayudas estatales¹¹⁴.

¹¹⁰ No se puede olvidar como veremos más adelante que la práctica de la notificación tiene una parte interna o nacional, debiendo cada Estado miembro articular los mecanismos adecuados para garantizar de la manera más eficiente posible el cumplimiento de esta obligación por dicho Estado.

¹¹¹ Mientras la Comisión no dicte nuevas disposiciones de aplicación, siguen siendo válidas, con carácter general, las que se reproducen y resumen en la *Guía de procedimiento...*, op. cit., apartados 16 y ss.

¹¹² CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 155 a 157.

¹¹³ Lo mismo cabe decir respecto de las comunidades autónomas en el caso español, de los länder alemanes o de las regiones autónomas italianas.

¹¹⁴ Son especialmente expresivas de esta posición las alegaciones de los Estados miembros en los primeros recursos contra decisiones negativas de la Comisión. Cfr. STJCE de 14 de noviembre de 1984. SA Intermills c. Comisión, asunto 323/82, Réc.

A esta fundamental cuestión vino a responder principalmente la ya aludida Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984¹¹⁵ al analizar y precisar las obligaciones de los Estados miembros en las distintas hipótesis de aportación pública de capital¹¹⁶.

En los supuestos de «adquisición total o parcial en sentido estricto de una participación en el capital de una empresa existente, sin aportación alguna de nuevo capital», a juicio de la Comisión no existen ayudas de Estado¹¹⁷ y, por tanto, «no existe necesidad de imponer obligaciones particulares a los Estados miembros». En los demás supuestos en que se excluye *a priori* la existencia de ayuda estatal, si se cumplen las condiciones que enumera el apartado 3.2 del citado documento, la Comisión se limita a solicitar la información *a posteriori* «mediante informes periódicos, normalmente anuales, sobre las participaciones adquiridas por los organismos económicos y por las autoridades públicas de forma directa», especificando los datos requeridos en los informes y los umbrales mínimos para su exigencia¹¹⁸.

Por el contrario, en los supuestos en los que, de acuerdo con la citada Comunicación, la aportación de capital constituye con certeza una ayuda¹¹⁹, los Estados miembros estarán sujetos a la obligación general de notificación previa, conforme al apartado 3 del artículo 93 Tratado CE (hoy 88 CE) antes de su ejecución.

1984, p. 4295, y STJCE de 13 de marzo de 1985. Reino de los Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek BV c. Comisión, asuntos 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 809.

¹¹⁵ Bol. CE 9-1984, pp. 93 a 96 y reproducido en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...*, op. cit., pp. 147 a 151. Cfr. apartado 4 *in totum*. La intención de la Comisión en este punto es «volver a indicar y especificar» las obligaciones que surgen para los Estados miembros en estos supuestos «(p)rescindiendo del hecho de que la Comisión está en cualquier caso facultada para exigir información a los Estados miembros de forma individualiza».

¹¹⁶ No se puede olvidar que la Comunicación sobre aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80 /723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DOCE C 307, de 12.10.1993, p. 3) señala en su apartado 27 que «(a)l valorar la justificación de la aportación de fondos, el Estado miembro debe decidir sobre la necesidad de la notificación, con arreglo a la obligación que le impone el apartado 3 del artículo 93...», remitiéndose expresamente a la Comunicación de 1984. Sobre esta cuestión, vid. *infra* capítulo quinto, apartado 3.1.2.

¹¹⁷ Apartado 3.1 de la comunicación.

¹¹⁸ Apartado 4.2 y 4.5.

¹¹⁹ Apartado 3.3.

En los casos en los que la existencia de ayudas de Estado es más dudosa¹²⁰, la situación es más compleja, puesto que la Comisión entiende que cuando «no se puede determinar a priori si se trata de una ayuda o no» deberá ser informada *a posteriori*, de acuerdo con los informes periódicos antes aludidos; mientras que cuando exista al menos una presunción de la existencia de ayudas¹²¹, la Comisión deberá ser informada previamente.

Estas soluciones son básicamente las que sigue manteniendo hoy la Comisión, como se desprende de su Comunicación sobre *Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación*¹²² y de su *Guía de procedimiento*, de 1995¹²³.

La legislación interna de los diferentes Estados miembros ha venido articulando el cumplimiento de esta obligación desarrollando al efecto los correspondientes procedimientos. Por lo que se refiere a España, continúa siendo de aplicación el RD 1755/1987, de 23 de diciembre¹²⁴, que se completa en el caso de la Comunidad Autónoma de Galicia, con lo establecido en el Decreto 287/2000, de 21 de noviembre, por el que se desarrolla el régimen de ayudas y subvenciones públicas de la Comunidad Autónoma de Galicia¹²⁵.

¹²⁰ Apartado 3.4, inciso primero

¹²¹ Apartado 3.4, incisos segundo y siguientes.

¹²² DOCE C 307, de 13.11.1993, p. 3. Apartados 27-31 y 35-37.

¹²³ Apartado 15. En este documento, en cuyas notas cita expresamente las comunicaciones ya referidas, la Comisión señala que «(t)ambién se exige la notificación cuando, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la práctica de la Comisión, parece suficientemente probable que una medida constituya una ayuda estatal. Por este motivo, los Estados miembros deberán informar también a la Comisión de sus proyectos de efectuar transferencias financieras de fondos públicos a empresas del sector público y privado cuando las aportaciones de capital constituyan o puedan constituir ayuda».

¹²⁴ BOE, n° 19 de de 22.1.1988. Para una sucinta visión de esta fase del procedimiento de notificación, vid., HEREDIA BENOT, D.: «Control de las ayudas...», op. cit., pp. 31 y 32. Téngase en cuenta, no obstante, la nueva denominación de los diversos órganos administrativos intervinientes, dependientes del Ministerio de Asuntos Exteriores, de acuerdo con el RD 1473/2000, de 4 de agosto por el que se desarrolla la estructura organizativa básica del Ministerio de Asuntos Exteriores (BOE, n° 187 de 5.8.2000).

¹²⁵ DOG, n° 238 de 11.12.2000. El artículo 6 de este decreto precisa el alcance de la obligación de notificación, mientras que su artículo 7 desarrolla el correspondiente procedimiento para llevarla a efecto en la Comunidad Autónoma de Galicia.

b) La obligación de suspensión (*standstill*)

La segunda obligación principal de los Estados miembros es la de no ejecutar las medidas propuestas hasta que la Comisión haya adoptado una decisión definitiva, expresa o tácita, con la finalidad de evitar que produzca sus efectos antes de que la Comisión pueda valorarla convenientemente¹²⁶. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, para la que, como destaca la reciente STJCE de 22 de junio de 2000¹²⁷, «el objeto de la disposición introducida por el artículo 93, apartado 3 del Tratado no es una mera obligación de notificación, sino una obligación de notificación previa que, en cuanto tal, comporta e implica el efecto suspensivo consagrado por la última frase de dicho apartado. Contrariamente a lo afirmado por el Gobierno francés, dicha disposición no permite, por tanto, proceder a una disociación entre las obligaciones que en ella se establecen, a saber, las de notificación de toda ayuda nueva y las de suspensión provisional de la ejecución de dicha ayuda».

La interpretación del alcance del artículo 88 CE ha suscitado diversas cuestiones, como la relativa a la expresión *ejecución de una ayuda*. Como recuerda Chérot¹²⁸, la Comisión considera *ejecución* no sólo el otorgamiento efectivo de la ayuda, sino la simple institución o puesta en vigor de la ayuda por medio de una reglamentación o de una decisión individual, admitiendo, no obstante, la validez de aquellas disposiciones que incluyan una cláusula que suspenda la aplicabilidad de la norma hasta la obtención de la autorización¹²⁹. Consiguientemente, en

¹²⁶ El apartado 3 del artículo 88 CE señala que «la Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones. Si considerare que un proyecto no es compatible con el mercado común con arreglo al artículo 87, la Comisión iniciará sin demora el procedimiento previsto en el apartado anterior. El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva». Por su parte, el artículo 3 del Reglamento 659/99, bajo la rúbrica de *Cláusula de efecto suspensivo*, señala que «la ayuda que deba notificarse a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2 no podrá llevarse a efecto antes de que la Comisión adopte o deba considerarse que ha adoptado una decisión autorizando dicha ayuda».

¹²⁷ Asunto C-332/98, República francesa c. Comisión, Rec. 2000, p. I-04833, apartados 31 a 33.

¹²⁸ CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 150.

¹²⁹ KEPPENNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 207 a 209, en especial p. 208. La *Guía de procedimiento* (op. cit., apartado 27) señala a este respecto que «por ejecutar se entiende

el supuesto de una ayuda en forma de *aportación de capital*, la ejecución de la que habla este precepto se correspondería con el momento en que la empresa *beneficiaria* asumiese la posición de acreedora de dichas cantidades, sin que fuera necesario que éstas se hubieran desembolsado de manera efectiva (*dividendos pasivos*). Obviamente, la prohibición de ejecutar la ayuda se extiende a todo el procedimiento, por lo que subsiste en el caso de que la Comisión decida incoar el procedimiento de investigación formal¹³⁰.

c) El examen preliminar

En el examen efectuado por la Comisión, tras la notificación de las potenciales ayudas, es posible distinguir dos fases: la preliminar o precontenciosa¹³¹ y la de investigación formal, también conocida como fase

no sólo la concesión de hecho de la ayuda al destinatario, sino la habilitación (sic) para conceder la ayuda sin ulteriores trámites», añadiendo que «para no incumplir este requisito al aprobar la norma sobre ayudas correspondiente, los Estados miembros pueden notificar la normativa cuando aún está en su fase de proyecto o, en caso contrario, incluir en esta última una cláusula por la cual el organismo que concede la ayuda sólo pueda efectuar los pagos una vez obtenida la autorización de la Comisión». En nota precisa, sin embargo, que «no es necesario notificar la normativa financiera por la que se establecen asignaciones anuales de transferencias a empresas públicas, sino únicamente los planes financieros individuales» y también en nota se remite a su carta de 27 de abril de 1989 (Ref. SG (89) D/5521), que puede consultarse en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...*, op. cit., p. 62.

¹³⁰ SINNAEVE Y SLOT (*The New Regulation ...*, op. cit., pp. 1174 y 1175) se plantean la operatividad de esta cláusula en el caso de que un tribunal comunitario anulase una decisión de la Comisión. Si la decisión anulada hubiera sido negativa, para estos autores parece lógico admitir que dicha cláusula continuaría siendo operativa hasta que una nueva decisión, positiva en ese caso, declarara la compatibilidad de la ayuda, levantando su suspensión. En el caso de que la decisión anulada hubiera sido positiva sin abordar las consecuencias de dicha anulación, como sucedió en el asunto Cofaz II (STJCE de 12 de julio de 1990, Société CDF Chimie Azote et Fertilisants SA y Société Chimique de la Grande Paroisse SA c. Comisión, asunto 169/84, Rec. 1990, p. I-3083), cabrían dos interpretaciones: que la suspensión sólo operara desde el fallo, por analogía con el artículo 82 CE (ex 85 Tratado CE) y con el artículo 10.5 del Reglamento sobre concentraciones, o bien entender que sus efectos se retrotraerían a la situación previa a la adopción de la decisión. El Reglamento 959/99 no responde a esta cuestión, por lo que será en sede de Derecho interno donde deba tomarse la decisión más apropiada.

¹³¹ En general la doctrina se inclina por la denominación de fase previa o preliminar. En este sentido, a título indicativo, vid. BIANCARELLI, J.: «Le contrôle de la Court de Justice des Communautés Européennes en matière d'aides publiques», en *AJDA*, n° 6, de 20.6.1993, pp. 412 a 436, en especial p. 429.

contradictoria¹³². Sin embargo, no siempre son necesarias ambas etapas, puesto que lógicamente la Comisión sólo se ve obligada a abrir el período contradictorio cuando alberga dudas sobre la existencia o sobre la compatibilidad de la ayuda en cuestión. Así lo expone con claridad la STPI de 10 de mayo de 2000, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Comisión¹³³, en la que el Tribunal recuerda que: «(e)n el marco del artículo 93 del Tratado debe distinguirse entre, por una parte, la fase previa de examen de las ayudas, establecida en el apartado 3, que sólo tiene por objeto permitir a la Comisión formarse una primera opinión tanto sobre el carácter de ayuda de Estado de la medida de que se trata como sobre la compatibilidad parcial o total de la ayuda controvertida con el mercado común y, por otra, la fase formal de examen recogida en el apartado 2. El Tratado tan sólo prevé la obligación de la Comisión de emplazar a los interesados para que presenten sus observaciones en el marco de esta última fase, cuya finalidad es permitir a la Comisión obtener una información completa sobre el conjunto de los datos del asunto (...)»¹³⁴.

La fase preliminar tiene como objetivo permitir a la Comisión examinar *prima facie* las medidas objeto de notificación con la finalidad de que pueda adoptar una decisión¹³⁵. En su artículo 4 el Reglamento prevé que la Comisión procederá al examen de la notificación «desde

¹³² La denominación de «procedimiento contradictorio» es empleada, por ejemplo, por WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho Europeo...*, op. cit., pp. 495 a 498).

¹³³ Asunto T-46/97, Rec. 2000, II- 2125, apartado 70. Esta sentencia tiene por objeto un recurso de anulación, por un lado, de la Decisión de 7 de noviembre de 1996, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (actualmente artículo 88 CE) en materia de financiación de cadenas públicas de televisión, notificada a la demandante el 6 de enero de 1997 y, por otro lado, de la Decisión que supuestamente se recoge en el escrito de la Comisión de 20 de diciembre de 1996, referente a la denuncia de la demandante contra RTP Radiotelevisão Portuguesa, SA.

¹³⁴ El TPI cita en este punto las SSTJCE de 19 de mayo de 1993, Cook c. Comisión, C-198/91, Rec. p. I-2487, apartado 22, y de 15 de junio de 1993, Matra c. Comisión, C-225/91, Rec. p. I-3203, apartado 16.

¹³⁵ Como destacan WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho europeo...*, op. cit., p. 495), generalmente la Comisión lleva a cabo una reunión multilateral con los Estados miembros respecto de los proyectos que le son comunicados, teniendo el carácter de recomendaciones las observaciones efectuadas por la Comisión en esta fase inicial. Es preciso añadir en este contexto que no es infrecuente que la Comisión conozca un proyecto a través de la prensa y que sea ella quien, tras reclamar información al Estado interesado, fuerce la notificación de la medida.

el momento de su recepción», obligándola a adoptar una decisión, salvo que, al amparo del artículo 8 del Reglamento, el Estado miembro opte por la retirada del proyecto notificado. En dicha decisión, la Comisión deberá resolver si la medida notificada no constituye una ayuda en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE; si constituye una ayuda, pero que no se plantean dudas acerca de su compatibilidad («decisión de no formular objeciones»¹³⁶); o si existen dudas sobre su carácter de ayuda o sobre su compatibilidad. En este último caso, la Comisión deberá incoar el procedimiento contemplado en el apartado 2 del artículo 88 CE («decisión de incoar el procedimiento de investigación formal»).

La regulación de esta fase preliminar introduce algunos de los elementos de mayor utilidad e importancia del reglamento, en la medida en que codifica algunas prácticas habituales en materia de plazos y resuelve diversas dudas que a este respecto se habían suscitado. De acuerdo con la práctica consolidada tras la sentencia *Lorenz*¹³⁷, el Reglamento fija el plazo de dos meses para que la Comisión emita sus pronunciamientos¹³⁸. Este plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a la recepción de una *notificación completa*¹³⁹, considerán-

¹³⁶ En este supuesto el Reglamento exige que se especifique la excepción que haya podido aplicar.

¹³⁷ STJCE de 11 de diciembre de 1973, *Gebrueder Lorenz GmbH c. República Federal de Alemania y Land Rheinland-Pfalz* (Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Frankfurt), asunto 120-73, Rec. 1973, p. 1471. Como ha precisado la propia jurisprudencia (STJCE de 15 de febrero de 2001, *República francesa c. Comisión*, asunto C-99/98, Rec. 2001 p. I-1101, apartado 84) para que se aplique la doctrina del «Plazo Lorenz», se requiere que se den «dos condiciones necesarias y suficientes. La primera es el preaviso del Estado miembro, notificando por adelantado a la Comisión la ejecución de la ayuda proyectada. La segunda es que la Comisión no inicie el procedimiento contradictorio previsto en el artículo 93, apartado 2, del Tratado en los dos meses siguientes a la notificación completa de la ayuda. A esta segunda condición se refiere el apartado 5 de la sentencia Lorenz con los términos ‘en caso de silencio de la Comisión’, y no a un derecho de oposición como pretende la Comisión».

¹³⁸ Como ha reconocido la jurisprudencia (STPI de 7 de junio de 2001, *Agrana Zucker und Starke AG c. Comisión*, asunto T-187/99, Rec. 2001 p. II-1587, apartado 38 *in fine*), un telefax enviado por la Comisión basta para interrumpir el plazo Lorenz.

¹³⁹ El Reglamento define la *notificación completa* al precisar el alcance de la obligación de notificación señalando en el artículo 2.1 que «(e)n la notificación, el Estado miembro interesado facilitará toda la información necesaria para que la Comisión pueda adoptar una decisión con arreglo a los artículos 4 y 7». A este respecto comentan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1167), que parece imposible o inconveniente que

dose como tal la notificación cuando «en el plazo de dos meses a partir de su recepción, o de la recepción de cualquier información adicional solicitada, la Comisión no solicita más información»; no obstante, el plazo de dos meses «podrá prorrogarse con el consentimiento tanto de la Comisión como del Estado miembro interesado», o fijarse un plazo más breve (*procedimiento de urgencia*¹⁴⁰).

La consecuencia directa del incumplimiento de este plazo es que «se considerará que la Comisión ha autorizado la ayuda¹⁴¹». En este caso, el Estado miembro interesado podrá ejecutar las medidas notificadas, tras haber informado previamente a la Comisión que, sin embargo, podrá adoptar todavía una decisión en un plazo de quince días hábiles a partir de la recepción de dicha información¹⁴².

la Comisión pudiera precisar más acerca de la información que debe contener la notificación, puesto que dependerá básicamente de las características y de las circunstancias de cada caso concreto. Sobre esta cuestión resulta de interés la Decisión de 29 de marzo de 2000, relativa al régimen de ayudas instituido por el artículo 29 *ter* de la Ley de 30 de diciembre de 1970 para la expansión económica, modificada por el Decreto de 25 de julio de 1992 y ejecutado por Bélgica (DOCE L 191, de 27.7.2000, p. 30), en la que la Comisión señala que determinados artículos del mencionado decreto eran «demasiado imprecisos y cubrían situaciones demasiado diversas», por lo que consideró incompleta la notificación respecto de los mismos y se reservó el derecho a examinar su compatibilidad a tenor de las modalidades de aplicación que deberían ser objeto de notificación individual.

¹⁴⁰ La posibilidad de fijar plazos más breves para el examen de las ayudas era una posibilidad que la Comisión había admitido en diversas comunicaciones, pero que no figuraba en la propuesta que había presentado al Consejo, incorporándose finalmente al texto del Reglamento a instancia de los Estados miembros. Cfr. Comunicación de la Comisión relativa al procedimiento acelerado de aprobación de los planes de ayuda a las PYMES y de notificación de planes vigentes (DOCE C 213, de 19.8.1992, p. 10) y procedimiento acelerado para la tramitación de las notificaciones de ayudas al empleo. Formulario-tipo de notificación (DOCE C 218, de 27.7.1996, p. 4).

¹⁴¹ En este caso y, de acuerdo con la sentencia *Lorenz* (apartado 6), a dicha ayuda se le aplicará el régimen de las ayudas existentes. En el mismo sentido, vid. STJCE de 30 de junio de 1992, Reino de España c. Comisión, asunto C-312/90, Rec. 1992, p. I-4117, apartado 18; STJCE de 11 de julio de 1996, Syndicat Français de l'Express International (SFEI) y otros c. la Poste y otros, petición de decisión prejudicial del Tribunal de Commerce de París – Francia, asunto C-39/94, Rec. 1996, p. I-3547, apartado 38; STJCE de 2 de abril de 1998, Comisión c. Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeurs (Sytraval) y Brink' s France SARL, recurso de casación, asunto C-367/95 P, Rec. 1998, p. I-1719, apartado 37; STJCE de 15 de febrero de 2001. República francesa c. Comisión, asunto C-99/98. Rec. 2001 p.I-1101, apartado 79; STPI de 7 de junio de 2001, Agrana Zucker und Starke AG c. Comisión, asunto T-187/99, Rec. 2001 p.II-1587, apartado 37.

¹⁴² La determinación de este plazo adicional y su fijación en quince días no procede de la jurisprudencia *Lorenz*. Su admisión respondería, desde la perspectiva de la Comi-

Como ya se ha señalado, la Comisión podrá recabar la información adicional que estime necesaria para adoptar su decisión cuando considere incompleta la recibida con la notificación¹⁴³. En este punto¹⁴⁴ el Reglamento establece una importante novedad con respecto a la práctica anterior, ya que en el caso de que el Estado miembro interesado no facilite la información adicional requerida en el plazo establecido o la suministre de forma incompleta, «la Comisión enviará un recordatorio, concediendo un plazo adicional apropiado para la presentación de la información», que, en el caso de ser también desatendido, permitirá a la Comisión dar por retirada la notificación con la simple obligación de comunicarlo al Estado miembro¹⁴⁵.

d) La investigación formal

Al amparo del apartado 2 del artículo 93 Tratado CE (artículo 88 CE) se había admitido ya que la Comisión estaba obligada a iniciar un procedimiento de investigación más riguroso y sometido al principio de

sión, a la necesidad de evitar las distorsiones de la competencia ocasionadas por las ayudas que de manera inadvertida pudieran resultar autorizadas por el simple incumplimiento del plazo para resolver; y, desde la perspectiva de los Estados miembros, dota a la consecución de mayor certidumbre que se deriva de la simple autorización implícita o tácita. En este sentido, vid. SINNAEVE, A.: «Unanimous Agreement in the Council on the Procedural Regulation», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 1999, pp. 45 a 49, en concreto p. 45. Como reconoce expresamente el Tribunal de Justicia (STJCE de 15 de febrero de 2001. República francesa c. Comisión, asunto C-99/98. Rec. 2001 p. I-1101, apartado 29 y XXXI IPC 2001, apartado 479), con anterioridad a la aprobación del Reglamento de procedimiento la Comisión no disponía de este plazo adicional que es una novedad absoluta del mismo.

¹⁴³ Artículo 5.1. A este apartado se ha añadido la obligación de la Comisión de comunicar a los Estados miembros la recepción de la respuesta cuando el Estado miembro interesado cumpliera tal solicitud.

¹⁴⁴ Cfr. SINNAEVE, A.: «Unanimous...», op. cit., pp. 45 y 46.

¹⁴⁵ A juicio de SINNAEVE («Unanimous...», op. cit., p. 46), esta medida respondería al objetivo de acelerar el procedimiento y desincentivar a los Estados miembros del empleo de prácticas dilatorias, retrasando las respuestas o enviándolas de manera incompleta. Sin embargo, esta teórica pretensión se vería mitigada al admitir el propio precepto que dicho plazo pueda ser prorrogado de común acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro, o cuando éste comunique a la Comisión mediante una declaración debidamente motivada que considera que la notificación está completa, bien porque no dispone de la información adicional solicitada o bien porque ya la haya facilitado. En este caso, el plazo de dos meses comenzaría a contar a partir del día siguiente al de la recepción de la citada declaración.

contradicción «a partir del momento en que tenga dificultades importantes de cualquier tipo a la hora de determinar la compatibilidad de la ayuda con el mercado común, o si considera que se puede autorizar la ayuda imponiendo condiciones»¹⁴⁶. Sobre esta fase del procedimiento la jurisprudencia también ha tenido ocasión de revisar la práctica de la Comisión y de delimitar el margen de apreciación del que ésta dispone, tanto respecto de los Estados miembros como de los terceros interesados.

En concreto, la STPI de 15 de septiembre de 1998¹⁴⁷ revocó la decisión de la Comisión de archivar el procedimiento contra EniChem SpA¹⁴⁸ por entender que, en las circunstancias específicas del caso, todavía no estaba en condiciones «de resolver las dificultades relativas a la cuestión de si esta aportación constituía una ayuda, ... compatible

¹⁴⁶ Cfr. *Guía de procedimiento...*, op. cit., apartado 38. En este punto la Comisión citaba la STJCE de 20 de marzo de 1984, asunto 84/82, Alemania c. Comisión, Rec. 1984, pp. 1451, 1488 (puntos 12 a 19); STJCE de 19 de mayo de 1993, asunto C-198/91, William Cook c. Comisión, Rec. 1993, pp. I-2487, I-2529-2531 (puntos 29 a 31); STJCE de 15 de junio de 1993, Matra c. Comisión, asunto C-225/91, Rec. 1993, pp. I-3203, I-3258-3259 (puntos 83 a 89). Asimismo, en nota añadía la Comisión que «la necesidad de imponer condiciones, es decir, restricciones en cuanto al tipo, al importe, a los beneficiarios, a los objetivos o a la duración de la ayuda no suministrados en la notificación y que por lo general no se aplican, supone la existencia de dudas en cuanto a que, en caso contrario, se podría falsear la competencia y sugiere la necesidad de efectuar una investigación más pormenorizada. Cuando es poco probable que se autoricen las propuestas de ayuda, la Comisión está dispuesta a asesorar a los Estados miembros por lo que intenta organizar contactos antes o después de la notificación. Estos contactos a menudo dan lugar a la retirada o a la modificación de las propuestas con objeto de que puedan ser autorizadas, evitando así una investigación formal». Más recientemente, siguiendo esta misma jurisprudencia, vid. STJCE de 2 de abril de 1998, Comisión c. Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeurs (Sytraval) y Brink' s France SARL, asunto C-367/95 P, Rec. 1998, p. I-1719, apartado 39; STPI de 15 de septiembre de 1998, Gestelevision Telecinco SA c. Comisión, asunto T-95/96, Rec. 1998, p. II-3407, apartado 52; y STPI de 10 de mayo de 2000, asunto T-46/97, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Comisión, apartado 71, Rec. 2000, p. II-2125.

¹⁴⁷ BP Chemical Ltd c. Comisión, asunto T-11/95, en el que la posición de BP estaba apoyada por el Reino Unido y la de la Comisión por la República italiana, el ENI SpA y EniChem SpA (Rec. 1998, p. I-3235, apartado 200). En 2001 la Comisión ha adoptado una nueva decisión confirmando la compatibilidad de las ayudas cuestionadas, tras el examen exigido por el TPI. Vid. a este respecto, IP/01/1267, de 19.9.2001.

¹⁴⁸ Comunicación relativa a la ayuda que Italia había decidido conceder a Enichem SpA (DOCE C 151, de 2.6.1994, p. 3), archivado mediante decisión publicada en DOCE C 330, de 26.11.1994, p. 7.

con el mercado común». En la misma fecha, el Tribunal consideró que la Comisión había obrado legítimamente en el caso *Ryanair Ltd*¹⁴⁹ al omitir la incoación del procedimiento de investigación formal y al autorizar, con la información de que disponía, el pago del segundo tramo de la ayuda a la compañía aérea de bandera irlandesa Air Lingus, tomando únicamente como referencia su anterior decisión de 1993¹⁵⁰. En parecidos términos se plantea el asunto *Gestevisión Telecinco S.A. c. Comisión*, resuelto también por el TPI mediante Sentencia de 15 de septiembre de 1998¹⁵¹, en la que admitió que la Comisión había incurrido en omisión «...al haberse abstenido bien de adoptar una decisión en la que se declarara que las medidas estatales controvertidas no constituyen ayudas en el sentido del apartado 1 del artículo 92 del Tratado,

¹⁴⁹ *Ryanair Limited c. Comisión*, asunto T-140/95, Rec. 1998, p. II-3327, especialmente considerando 135. La posición de la Comisión estaba apoyada por Irlanda y Aer Lingus Group plc.

¹⁵⁰ Decisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus, proveedor principalmente de servicios de transporte aéreo (DOCE L 54, de 25.2.1994, p. 30). En esta decisión la Comisión había autorizado la ayuda a la reestructuración de Air Lingus en forma de una inyección de capital que se concedería en tres tramos, 1993, 1994 y 1995, siempre que el Gobierno irlandés, que era el propietario de la compañía, cumpliera determinadas condiciones. En una nueva Decisión de 30 de noviembre de 1994 (DOCE L 379, de 31.12.1994, p. 21), la Comisión procedió a la aprobación de las cifras revisadas de las restricciones a la capacidad impuestas a la compañía en el plan de reestructuración aprobado. Finalmente, la Comisión autorizó los pagos de los sucesivos tramos pendientes: Comunicación relativa al desembolso del segundo tramo de la ayuda nº C 34/93, autorizada mediante Decisión de 21 de diciembre de 1993, por un importe de 50 mlls de libras irlandesas (DOCE C 399, de 31.12.1994, p. 1) y Comunicación relativa al pago a Air Lingus del tercer tramo de la ayuda (DOCE C 70, de 8.3.1996, p. 2).

¹⁵¹ Asunto T-95/96, Rec. 1998 p, II-3407. Con posterioridad, la STPI de 3 de junio de 1999 (*Télévision Française 1 SA (TF1) c. Comisión*, asunto T-17/96, Rec. 1999, p. II-1757) plantea el paralelismo con la aplicación del artículo 85.3 Tratado CE (hoy 81.3 CE), al señalar en su apartado 74 que «se ha declarado que, de la misma manera que la Comisión no puede demorar sine die la definición de su posición a propósito de una solicitud de exención en virtud del artículo 85, apartado 3 del Tratado (Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión, asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739, apartado 55), dicha institución tampoco puede prolongar indefinidamente el examen preliminar de medidas estatales denunciadas por ser contrarias al artículo 92, apartado 1 del Tratado, desde el momento en que, como en el caso de autos, ha aceptado proceder a dicho examen (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, *Gestevisión Telecinco/Comisión*, T-95/96, Rec. p. II-3407, apartado 73)...».

o que deben de calificarse de ayudas en el sentido del apartado 1 del artículo 92, pero siendo compatibles con el mercado común en virtud de los apartados 2 y 3 del artículo 92, o que era preciso incoar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 del Tratado, o bien de adoptar una combinación de estas diferentes decisiones posibles en función de las circunstancias»¹⁵².

Por su parte, la STPI de 15 de marzo de 2001¹⁵³ ha matizado que las «dificultades serias» que deben concurrir para que la Comisión deba abrir la fase de investigación formal tiene un carácter objetivo. Para el Tribunal, la existencia de tales dificultades «debe buscarse tanto en las circunstancias en que se adoptó el acto impugnado como en su contenido «de forma objetiva, relacionando la motivación de la Decisión con los elementos de que disponía la Comisión cuando se pronunció sobre la compatibilidad de las ayudas controvertidas con el mercado común»¹⁵⁴. Asimismo, y en relación con el alcance de dicho deber, el Tribunal indica también que, aun cuando la Comisión se enfrente a serias dificultades, está obligada a incoar el procedimiento de investigación formal, no disponiendo a este respecto de ninguna facultad discrecional sino de una potestad reglada, lo que le confiere «cierto margen de apreciación en la investigación y en el examen de las circunstancias para determinar si éstas suscitan dificultades serias», lo que le permite, conforme a la finalidad del artículo 88.3 CE y al deber de buena administración que le incumbe, iniciar un diálogo con el Estado notificante o con terceros, con objeto de superar en el trans-

¹⁵² En idéntico sentido, la STPI de 10 de mayo de 2000, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2121, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Comisión (especialmente apartado 96), en la que el Tribunal subraya, tras recordar en su apartado 91 la jurisprudencia del caso Gestevisión Telecinco, que «en estas circunstancias procede considerar que, una vez finalizado el primer examen efectuado por la Comisión, ésta tropezó, en efecto, con importantes dificultades de apreciación no sólo para calificar las medidas de que se trata en relación con el concepto de ayuda, sino también para determinar su compatibilidad con el mercado común, de tal forma que se encontraba obligada a iniciar el procedimiento previsto en el artículo 93, apartado 2 del Tratado».

¹⁵³ Sociétés Chimique Prayon-Rupel SA c. Comisión, asunto T-73/98, Rec. 2001, p. II-867, especialmente apartados 45 y 47 y XXXI IPC 2001, apartado 477.

¹⁵⁴ El texto reproducido por el TPI procede de su sentencia de 15 de septiembre de 1995, SIDE c. Comisión, asunto T- 49/93, Rec. 1995, p. II. 2501, apartado 60.

curso del procedimiento previo las dificultades que en su caso hubieran podido surgir.

El Tribunal siguió el mismo razonamiento¹⁵⁵ al anular la decisión de la Comisión de no plantear objeciones a una ayuda concedida por la República Francesa a los productores de vinos de licor y de aguardientes¹⁵⁶. Para el Tribunal, en la medida en que las denuncias recibidas por la Comisión contenían serios indicios de la conexión entre el proyecto de ayudas controvertida y un régimen de tributación que podría infringir otras disposiciones del Tratado CE, la Comisión se enfrentaba a una seria dificultad para determinar si el plan de ayudas era o no compatible con el mercado común y, en estas circunstancias, debería haber incoado el procedimiento de investigación formal y resolverlas antes de adoptar una decisión definitiva.

Otra cuestión de singular relieve aclarada por la jurisprudencia es la relativa a los efectos de la decisión de iniciar el procedimiento de investigación formal. Este punto ha sido abordada por la STJCE de 9 de octubre de 2001¹⁵⁷ partiendo, una vez más, de la distinción entre ayudas nuevas y ayudas existentes.

Para el Tribunal, en el caso de ayudas nuevas, la decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2, en relación con una medida que está aplicándose y que se califica como ayuda nueva «modifica necesariamente la situación jurídica de la me-

¹⁵⁵ STJCE de 3 de mayo de 2001, Portugal c. Comisión, asunto C-204/97, Rec. 2001 p.I-3175 y XXXI *IPC* 2001, apartado 478.

¹⁵⁶ Decisión de la Comisión, de 6 de noviembre de 1996, relativa a las ayudas previstas por la República Francesa en favor de los productores de vinos de licor y de aguardientes, en forma de ayudas a las acciones de promoción, y ayudas técnicas, en forma de ayudas a la investigación, a la asistencia técnica y a la inversión, de la que se publicó un resumen en DOCE C 70, de 6.3.1997, p. 14.

¹⁵⁷ República Italiana c. Comisión, asunto C-400/99, Rec. 2001, I-7303, apartados 59 a 61. En la misma línea, se pronuncian la STPI de 23 de octubre de 2002, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa y Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión, asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, apartados 33 y 34 (pendiente de publicación) y STPI de 23 de octubre de 2002, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa y Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión, asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, apartados 37 y 38 (pendiente de publicación).

dida considerada, y la de las empresas que son beneficiarias de la misma, especialmente en lo que respecta a la continuación de su ejecución»; así, mientras que, «hasta la adopción de tal decisión, el Estado miembro, las empresas beneficiarias y los demás operadores económicos puedan pensar que la medida se está aplicando legalmente como medida existente, después de su adopción existe cuando menos una duda importante sobre la legalidad de dicha medida que, sin perjuicio de la facultad de solicitar medidas provisionales al juez competente para dictarlas, debe llevar al Estado miembro a suspender su concesión, dado que la incoación del procedimiento (...) excluye una decisión inmediata que declare la compatibilidad con el mercado común, lo que permitiría seguir ejecutando legalmente la citada medida»¹⁵⁸.

Como consecuencia práctica de lo anterior, la adopción de esta decisión puede llevar a las empresas beneficiarias de la medida a «rechazar en cualquier caso nuevos pagos o a hacer provisión de las cantidades necesarias para eventuales devoluciones posteriores» y a los operadores comerciales, a tener en cuenta en sus relaciones con los citados beneficiarios, «el debilitamiento de la situación jurídica y financiera de éstos», aunque, como subraya la Sala, son en último término los Estados miembros y, en su caso, los operadores económicos quienes deben sacar las últimas consecuencias de la decisión de la Comisión.

En el caso de ayudas existentes, sin embargo, cuando la Comisión decide tratar la medida controvertida en el marco del examen permanente de los regímenes de ayudas existentes¹⁵⁹, la situación jurídica no cambia hasta que el Estado miembro afectado acepte, en su caso, las medidas oportunas que se le propongan o la Comisión adopte una decisión final.

A la regulación de este procedimiento contradictorio dedica el Reglamento 659/99 los artículos 6 y 7. El primero de ellos comienza exponiendo cuál debe ser el contenido de esta decisión, señalando al respecto que «deberá resumir las principales cuestiones de hecho y de

¹⁵⁸ Como recuerda el Tribunal, la adopción de tal decisión también podría invocarse ante un juez nacional que debería sacar todas las consecuencias derivadas de la infracción del artículo 88 CE, apartado 3, última frase.

¹⁵⁹ A propósito del procedimiento aplicable a las ayudas existentes, vid. el apartado 2.2.2.4 de este capítulo.

Derecho, incluir una valoración inicial de la Comisión en cuanto al carácter de ayuda de la medida propuesta y exponer las dudas sobre su compatibilidad con el mercado común»¹⁶⁰.

El carácter contradictorio de este procedimiento se basa en que la Comisión ha de invitar al Estado miembro y a los terceros interesados a presentar sus observaciones, para lo cual debe publicar su decisión. El Reglamento fija con carácter general el plazo de un mes para que los interesados puedan presentar sus observaciones, aunque «en casos debidamente justificados, la Comisión podrá prorrogar dicho plazo», previendo también que si una parte interesada lo solicita no se revelará su identidad al Estado miembro.

Las observaciones deberán ser comunicadas al Estado miembro interesado, que dispondrá también de un mes para rebatirlas, admitiéndose igualmente que la Comisión pueda prorrogar dicho plazo en casos debidamente justificados.

Por su parte, el artículo 7 impone a la Comisión la obligación de concluir el procedimiento mediante una decisión, salvo que el Estado interesado decida retirar la notificación (aunque en este caso la Comisión está obligada igualmente a concluir el procedimiento¹⁶¹). Varias son las posiciones que en este momento puede adoptar la Comisión: 1) que la medida notificada no constituye una ayuda de Estado; 2) que se han disipado las dudas en cuanto a la compatibilidad con el mercado común de la medida notificada (*decisión positiva*)¹⁶²; 3) que la ayuda es compatible si se cumplen determinadas condiciones (*decisión condi-*

¹⁶⁰ En este punto son también válidas las afirmaciones de la Comisión que recoge el apartado 39 de la *Guía de procedimiento...* con respecto a que «la decisión de iniciar el procedimiento no prejuzga la decisión definitiva, que podrá consistir en declarar la ayuda compatible con el mercado común.. El objetivo del procedimiento del apartado 2 del artículo 93 es garantizar un examen exhaustivo del caso, mediante el estudio pormenorizado de los aspectos dudosos junto con el Estado miembro afectado y escuchando las opiniones de las partes interesadas (citando al respecto STJCE de 20 de marzo de 1984, asunto 84/82, Alemania c. Comisión, Rec. 1994, pp. 1451, 1488-1489 (punto 13); TJCE de 4 de febrero de 1992, asunto C-294/90, British Aerospace y Rover Group c. Comisión, Rec. 1992, p. I -493, I-521-522, puntos 7 a 14.

¹⁶¹ Artículo 8.2.

¹⁶² Al igual que en el artículo 4, el Reglamento prevé que la Comisión especificará la excepción del Tratado que haya sido aplicada.

cional)¹⁶³; y, finalmente, 4) que la ayuda es incompatible con el mercado común y no se puede ejecutar (*decisión negativa*).

La versión final del Reglamento incorpora en este punto otra interesante novedad respecto al texto que recogía la propuesta¹⁶⁴: la fijación de un plazo máximo para que la Comisión resuelva, ya que, conforme al texto finalmente aprobado, «en la medida de lo posible, la Comisión procurará adoptar una decisión en un plazo de 18 meses después de iniciar el procedimiento». Este plazo podrá prorrogarse de común acuerdo e incluso en los dos meses siguientes la Comisión podrá adoptar una decisión basada en la información de que dispone, si así lo solicita el Estado interesado¹⁶⁵.

Por último, el artículo 9 del Reglamento contempla la revocabilidad de una decisión¹⁶⁶ adoptada en la fase previa o tras la investigación formal cuando aprecie que «ésta estuviera basada en una información incorrecta suministrada por el Estado miembro interesado que hubiera constituido un factor determinante para la decisión». La posible revocación está supeditada a que con carácter previo la Comisión ofrezca al Estado miembro interesado la posibilidad de presentar sus observa-

¹⁶³ La Comisión podrá disponer que su decisión positiva vaya acompañada de condiciones para que la ayuda pueda considerarse compatible con el mercado común y establecer obligaciones que le permitan controlar la observancia de dicha decisión.

¹⁶⁴ La justificación de que en la propuesta la Comisión no hubiera fijado plazo alguno para terminar este procedimiento, se centraba en los problemas que ocasionaría para sus servicios la sujeción a un plazo concreto general, atendiendo a la diversa complejidad de los expedientes; sin embargo, la delimitación temporal de este examen constituía una de las demandas principales de los Estados miembros para acelerar el procedimiento. Cfr. SINNAEVE, A.: «Unanimous...», op. cit., p. 46.

¹⁶⁵ Como apuntan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1172 y 1173), este plazo resulta excesivamente largo y contrasta con la previsión de concluir el procedimiento en el plazo de 6 meses que formuló la *Guía de procedimiento...* (op. cit., apartado 42): «la Comisión pretende cerrar los procedimientos en un plazo de 6 meses a partir de su inicio, y para ello ha establecido unos objetivos que cumplir durante las distintas fases») y con el de 4 meses previsto en sus Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión (DOCE C 107, de 4.4.1998, p. 7, en particular apartado 5.2).

¹⁶⁶ Ésta es la conclusión que se desprende de la remisión a otros preceptos del Reglamento *mutatis mutandis* aplicables. Como destacan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1175), la referencia a los preceptos que regulan el procedimiento aplicable a las ayudas ilegales sugieren que estas ayudas se consideren como tales o, al menos, que sean tratadas como si lo fueran.

ciones y a que la propia Comisión incoe el procedimiento de investigación formal antes de revocar la decisión y de adoptar una nueva. En este supuesto también se podrá instar con carácter provisional la recuperación de la ayuda¹⁶⁷.

Aunque no es un supuesto muy frecuente, la práctica presenta ya algún ejemplo de revocación de una ayuda, al amparo de este procedimiento. Así, en el asunto *Verlipack*, la Comisión volvió sobre sus pasos revocando una primera decisión de no formular objeciones con respecto a una operación por la cual la Región de Valonia (Bélgica) efectuó una importante aportación de capital a la empresa Verlipack, considerando que dicha financiación respondía al comportamiento de un inversor privado en una economía de mercado, en la medida en que concurría con otra de mayor volumen efectuada por un inversor privado¹⁶⁸. Con posterioridad, sin embargo, y en virtud de diversas informaciones de prensa y denuncias, la Comisión tuvo conocimiento de que la empresa privada que había efectuado la aportación a Verlipack se había beneficiado de dos préstamos por parte de un organismo público, concretamente la SRIW (Société Régionale d'Investissement de Wallonie), precisamente para financiar dicha aportación; razón por la que la Comisión decidió iniciar una investigación formal¹⁶⁹, cuyos resultados le llevaron a reconsiderar su primera apreciación, dictando una nueva decisión, revocatoria de la anterior, en la que concluía admitiendo la existencia de ayudas estatales, ilegales e incompatibles con el mercado común, en la recapitalización de la compañía¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Estas cautelas adicionales se incorporaron al texto final durante su fase de elaboración, ya que en la propuesta de la Comisión no se incluía la necesidad de audiencia previa al Estado interesado y la apertura de la investigación formal era una simple facultad de la Comisión y no una obligación, como es ahora.

¹⁶⁸ Decisión de 16 de septiembre de 1998 (DOCE C 29, de 4.2.1999, p. 13).

¹⁶⁹ DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 24.

¹⁷⁰ Decisión de 4 de octubre de 2000, relativa a las ayudas estatales en favor de Verlipack-Bélgica (DOCE L 320 de 5.12.2001, p. 28). Esta decisión ha sido recurrida ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas por las autoridades belgas, siendo ya públicas las conclusiones, contrarias a dicho recurso, presentadas por el Abogado General F.G. JACOBS, el 19 de septiembre de 2002 (asunto C-457/00, Reino de Bélgica c. Comisión, pendientes de publicación).

2.2.2.2. Procedimiento aplicable a las ayudas ilegales

El Reglamento dedica su capítulo III a la regulación del *procedimiento aplicable a las ayudas ilegales*¹⁷¹, a las que define en sentido negativo¹⁷² y poco esclarecedor¹⁷³ como «cualquier nueva ayuda que se lleve a efecto contraviniendo el apartado 3 del artículo 93 del Tratado», es decir, las ayudas ejecutadas sin haber sido notificadas previamente o antes de que la Comisión resolviese sobre su compatibilidad.

Este procedimiento sigue básicamente el esquema previsto para las ayudas notificadas¹⁷⁴, al que se añaden determinados instrumentos adicionales procedentes de la práctica de los tribunales¹⁷⁵. Una obvia diferencia entre ambos, sin embargo, es la del inicio del procedimiento, puesto que, mientras en las ayudas notificadas el expediente arranca con la notificación realizada, en el caso de las ayudas ilegales es iniciado *ex officio* por la Comisión que, conforme al artículo 10 del Reglamento, deberá examinar sin demora y sea cual sea su origen «cualquier información que llegue a su poder referente a una presunta ayuda ilegal»¹⁷⁶.

¹⁷¹ Artículos 10 a 15 del Reglamento. Resulta también de interés la lectura de los considerandos 10 a 14. El Reglamento prevé, sin embargo, que este procedimiento sólo se aplique a las ayudas ilegales ejecutadas tras su entrada en vigor (artículo 11 *in fine*).

¹⁷² Artículo 1f. Entendemos, sin embargo, que resultaba más clara la definición que ofrecía la *Guía de procedimiento...* (op. cit., apartado 55) bajo la inexacta denominación de *ayuda no notificada*: «...aquellas ayudas concedidas o comprometidas sin notificación por cualquier tipo de motivo (incluso por dudar en cuanto a su carácter de tales) y las ayudas notificadas tras ‘haber sido ejecutadas’ o notificadas previamente pero ‘ejecutadas’ antes de que la Comisión se haya pronunciado. La concesión de una ayuda antes de su autorización es ilegal».

¹⁷³ En este sentido, vid. HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 387.

¹⁷⁴ Como destaca KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 238), el Tratado CE no regulaba estas ayudas ni su procedimiento por considerarlas algo «patológico», frente al mecanismo ordinario establecido para su eventual aprobación, basado en la notificación previa.

¹⁷⁵ Vid. SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1175.

¹⁷⁶ En la práctica, la información de que se vale la Comisión para iniciar sus investigaciones suele proceder de la prensa, de denuncias de competidores, de la cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales o incluso de una pregunta parlamentaria. En este último sentido, vid. la invitación a presentar observaciones sobre la ayuda C 54/2000 (ex NN 70/2000), Italia, medidas fiscales para los bancos y las fundaciones bancarias (DOCE C 44, de 10.2.2001, p. 2).

Al efectuar dicho examen la Comisión podrá recabar del Estado miembro interesado la información que considere necesaria¹⁷⁷. En el caso de que dicha información no fuera facilitada o de que resultara incompleta, la Comisión podrá, como en el caso de las ayudas notificadas, enviar al Estado miembro un recordatorio concediendo un plazo adicional apropiado para la presentación de la información o, en último término, requerirlo formalmente mediante la oportuna decisión (*requerimiento de información*), en la que indicará la información solicitada y se fijará el plazo pertinente para su entrega¹⁷⁸.

La Comisión puede igualmente requerir al Estado miembro interesado para que suspenda la concesión de la ayuda (*requerimiento de suspensión*) o para que la recupere provisionalmente (*requerimiento de recuperación*¹⁷⁹), mientras no se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado común¹⁸⁰, debiendo ofrecerle previamente la oportunidad de presentar sus observaciones¹⁸¹.

Tras efectuar su examen¹⁸², conforme a lo previsto en el artículo 13 del Reglamento, la Comisión deberá decidir si las ayudas presuntamente ilegales son o no verdaderas ayudas, así como sobre su eventual com-

¹⁷⁷ El artículo 11 se remite expresamente *mutatis mutandis* a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2 y en los apartados 1 y 2 del artículo 5.

¹⁷⁸ En este sentido y a título de ejemplo, vid. Decisión de 2 de diciembre de 1998, en relación con las ayudas estatales concedidas por la Región de Friuli-Venecia Giulia y por el Gobierno italiano en favor de la empresa Seleco SpA (DOCE L 159, de 17.6.1999, p. 28).

¹⁷⁹ Para una visión general de la recuperación de las ayudas, vid. *infra* apartado 2.2.2.3.

¹⁸⁰ Artículo 11.1. La Comisión ya había previsto en el marco de su política de frente a las ayudas ilegales la posibilidad de dictar decisiones provisionales por las que se requiriera al Estado miembro infractor a que recuperase la ayuda o la parte de la ayuda abonada infringiendo las normas de procedimiento. Cfr. Carta de la Comisión a los Estados miembros [SG(91)D/4581] de 4 de marzo de 1991, punto 2, reiterado en suplemento a dicha carta de 1995 (DOCE C 156, de 22.6.1995, p. 5) y ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Notificación y control de las ayudas públicas en el Mercado Único Europeo», en VARIOS: *Ayudas públicas...*, op. cit., pp. 27 a 56, en particular pp. 48 a 51.

¹⁸¹ Ambas facultades son medidas conservativas y son una consecuencia lógica de la cláusula de *standstill*. Vid. SINNAEVE, A.: «Unanimous...», op. cit. p. 80.

¹⁸² Para verificar su examen, la Comisión no está sujeta al plazo de dos meses que consagró la jurisprudencia *Lorenz*, cuyo alcance se limita únicamente a las ayudas notificadas, tal y como estableció la STPI de 15 de septiembre de 1998, Gestevisión Telecinco SA c. Comisión, asunto T-95/96, Rec. 1998, p. II-3407, especialmente apartados 76 a 79. Vid. también sobre este punto, WINTER, J. A.: «The Rights...», op. cit., pp. 543, 544, 567.

patibilidad, o sobre la necesidad de incoar el procedimiento de investigación formal al serle imposible resolver las dudas planteadas. En este último caso, el procedimiento contradictorio se seguirá del mismo modo que con respecto a las ayudas notificadas y también deberá concluirlo adoptando cualquiera de las posibles decisiones previstas en aquél, aunque en este caso no está sujeta a plazo¹⁸³.

2.2.2.3. Procedimiento aplicable a las ayudas abusivas

El capítulo IV del Reglamento, integrado únicamente por el artículo 16, tiene por objeto regular el procedimiento aplicable a las ayudas abusivas. Estas ayudas aparecen simplemente mencionadas en el apartado 2 del artículo 88 CE, al señalar que «si después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado mediante fondos estatales... se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o la modifique en el plazo que ella misma determine».

El Reglamento define la «ayuda aplicada de manera abusiva»¹⁸⁴ como aquélla «utilizada por el beneficiario contraviniendo una decisión adoptada en virtud del apartado 3 del artículo 4 o de los apartados 3 o 4 del artículo 7 del presente Reglamento»; es decir, en contra de una decisión de no formular objeciones o en contra de una decisión positiva o condicional.

Como reconoce expresamente el Reglamento¹⁸⁵, a diferencia de la ayuda ilegal, la ayuda abusiva es una ayuda autorizada previamente por

¹⁸³ El Reglamento vendría a confirmar, como destacan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1178), la posición que la Comisión ya había defendido en la práctica. El Reglamento menciona expresamente en su artículo 13.2 que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 11.2 respecto de la recuperación de las ayudas, no regirán los plazos establecidos en los artículos 4.5 y 7.6 y 7 del mismo. Esta salvedad y las remisiones a los otros plazos fueron añadidos al texto del Reglamento, siendo de escasa utilidad práctica, puesto que incluso la referencia a la recuperación sólo tiene sentido si se entiende referida al plazo de prescripción del artículo 15, al que aludiremos más adelante.

¹⁸⁴ Artículo 1g. La definición que recogía la propuesta de la Comisión resultaba aún más compleja al referirse a la «ayuda que se lleve a efecto, concedida o utilizada en infracción de una decisión adoptada con arreglo al apartado 3 del artículo 4 o de los apartados 3 o 4 del artículo 7 del presente Reglamento y que no tenga carácter de ayuda ilegal».

¹⁸⁵ Considerando 15.

la Comisión, por lo que ni el inicio del procedimiento de investigación formal tiene efecto suspensivo de manera automática ni la Comisión podrá instar la recuperación de la ayuda¹⁸⁶. Sin perjuicio del posible recurso a los tribunales, la Comisión podrá iniciar el procedimiento de investigación formal al objeto de despejar dudas sobre la aplicación abusiva de las ayudas, siendo de aplicación, *mutatis mutandis*, las reglas previstas para dicho procedimiento en el propio Reglamento.

Uno de los escasos supuestos en los que la Comisión apreció la existencia de una ayuda abusiva es el que resuelve la Comisión en su Decisión de 22 de julio de 1998, relativa a la desviación de ayudas de reestructuración destinadas a los astilleros MTW-Schiffswerft, de Wismar (en lo sucesivo, MTW) y Volkswerft Stralsund de Stralsund (en lo sucesivo, Volkswerft) en el seno del antiguo grupo Bremer Vulkan Verbund¹⁸⁷.

En este expediente la Comisión analiza el destino efectivo de las ayudas a la reestructuración autorizadas a favor de los astilleros alemanes MTW y Volkswerft, que se habían beneficiado del régimen excepcional que la Comisión había establecido para apoyar la urgente reestructuración de los astilleros de la ex RDA, para que pudieran ser competitivos¹⁸⁸.

La Comisión, tras una compleja investigación, llega a la conclusión de que las ayudas autorizadas a favor de dichos astilleros habían bene-

¹⁸⁶ Estas limitaciones han llevado a atribuir a la Comisión en el propio Reglamento determinados mecanismos destinados a hacer más efectivo su control sobre el cumplimiento de sus decisiones, como las visitas *in situ*, reguladas en el artículo 20, a las que haremos referencia *infra*. Así se manifiesta claramente el considerando 20 del Reglamento al señalar que «cuando la Comisión albergue serias dudas respecto de la observancia de sus decisiones, debe poder disponer de otros instrumentos adicionales que le permitan obtener la información necesaria para cerciorarse de que sus decisiones estén siendo debidamente observadas».

¹⁸⁷ DOCE L 108, de 27.4.1999, p. 34. En esta decisión la Comisión analiza también el desembolso no autorizado de un préstamo para inversiones por importe de 112,4 millones de marcos alemanes a MTW-Schiffswerft. Resulta también de utilidad para agilizar este expediente la consulta de las comunicaciones de incoación del procedimiento de investigación formal y de ampliación del procedimiento publicadas en DOCE C 150, de 24.5.1996, p. 2 y en DOCE C 65, de 1.3.1997, p. 17, respectivamente.

¹⁸⁸ El 20 de julio de 1992 el Consejo adoptó la Directiva 92/68/CEE (DOCE L 219, de 4.8.1992, p. 54) por la que se modifica la Directiva 90/684/CEE (Séptima Directiva sobre ayudas a la construcción naval, DOCE L 380, de 31.12.1990, p. 27) introduciendo un artículo 10 *bis* con medidas excepcionales.

ficiado en realidad a las empresas del grupo BVV, que era el que los había adquirido al ser privatizados.

La desviación de fondos se había articulado a través de un complejo entramado de transferencias financieras a partir de un mecanismo de concentración de recursos, al que habrían ido a parar las ayudas destinadas a MTW y a Volkswerft. La Comisión, a pesar de que no pudo desentrañar la compleja maraña de flujos financieros que partían del sistema de concentración, pudo concluir con la información de que disponía que Alemania había incumplido las condiciones de la autorización al efectuar los desembolsos de las ayudas, que no se habían efectuado por tramos como estaba previsto, que el control a que debió someter su destino efectivo había sido deficiente y que era muy probable que al menos los acreedores principales del sistema de concentración hubieran recibido una parte de las ayudas desviadas¹⁸⁹ de manera ilegal.

En consecuencia, la Comisión resolvió que esta desviación representa una aplicación abusiva de las ayudas, de conformidad con el apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE (hoy artículo 88 CE), e impuso a las autoridades alemanas que exigieran de BVV la restitución de dichas ayudas en el contexto del procedimiento de quiebra de ésta, así como que efectuara todas las diligencias previstas en la legislación alemana para reclamar a las antiguas empresas del grupo la restitución de importes parciales si las indagaciones posteriores así lo permitieran¹⁹⁰.

2.2.2.4. Procedimiento aplicable a las ayudas existentes

El Reglamento regula en último lugar el procedimiento aplicable a los regímenes de ayudas existentes¹⁹¹, invirtiendo el propio orden que recoge el artículo 88 CE (artículo 93 Tratado CE¹⁹²). Este procedi-

¹⁸⁹ En el caso concreto de Dörries Scharmann AG la Comisión daba por hecho este extremo, aunque en aquel momento no podía determinar el importe exacto.

¹⁹⁰ En este punto, la Decisión impuso, además, que en la recuperación conforme a los procedimientos y a las disposiciones vigentes en la legislación alemana se tuvieran también en cuenta los intereses devengados.

¹⁹¹ Capítulo IV del Reglamento, integrado por los artículos 17, 18 y 19.

¹⁹² El artículo 88.1 CE se limita a señalar que «la Comisión examinará permanentemente, junto con los Estados miembros, los regímenes de ayudas existentes en dichos

miento se basa en la necesaria colaboración entre la Comisión y el Estado miembro interesado¹⁹³. En consecuencia, cuando ésta considere que un régimen de ayudas no es o ha dejado de ser compatible con el mercado común, informará al Estado miembro interesado acerca de esta conclusión preliminar y le ofrecerá la oportunidad de presentar sus observaciones en el plazo de un mes, que podría ser prorrogado en casos debidamente justificados.

Cuando la Comisión considere, a la luz de la información recabada, que un régimen de ayudas existente ya no es compatible con el mercado común emitirá una recomendación en la que propondrá al Estado miembro interesado medidas apropiadas. Dicha recomendación podrá consistir, en particular, en una modificación de fondo del régimen de ayudas, en la fijación de requisitos de procedimiento, o finalmente en la supresión del régimen de ayudas.

Si el Estado miembro interesado acepta las medidas propuestas e informa de ello a la Comisión, ésta lo hará constar «e informará de ello al Estado miembro»¹⁹⁴. La aceptación por parte del Estado miembro de las medidas propuestas le obligará a aplicarlas.

En el caso de que el Estado miembro no acepte las medidas propuestas y la Comisión, teniendo en cuenta los argumentos de dicho Estado miembro, estime aún que las medidas apropiadas son necesarias, incoará el procedimiento de investigación formal, siéndole de aplicación, *mutatis mutandis*, las reglas previstas para el mismo en los artículos 6, 7 y 9 del Reglamento, con la lógica excepción de la obligación de *standstill*¹⁹⁵.

Al amparo de las facultades de control otorgadas por el apartado 1 del artículo 88 CE, la Comisión puede revisar no sólo los regímenes de ayudas existentes sino también la adopción o la modificación de las directrices o encuadramientos en los que muestra su posición acerca de las

Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común».

¹⁹³ La referencia a la «cooperación con el Estado miembro», se añadió al artículo 18.1, cuya redacción fue notablemente alterada durante la tramitación del texto.

¹⁹⁴ Mención añadida al texto de la propuesta.

¹⁹⁵ En este sentido, vid. SINNAEVE, A., SLOT, J. P.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1182.

ayudas tanto sectoriales como horizontales o sobre las diversas medidas que pueden constituir ayudas estatales¹⁹⁶. La adopción o la modificación de dichos documentos lleva aparejada necesariamente la revisión de los regímenes que se encuentren vigentes como ayudas existentes, para lo cual la Comisión puede adoptar de las oportunas medidas.

En este contexto, las vicisitudes experimentadas por las líneas directrices sobre ayudas estatales al sector de los vehículos a motor¹⁹⁷ han motivado diversas controversias por parte de alguno de los Estados miembros, los cuales se han mostrado reticentes con respecto a su contenido o a la legalidad de su adopción por parte de la Comisión y que fueron resueltas en última instancia por los tribunales comunitarios¹⁹⁸.

En esta misma línea, la aprobación de las nuevas Directrices sobre ayudas regionales¹⁹⁹ ha supuesto también la necesaria adaptación de los regímenes de ayudas existentes y la adopción por la Comisión de las medidas apropiadas al respecto²⁰⁰. Así, resulta especialmente interesante la Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1998²⁰¹, relativa a

¹⁹⁶ Como destaca KEPPENE (*Guide...*, op. cit., p. 189), por razones de seguridad jurídica, quedan excluidos de este poder revisor tanto las ayudas individuales directamente autorizadas por la Comisión, como aquellas ya ejecutadas al amparo de un régimen autorizado.

¹⁹⁷ A título de ejemplo, vid. Decisión de 21 de febrero de 1990, por la que se modifican los regímenes de ayuda alemanes al sector del automóvil (DOCE L 188, de 20.7.1990, p. 55).

¹⁹⁸ Cfr. STJCE de 29 de junio de 1995, Reino de España c. Comisión, asunto C-135/93, Rec. 1995, p. I-1651, y STJCE de 15 de abril de 1997, Reino de España contra Comisión, asunto C-292/95, Rec. 1997, p. I-1931. En esta última sentencia el Tribunal estableció que, para prorrogar con efecto retroactivo a la fecha de su expiración las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector de los vehículos de motor, adoptadas con arreglo al apartado 1 del artículo 93 Tratado CE, la Comisión estaba obligada a recabar el acuerdo de los Estados miembros. Para el tribunal, si no son prorrogadas, las Directrices dejan de existir en la fecha prevista para su expiración, de manera que, como se presentaba en el caso de autos, una decisión de prórroga adoptada después de expirar el plazo de vigencia de la decisión así prorrogada constituía una modificación de la situación jurídica existente y debería de ser adoptada siguiendo el mismo procedimiento que se requiere para la adopción de la decisión de implantar las Directrices iniciales o de una decisión que modifique a éstas.

¹⁹⁹ DOCE C 74, de 13.3.1998, p. 9.

²⁰⁰ Vid. al respecto el apartado 61 de las Directrices sobre ayudas regionales y el apartado 263 del XXIX IPC 1999.

²⁰¹ DOCE L 304, de 14.11.1998, p. 24.

los regímenes de ayudas vigentes en Alemania con arreglo a los cuales podrían concederse ayudas sujetas al requisito de notificación establecido en las Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión²⁰².

Para poder hacer efectivas estas nuevas directrices, la Comisión propuso mediante carta a las autoridades alemanas, al amparo del apartado 1 del artículo 93 Tratado CE (artículo 88 CE), una medida apropiada consistente en el requisito de notificación previa de los proyectos que entrasen en su ámbito de aplicación²⁰³.

Ante la negativa del Gobierno alemán de aceptar la pretensión de la Comisión, ésta decidió incoar el procedimiento del apartado 2 del artículo 93 del Tratado CE con respecto a todos los regímenes de ayudas vigentes en Alemania, con arreglo a los cuales podrían concederse ayudas sujetas al requisito de notificación de las Directrices multisectoriales, en particular el programa para la mejora de las estructuras económicas regionales (*Rahmenplan der Gemeinschaftsaufgabe Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur*), así como el régimen de ayudas fiscales denominado *Investitionszulagengesetz*.

La Comisión, tras evaluar las alegaciones formuladas por las autoridades alemanas para justificar su desacuerdo con la medida propuesta²⁰⁴, concluye afirmando que no hay razones para modificar dicha medida²⁰⁵ y, en consecuencia, impone a Alemania la obligación de noti-

²⁰² DOCE C 107, de 7.4.1998, p. 7.

²⁰³ En esta carta la Comisión informaba a las autoridades alemanas y a los demás Estados miembros de que las Directrices multisectoriales entrarían en vigor el 1 de septiembre de 1998 por un período inicial de tres años y que todos los proyectos subvencionados que estuvieran sujetos al requisito de notificación y que aún no hubieran recibido la aprobación formal por la autoridad competente del Estado miembro para el 1 de agosto de 1998 debían ser notificados con arreglo a dichas Directrices.

²⁰⁴ Las autoridades alemanas desarrollaron cuatro puntos específicos que, a su juicio, la Comisión no había tenido en cuenta ni había valorado suficientemente en su carta de 28 de mayo de 1998, a saber: estos argumentos, que la Comisión sintetiza en el apartado 11 de la Decisión, se centran en la excesiva discrecionalidad y la consiguiente incertidumbre que, a juicio de las autoridades alemanas, se deducía de la aplicación de estas nuevas directrices, así como la discrepancia con respecto a la valoración que en las mismas se hacía de los factores capital/empleo y de la incidencia regional.

²⁰⁵ La Comisión subraya que todos los demás Estados miembros han accedido incondicionalmente a la introducción del requisito de notificación en las Directrices

ficar entre el 1 de septiembre de 1998 y el 31 de agosto de 2001, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado CE, toda propuesta de ayuda que cumpla los criterios descritos en el apartado 2 (*obligación de notificación*) de las Directrices comunitarias multisectoriales sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión, así como la de informarla de las medidas adoptadas para ajustarse a la decisión en el plazo de dos semanas a partir de su notificación.

2.2.2.5. La recuperación de las ayudas

La recuperación de las ayudas es uno de los aspectos más importantes, complejos y delicados de la regulación comunitaria de las ayudas estatales, al que tanto la doctrina²⁰⁶ como la jurisprudencia²⁰⁷ han

multisectoriales durante un período de tres años, a partir del 1 de septiembre de 1998, de conformidad con la propuesta de la Comisión. El principio de igualdad de trato entre los Estados miembros imponía que la Comisión no puede aceptar que no se apliquen las Directrices en un Estado miembro.

²⁰⁶ Vid. FLYNN, J.: «Orders for the Recovery of Illegal Aid», en *ELR*, vol. 9, 1984, pp. 365 a 367; MORSON, S., «La récupération des aides octroyées par les Etats en violation du Traité CEE», en *RTDE*, n° 3, 1990, pp. 409 a 440; FROMONT, M.: «La récupération des aides versées en violation du Droit communautaire», en HARDEN, I. (dir.): *State Aid: Community Law and Policy*, Europäische Rechtsakademie Trier, Band 4, 1993, pp. 9-157; BORDE, D., KIRCH, P.: «La restitution des Aides d'Etat (Le point de vue français)», en *RTDE*, juillet/sep., 1993, pp. 477 a 502; CROIZIER, I.: *L'offensive de la CEE contre les aides nationales. La récupération des aides nationales octroyées en violation du Traité CEE*, Apogée, Rennes, 1993; CAFARI PANICO, R.: «Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi», en *RDE*, n° 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 39 a 52; SCHAUB, A.: «State Aid Control in the EU. In Particular...», op. cit.; PRIESS, H.J.: «Recovery of Illegal State Aid: An Overview of Recent Developments in the Case Law», en *CMLRev*, n° 33, 1996, pp. 69 a 91; MADERO, C.: «Incumplimiento de la normativa de la UE en materia de ayudas públicas», en VARIOS: *Jornadas sobre ayudas...*, op. cit., pp. 95 a 102; WÄELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 500 a 508. CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 189 a 196; SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., pp. 1178 a 1181; KEPENNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 245 a 262; HANCHER, L., OTTENVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 387 a 401. RODRÍGUEZ CUREL, J. W.: «Principios generales del derecho y recuperación de ayuda de Estado ilegales. En especial la confianza legítima», en *GJ*, n° 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 32 a 39.

²⁰⁷ Cfr. STJCE de 4 de abril de 1995, Comisión c. República italiana, asunto C-350/93, Rec. 1995, p. I-0699; STJCE de 4 de abril de 1995, Comisión c. República italiana, asunto C-348/93, Rec. 1995, p. I-0673; STJCE de 21 de marzo de 1990, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-142/87, Rec. 1990, p. I-0959; STJCE de 4 de febrero de 1992, British Aerospace Public Ltd Company y Rover Group Holdings plc c. Comisión, asunto C-294/90, Rec. 1992, p. I-0493; STJCE de 24 de octubre de 1996, República Fed-

prestado una especial atención en los últimos años. En una primera etapa, las dificultades surgieron en torno al reconocimiento de este poder a la Comisión; con posterioridad y resuelta esta cuestión por la jurisprudencia, las dificultades se centraron en los límites y en las condiciones para su puesta en práctica.

En efecto, a pesar de que la recuperación de una ayuda es la *consecuencia lógica* de la comprobación de la ilegalidad de su otorgamiento²⁰⁸, el reconocimiento de un poder específico en manos de la Comisión para poder instarla ha suscitado múltiples problemas que derivaban, al menos formalmente, del hecho de que esta facultad no le es reconocida de manera expresa por los tratados²⁰⁹. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que, a partir de la STJCE de 12 de julio de 1973, Comisión c. República Federal de Alemania²¹⁰, reconociera esta

ral de Alemania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG c. Comisión, asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Rec. 1996, p. I-5151; STJCE de 20 de marzo de 1997, Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH, petición de decisión prejudicial del Bundesverwaltungsgericht - Alemania, asunto C-24/95, Rec. 1997, p. I-1591; STJCE de 29 de enero de 1998, Comisión c. República italiana, asunto C-280/95, Rec. 1998, p. I-0259; STPI de 15 de septiembre de 1998, Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) y Ente Partecipazioni e Finanziamento Industria Manifatturiera (EFIM) c. Comisión, asuntos acumulados T-126/96 y C-127/96, Rec. 1998, p. II-3437; STJCE de 27 de junio de 2000, Comisión c. República portuguesa, asunto C-404/97, Rec. 2000, p. I-4897; STJCE de 12 de octubre de 2000, asunto C-480/98, Reino de España c. Comisión (asunto Magefesa), Rec. 2000 p. I-8717.

²⁰⁸ Cfr. STJCE de 21 de marzo de 1990, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 142/87 («*Tubemeuse*», Rec. 1990, p. I-0959, apartado 67). En este sentido, vid. CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., p. 192). Como también ha puntualizado la jurisprudencia, la recuperación de una ayuda ilegal no puede depender de la forma en que la ayuda fue otorgada. Véanse, en particular, la STJCE de 10 de junio de 1993, Comisión c. Grecia, asunto C-183/91, Rec. p. I-3131, apartado 16, y más recientemente, STJCE de 27 de junio de 2000, Comisión c. República portuguesa, asunto C-404/97, apartado 38, Rec. 2000, p. I-4897.

²⁰⁹ En este sentido, CAFARI PANICO, R. («El recuperado...», op. cit., p. 40). El apartado 2, inciso 1 del artículo 88 CE se limita a señalar que «si después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o la modifique en el plazo que ella misma determine».

²¹⁰ Asunto 70/72, Rec. p. 813, en particular apartados 11 a 13. Como recuerda MORSON («La récupération...», op. cit., p. 413, nota 116), la Comisión, hasta esta sentencia, se limitaba a constatar el incumplimiento por parte del Estado de sus obligaciones en materia de ayudas estatales. A propósito de esta sentencia y de la decisión impugnada vid. también CROIZIER, I., *L'offensive de la CEE...*, op. cit., pp. 29 y ss.

facultad a la Comisión, amparándose en la necesidad de no privar de *efecto útil*²¹¹ a las decisiones de la Comisión en materia de ayudas estatales²¹².

El tenor literal de esta primera jurisprudencia ha permitido considerar que la Comisión disponía de un poder discrecional para instar o no la efectiva recuperación de las ayudas ilegales, en función de las circunstancias del caso, lo que la convertía, como gráficamente señala Morson²¹³, en el «juzgador de la oportunidad»: no era necesaria una motivación específica para exigir la recuperación²¹⁴, incluso en su inte-

²¹¹ Como bien advierte MORSON («La récupération...», op. cit., p. 414 y nota 24), la teoría del *efecto útil* había sido tradicionalmente aplicada por la jurisprudencia comunitaria en los demás ámbitos del Derecho de la competencia.

²¹² A pesar de este temprano pronunciamiento jurisprudencial, la Comisión tardaría cerca de diez años en aplicar de manera efectiva esta facultad, puesto que hasta 1982 no dictaría su primera decisión instando la recuperación de una ayuda ilegal. Se trata, como recuerda PRIESS («Recovery...», op. cit., p. 70), de la Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales. (Asunto Balamundi, DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18). Tras esta primera decisión, la Comisión publicó en el Diario Oficial tan sólo un año después una comunicación general sobre la obligación de notificar, en la que plantea claramente la cuestión de la recuperación (DOCE C 318, de 24.11.1983, p. 3). En dicha comunicación la Comisión manifiesta su intención de emplear todos los medios a su disposición para luchar contra las ayudas ilegales, refiriéndose, además de a la recuperación de las ayudas conforme a la habilitación que le reconocía la jurisprudencia (STJCE de 12 de julio de 1973, asunto 70/72), a la posibilidad de negarse a pagar, en el caso del sector agrícola, los anticipos del FEOGA o a imputar en el presupuesto de dicho fondo el gasto relativo a las medidas nacionales que afecten directamente a las medidas comunitarias. Sobre este documento, vid. WINTER, J. A.: «The Rights...», op. cit., p. 522. A propósito de las primeras decisiones de la Comisión, vid. FLYNN, J.: «Orders...», op. cit., pp. 365 a 367. Un repaso conciso pero completo de la práctica de la Comisión hasta 1996 puede verse en SCHAUB («State Aids Control...», op. cit., pp. 3 y 4), quien recuerda en este punto que en los años ochenta la Comisión concentró sus esfuerzos en materia de recuperación de ayudas en los grandes expedientes, como los casos Renault y Peugeot, Alfa Romeo y Rover.

²¹³ MORSON, S.: «La récupération ...», op. cit., p. 415. En el mismo sentido y en extenso cfr. CROIZIER, I.: *L'offensive de la CEE...*, op. cit., pp. 75 y 76, y CAFARI PANICO, R.: «Il recupero...», op. cit. pp. 45 y 46.

²¹⁴ CAFARI («Il recupero...», op. cit. p. 44) destaca el planteamiento efectuado por el Abogado General Darmon en sus conclusiones, presentadas el 6 de octubre de 1993, en los asuntos acumulados C-324/90 y C-342/90 (República Federal de Alemania y Pleuger Worthington GmbH c. Comisión, Rec. 1994, p. I-1173, apartados 106 a 122), en donde se repasa la jurisprudencia al respecto (Sentencia de 12 de julio de 1973 (70/72, Rec. p. 813; Sentencia de 21 de marzo de 1990, Bélgica c. Comisión (C-142/87, Rec. p. I-959) y

gridad, ni había que precisar el alcance efectivo de la ventaja conferida al beneficiario²¹⁵.

Esta primera jurisprudencia dejaba sin resolver, sin embargo, la cuestión clave del alcance efectivo del poder de la Comisión; es decir, si este poder se extiende únicamente a las ayudas declaradas incompatibles o si alcanza también a las ayudas que sin haber sido declaradas incompatibles hubieran sido otorgadas de manera ilegal²¹⁶. Mientras que el primer supuesto no ofrecía dudas a la luz de la citada jurisprudencia, la posibilidad de instar la recuperación de las ayudas ilegales cuya efectiva incompatibilidad no hubiera sido declarada por la Comisión resultaba mucho más problemática.

La pretensión de la Comisión²¹⁷, como expone Keppenne²¹⁸, era la de que, en el caso de otorgamiento de una ayuda ilegal, debía iniciar el procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario, previsto en los artículos 169 a 171 Tratado CE (hoy 226 a 228 CE), a fin de obtener la anulación de la medida nacional en cuestión y no los mecanismos del artículo 88 CE.

Este criterio fue abiertamente rechazado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en su sentencia de 14 de febrero de 1990²¹⁹, que estableció una separación estricta entre ilegalidad de la

especialmente dos sentencias dictadas el 21 de marzo de 1991, (Sentencias Italia-ENI-Lanerossi c. Comisión (C-303/88, Rec. p. I-1433) e Italia-Alfa Romeo c. Comisión (C-305/89, Rec. p. I-1603)).

²¹⁵ Cfr. STPI de 12 de diciembre de 1996, *Compagnie nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 155 a 168, especialmente 165. En este sentido, vid. CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 193 y 194.

²¹⁶ Debemos recordar en este punto con CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., p. 189) que en el caso de las ayudas existentes la Comisión no puede instar la recuperación hasta que haya decidido sobre su compatibilidad, ya que su otorgamiento efectivo no es ilegal.

²¹⁷ Como recuerdan FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y CALVO CARAVACA (*Las ayudas de Estado...*, op. cit., p. 135), la Comisión había estudiado la posibilidad de una solicitud automática de restitución de las ayudas pagadas sin notificación previa o antes de adoptar una decisión definitiva sobre la misma (cfr. XV IPC 1985, apartado 171). La Comisión desarrolló esta política en su XVI IPC 1986, y pretendía que las ayudas ilegales por incumplimiento de las previsiones del artículo 93 Tratado CE (artículo 88 CE) fueran consideradas *per se* ilegales.

²¹⁸ KEPPENE, A.: *Guide...*, op. cit., pp. 239 y 240.

²¹⁹ República francesa c. Comisión (Boussac Saint-Frère, asunto C-301/87, Rec. 1990, p. I-0307). Esta sentencia ha suscitado innumerables comentarios de los cuales, a

ayuda, que suponía una violación de las reglas de procedimiento previstas en el artículo 88.3 CE *in fine*, y la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común, conforme al artículo 87 CE²²⁰. En consecuencia, consideró que la Comisión no podía prohibir las ayudas por razones exclusivamente formales, cuando las ayudas podían ser compatibles con el mercado común. Para el Tribunal las «simples irregularidades formales» no eximen a la Comisión de su obligación de decidir sobre el fondo de la cuestión (la compatibilidad o la incompatibilidad de las ayudas ilegales), por lo que no puede dictar una decisión final negativa basándose únicamente en el incumplimiento por parte del Estado de las reglas de procedimiento.

No obstante, el Tribunal reconoció a la Comisión²²¹ la facultad de adoptar medidas cautelares para que la ayuda no se hiciera efectiva hasta que se resolviera sobre su compatibilidad²²². Esta es la solución que recoge en la actualidad el artículo 11 del Reglamento de procedimiento²²³, al regular en su apartado 2 que «(1)a Comisión, tras ofrecer

título meramente indicativo, destacamos los siguientes: LASOK, P.: «The Commission's Powers Over Illegal State Aids», en *ECLR*, 1990, pp. 125 a 127; RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c Comisión, asunto 301/87», en *GJ*, 1990, n° 78, pp. 17 a 18; ROBERTI, G. M.: «SCGJCE 21 marzo 1990 (causa 142/87), Regno de Belgio c. Commissione CE», en *For. It.*, 1991, IV, pp. 28 a 37; GARCÍA FEMENIA, A. M.: «Ayudas estatales...», op. cit., pp. 125 a 129.

²²⁰ En esta sentencia el Tribunal estableció la distinción entre ayudas «irregularmente acordadas» y ayudas «ilegales», en sentido estricto. Vid. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L.: *Las Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 136.

²²¹ Esta posibilidad aparecía recogida en la Sentencia de 1973 ya citada (considerando 20). Cfr. PRIESS, H. J.: «Recovery of Illegal...», op. cit., p. 73, nota 16.

²²² Debemos recordar que con anterioridad a esta sentencia, la jurisprudencia había admitido ya que, en el caso de que el Estado miembro hubiera ejecutado la ayuda sin esperar la decisión final de la Comisión, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 88.3 *in fine* CE, ésta podía adoptar un mandamiento dirigido a las autoridades nacionales para que ordenen su restitución (Cfr. STJCE de 24 de febrero de 1987, Deufil GmbH und Co. KG c. Comisión, asunto 310/85, Rec. 1987, p. 901, apartado 24). En el asunto Air France IV (Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations de los títulos emitidos por Air France, en DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26), la Comisión dictaría una nueva Decisión de fecha 4 de abril de 1995 (DOCE L 219, de 15.9.1995, p. 34), estableciendo el depósito de las cantidades objeto del expediente hasta que los tribunales resolvieran sobre su legalidad.

²²³ Algunos autores como HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., pp. 388 y 389) han criticado que el Reglamento de procedimiento se ocupe de la recupera-

al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, podrá requerir a dicho Estado miembro, mediante decisión, que recupere provisionalmente toda ayuda ilegal en tanto en cuanto la Comisión no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común (denominada en lo sucesivo *requerimiento de recuperación*)»²²⁴. Ahora bien, la regulación de la facultad de instar la recuperación provisional de las ayudas ilegales ha quedado en la práctica profundamente mediatizada, ya que sólo podrá ser ejercida por la Comisión cuando concurren determinados requisitos²²⁵.

En efecto, para que la Comisión pueda instar la recuperación provisional de una ayuda presuntamente ilegal será preciso: 1) que de acuerdo con una práctica establecida, no existan dudas sobre el carácter de ayuda de la medida de que se trate; 2) que sea urgente actuar; y 3) que exista un grave riesgo de causar un perjuicio considerable e irreparable a un competidor²²⁶.

Dicho precepto prevé, además, que la recuperación provisional se efectue con arreglo al procedimiento establecido para la recuperación definitiva de las ayudas declaradas incompatibles²²⁷, si bien, después de

ción de las ayudas estatales en el capítulo dedicado al procedimiento aplicable a las ayudas ilegales, puesto que, además de éstas, la recuperación procedería también en relación con las ayudas abusivas, con las ayudas existentes en el caso de que por parte de la Comisión se adoptasen medidas apropiadas, e incluso con respecto a las ayudas que autorizadas por la Comisión sean anuladas por los tribunales comunitarios.

²²⁴ En el apartado 1 de este mismo artículo el Reglamento regula el requerimiento de suspensión, señalando que «la Comisión, tras ofrecer al Estado miembro interesado la oportunidad de presentar sus observaciones, podrá requerir a dicho Estado miembro, mediante decisión, que suspenda toda concesión de ayuda ilegal en tanto en cuanto aquella no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común...».

²²⁵ Para un examen de los complejos problemas suscitados en la práctica comunitaria y nacional a propósito de las medidas cautelares resulta fundamental la lectura de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Madrid, Civitas, 1995.

²²⁶ Como apunta SINNAEVE («Unanimous...», op. cit., pp. 46 y 47) esta regulación viene a poner fin a la polémica doctrinal acerca de la legalidad de las competencias de la Comisión para instar la recuperación provisional de las ayudas al igual que el Consejo. En la práctica, sin embargo, como se indica en el citado trabajo, las condiciones impuestas dejan reducida la posibilidad de instar la recuperación provisional a los supuestos más graves, en los que se hace imprescindible restaurar la competencia afectada por la ayuda concedida ilegalmente.

²²⁷ Artículo 14.1 y 2 del Reglamento.

que efectivamente se haya recuperado la ayuda, la Comisión deberá adoptar una decisión dentro de los plazos establecidos para las ayudas notificadas²²⁸. Y para evitar situaciones traumáticas, la Comisión puede autorizar al Estado miembro a acompañar el reembolso de la ayuda del pago de una ayuda de salvamento a la empresa de que se trate²²⁹.

Por lo que se refiere a la recuperación de las ayudas una vez recaída decisión definitiva acerca de su incompatibilidad, la redacción del artículo 14 del Reglamento de procedimiento²³⁰ parece oponerse a su tradicional carácter facultativo²³¹, puesto que su apartado 1 dispone que «(c)uando se adopten decisiones negativas en casos de ayuda ilegal, la Comisión decidirá que el Estado miembro interesado tome todas las medidas necesarias para obtener del beneficiario la recuperación de la ayuda (decisión de recuperación)»²³², con la única excepción de que

²²⁸ La determinación de un plazo para dictar la decisión definitiva, frente a la libertad de plazos reconocida a la Comisión en los procedimientos aplicables a las ayudas ilegales, se incorporó al texto durante su tramitación.

²²⁹ Esta previsión se aparta, como subrayan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., pp. 391 y 392), de la adoptada con anterioridad por la jurisprudencia.

²³⁰ SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1178) destacan que este cambio resulta lógico desde la perspectiva del control de la Comisión para asegurar una competencia no falseada y para garantizar la igualdad de trato entre los Estados miembros y entre las empresas en el interior de la Unión Europea.

²³¹ En este sentido, señala GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E. («El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales. Especial referencia a la recuperación de ayudas», en *REDE*, n.º 1, enero-marzo, 2002, pp. 101 a 135, p. 117) que a pesar de la mejorable expresión utilizada («decidirá»), la Comisión no goza de margen discrecional alguno al respecto.

²³² Conforme a dicho artículo (apartado 2), «(l)a ayuda recuperable con arreglo a la decisión de recuperación devengará intereses calculados al tipo pertinente que fije la Comisión, desde la fecha en que la ayuda ilegal estuvo a disposición del beneficiario hasta la fecha de su recuperación». En este punto y con arreglo a la jurisprudencia (STPI de 8 de junio de 1995, Siemens SA c. Comisión, asunto T-459/93, Rec. 1995, p. II-1675, apartados 87 a 107), la Comisión podría igualmente exigir el abono de intereses de las ayudas ilegales pero declaradas compatibles, desde su concesión ilegal hasta la decisión final para evitar la ventaja que pudiera suponer (Ordóñez Solís, D.: «Notificación...», op. cit., p. 50 y nota 68). También debe de tenerse en cuenta la reciente STJCE de 12 de octubre de 2000, Reino de España c. Comisión, asunto C-480/98 (Rec. 2000 p. I-8717) en la que el Tribunal anuló la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 1998, relativa a la ayuda otorgada por España a las empresas del grupo Magefesa y a sus empresas sucesoras, en la medida en que incluía, entre los importes de las ayudas que deben recuperarse, los intereses devengados con posterioridad a la declaración de quiebra de las empresas Indosa y Cunosa sobre las ayudas ilegalmente recibidas antes de dicha declaración.

dicha recuperación sea contraria a un principio general del Derecho comunitario²³³.

La obligación de recuperación incumbe al Estado miembro destinatario de la decisión²³⁴ y ha de tener lugar conforme a las disposiciones pertinentes de su Derecho interno²³⁵, puesto que la Comisión carece de poder efectivo para ejecutar directamente la decisión de recuperación²³⁶. Esta circunstancia hace que en la práctica tales decisiones se conviertan en fuente de múltiples dificultades derivadas no sólo de la necesidad de coordinar sistemas jurídicos diferentes²³⁷ sino también de las reticencias de los Estados a llevar a cabo dicha recuperación, por lo que son los jueces nacionales quienes están llamados en último término a ejecutar las decisiones de la Comisión y a instar, en su caso, la recuperación de las ayudas, conciliando los intereses en conflicto²³⁸.

²³³ Este inciso final fue añadido al texto de la propuesta de la Comisión. Sobre esta cuestión, vid. el detallado estudio de RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Principios generales del derecho...», op. cit., pp. 32 a 39.

²³⁴ La Comisión puede verse obligada, sin embargo, a especificar quién es el beneficiario de la ayuda y, por tanto, quién debe efectuar la restitución de la misma. Un ejemplo ilustrativo puede verse en la STJCE de 21 de marzo de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-305/89, Rec. 1991, p. I-1603 (Asunto *Alfa Romeo*). Vid. a este respecto por todos, CAFARI PANICO, R.: «Il recupero...», op. cit., pp. 44 a 47.

²³⁵ En lo que se refiere al Derecho interno español, esta cuestión es examinada con detalle por GARCÍA-TREVIJANO GARNICA («El procedimiento comunitario...», op. cit., pp. 124 a 127) quien se hace eco del debate doctrinal suscitado al respecto, apuntando las tres vías alternativas planteadas por la misma (revisión de oficio, eficacia revisora de la propia decisión de la Comisión y procedimiento interno de recuperación de las ayudas) y la solución propuesta por el Consejo de Estado, que propugna además la conveniencia (que el citado autor considera una necesidad) de que se elabore una norma general, específica al respecto, que atienda, incluso los supuestos en que la ayuda hubiera sido concedida mediante actos formalmente calificados como de derecho privado.

²³⁶ Existe la excepción de las ayudas concedidas en el marco de la PAC (vid. MORSON, S.: «La récupération...», op. cit., pp. 412 y 430, especialmente nota 12).

²³⁷ MORSON, S.: «La récupération...», op. cit., p. 434.

²³⁸ Como recuerda MORSON («La récupération...», op. cit., p. 435 con la jurisprudencia en él citada), la jurisprudencia comunitaria precisa las condiciones relativas a la determinación de una reclamación por ayudas ilegales, señalando que el Derecho comunitario no se opone a que se tomen en consideración por la legislación correspondiente principios como el de la confianza legítima. Dos exigencias son, no obstante, imprescindibles: que exista una total identidad con la recuperación de las prestaciones financieras nacionales y que el interés de la Comunidad sea tomado en consideración.

La Comisión puede, no obstante, conforme al párrafo 2 del apartado 2 del artículo 88 CE, acudir directamente al Tribunal de Justicia denunciando el incumplimiento del Estado miembro de su obligación de ejecutar la decisión de la que es destinatario. Frente a este recurso, el único motivo que puede prosperar es la imposibilidad absoluta de ejecutar correctamente la decisión; motivo que, como subraya Morson²³⁹, es apreciado por el Tribunal de manera muy restrictiva²⁴⁰.

Los Estados miembros suelen invocar en sus escritos dos tipos de consideraciones: las dificultades que presenta la ejecución desde el punto de vista del Derecho interno y las dificultades políticas o sociales para llevarla a cabo²⁴¹. Entre las primeras, merece la pena traer a colación la invocación del principio de intangibilidad del capital social como garantía de los acreedores²⁴².

Este argumento fue invocado por las autoridades belgas con motivo de sendos recursos por incumplimiento interpuestos por la Comisión, en los que denunciaba la no ejecución de sus decisiones a propósito de las aportaciones públicas de capital efectuadas en dos compañías en crisis (Boch y Beaulieu) que habían sido declaradas ilegales e incompatibles²⁴³.

En el primer recurso el Gobierno belga sostiene, fundándose en su Derecho de sociedades y en la Segunda Directiva sobre Derecho de so-

²³⁹ MORSON, S.: «La récupération...», op. cit., p. 430.

²⁴⁰ Así lo corrobora la reciente STJCE de 29 de enero de 1998, asunto C-280/95, Comisión c. República italiana, Rec. 1998, p. I-259.

²⁴¹ Como destacan WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho europeo...*, op. cit., p. 505) el Tribunal de Justicia no se muestra sensible respecto de las consecuencias negativas que podrían derivarse para la empresa beneficiaria, incluso aunque supongan la liquidación de la misma. No obstante, como apunta MORSON («La récupération...», op. cit., p. 432), la ejecución efectiva puede entrar en una fase de negociación con la Comisión de indudable carácter *político*. A propósito de esta capacidad negociadora, vid. STPI de 15 de marzo de 2001, Société chimique Prayon-Rupel SA c. Comisión, asunto T-73/98, apartado 45, Rec. 2001, p. II-867.

²⁴² Esta cuestión es abordada entre otros por GERMAIN, M., HERMITTE, M. A.: «Capital social et droit communautaire des aides étatiques», en *La Semaine Juridique*, n° 22, 1989, pp. 349 a 351; MORSON, S.: «La récupération...», op. cit., pp. 430 y 431; y más recientemente por CROIZIER, I.: *L'offensive de la CEE...*, op. cit., pp. 94 y 95, y por WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 505 y 506.

²⁴³ Decisión de 16 de febrero de 1983, asunto Boch I (DOCE L 91, de 9.4.83, p. 32) y Decisión de 27 de junio de 1984, asunto Beaulieu I (DOCE L 283, de 27.10.84, p. 39).

ciedades²⁴⁴, que al exigírsele por parte de la Comisión la supresión de la toma de participación que se le imputaba, no se había tomado en consideración la naturaleza específica de la intervención cuando se concreta en forma de participación en el capital social de una empresa.

En este asunto, la empresa receptora de la ayuda carecía de beneficios, por lo que la única posibilidad de ejecutar la decisión de la Comisión pasaba por la liquidación de la compañía, por lo que, al dar prioridad al artículo 87 CE frente a los intereses de los acreedores de la empresa, se perjudiciaría a terceros, cuya buena fe no debería ser puesta en duda mientras no se dispusiera de un criterio para determinar *a priori* la ilegalidad de una adquisición de participación por parte de un organismo público.

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 15 de enero de 1986²⁴⁵, condena por incumplimiento al Gobierno belga al considerar la pretensión de la Comisión lo suficientemente precisa como para que pudiera ser ejecutada, señalando que el hecho de que, atendiendo a la situación financiera de la empresa, las autoridades belgas no pudieran recuperar el importe pagado no constituía una imposibilidad absoluta de ejecutarla, ya que el objetivo de la decisión era la suspensión de la ayuda y éste podía alcanzarse, como admitían las propias autoridades belgas, mediante la liquidación de la empresa, que dichas autoridades como accionistas podían provocar²⁴⁶.

Por su parte, en el segundo recurso, resuelto por STJCE de 9 de abril de 1987²⁴⁷, el Tribunal condenó igualmente al Reino de Bélgica que, aunque hizo valer nuevamente su argumentación sobre este punto, fue

²⁴⁴ Directiva 77/91/CEE del Consejo, de 13 de diciembre de 1976, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y a las modificaciones de su capital (DOCE L 26, de 30.1.1977, p. 1).

²⁴⁵ STJCE de 15 de enero de 1986, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 52/84, Rec. 1986, p. 89, apartados 14 y 15.

²⁴⁶ Por su parte, el Abogado General Carl OTTO LENZ, en sus conclusiones de 21 de noviembre de 1985 rechazará igualmente el argumento esgrimido por la autoridades belgas, recordando, asimismo, que los terceros de buena fe podrían hacer valer sus derechos de acuerdo con el Derecho interno y con las disposiciones nacionales aplicables a la responsabilidad imputable a los órganos del Estado (cfr. Rec. 1986, p. 99).

²⁴⁷ STJCE de 9 de abril de 1987, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 5/86, Rec. 1987, p. 1773.

rechazada por el Tribunal, que se limitó a constatar que la decisión controvertida no había sido ejecutada en plazo²⁴⁸.

El TJCE tendría ocasión de volver sobre esta cuestión en su sentencia en el asunto *ENI-Lanerossi*²⁴⁹. Como como subrayan Waelbroeck y Frignani²⁵⁰, el Tribunal reafirma su jurisprudencia, conforme a la cual las circunstancias del Derecho interno no pueden obstaculizar la plena aplicación del Derecho comunitario y, por tanto, afectar a la recuperación de las ayudas. En consecuencia, el TJCE rechazó el argumento presentado por las autoridades italianas de que el Derecho italiano no permitía al Estado recuperar de los adquirentes de las cuatro filiales del grupo que habían recibido las ayudas aquellas cantidades que no hubieran sido tenidas en cuenta en las condiciones de venta de las mismas²⁵¹.

En la misma línea, el Tribunal consideró en su Sentencia de 13 de septiembre de 1995²⁵² que la Comisión actuaba de manera legítima al suspender el pago de determinadas ayudas hasta la devolución de otras anteriores contrarias a derecho, rechazando el argumento de que tal actitud constituía una «injerencia injustificada» en el ordenamiento jurídico nacional, en la medida en que ordenaba suspender la entrega de las nuevas ayudas (*Asuntos TWD II y TWD III*) hasta que se hubiera procedido a la recuperación de las ayudas anteriores (*TWD I*), sin que pudiera invocarse el principio de confianza legítima²⁵³.

²⁴⁸ El Reino de Bélgica sería nuevamente condenado por incumplir la STJCE de 9 de abril de 1987, por medio de la STJCE de 19 de febrero de 1991, Comisión c. Reino de Bélgica (Asunto C-375/89). Recurso por incumplimiento. No ejecución de la sentencia 5/86.

²⁴⁹ STJCE de 21 de marzo de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. I-1433, en particular considerandos 56 a 62.

²⁵⁰ WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 506.

²⁵¹ Por su parte, el Abogado General W. van GERVEN, en sus conclusiones de 11 de octubre de 199, a pesar de que recuerda la jurisprudencia del Tribunal de Justicia acerca de la imposibilidad de ejecutar las decisiones de la Comisión, no aborda la cuestión directamente y rechaza este razonamiento basándose únicamente en argumentos de naturaleza procesal.

²⁵² TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Comisión, asuntos acumulados T-244/93 y T-486/93, Rec. 1995, p. II-2265, especialmente considerandos 67 a 74.

²⁵³ Para un comentario de esta sentencia, vid. PRIESS, H. J.: «Recovery of Illegal...», op. cit., pp. 84 y ss.

En la actualidad, el Reglamento de procedimiento establece en el apartado 3 del artículo 14 que «(s)in perjuicio de lo que el Tribunal de Justicia pueda disponer, de conformidad con el artículo 185 del Tratado, la recuperación se efectuará sin dilación y con arreglo a los procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro interesado, siempre que permitan la ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión»²⁵⁴. En el caso de que se entable procedimiento ante los tribunales nacionales, «los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus regímenes jurídicos nacionales, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario»²⁵⁵.

Por razones de seguridad jurídica, el Reglamento incorpora un límite temporal a la facultad de la Comisión para instar la recuperación de una ayuda ilegal, estableciendo en su artículo 15 un plazo de prescripción de 10 años, transcurrido el cual cualquier ayuda ilegal será considerada *ex lege* como existente²⁵⁶. Este plazo de prescripción, que fue

²⁵⁴ El artículo 185 Tratado CE se corresponde con el actual artículo 242 CE, que señala que «(l)os recursos interpuestos ante el Tribunal de Justicia no tendrán efecto suspensivo. Sin embargo, el Tribunal de Justicia podrá, si estima que las circunstancias así lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución del acto impugnado».

²⁵⁵ En esta cuestión se ha producido un importante cambio con respecto a la propuesta de la Comisión, ya que en ésta se preveía que los recursos interpuestos en virtud del Derecho nacional carecieran de efecto suspensivo. Como advierte SINNAEVE («Unanimous...», op. cit., p. 47), esta condición fue suprimida durante las negociaciones con el Consejo al considerarla una cláusula de armonización, para la que el artículo 89 CE constituía una base legal insuficiente.

²⁵⁶ La cuestión de la fijación de un plazo de prescripción había sido ya abordada por la jurisprudencia en la STPI de 15 septiembre de 1998, Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) y Ente Partecipazioni e Finanziamento Industria Manifatturiera (EFIM) c. Comisión, asuntos acumulados T-126/96 y T-127/96, Rec. 1998, p. II-3437, apartado 67. En la Decisión de 28 de junio de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a Salzgitter AG, Preussag Stahl AG y las filiales siderúrgicas del grupo, en lo sucesivo Salzgitter AG - Stahl und Technologii (SAG) (DOCE L 323, de 20.12.2000, p. 5, especialmente apartados 39 y 77 a 83), Alemania invoca la aplicación de este artículo al ámbito CECA, ya que el principio de seguridad jurídica constituye un principio general del Derecho comunitario, citando como antecedente la Decisión 96/617/CECA, relativa a Acciai ri di Bolzano (DOCE L 274, de 26.10.1996, p. 30). La Comisión, aunque admite la posible aplicación subsidiaria o complementaria del Reglamento 659/99 y que ni el Tratado CECA ni los actos de él derivados prevén norma de prescripción alguna, rechazó el argumento de Alemania, señalando que en el ámbito del Tratado CECA la prescripción no tiene sentido, ya que las ayudas en dicho Tratado están sujetas a la «prohibición»

añadido durante la tramitación del Reglamento, empezará a contar a partir de la fecha en que se haya concedido la ayuda ilegal al beneficiario como ayuda individual o en virtud de un régimen de ayudas²⁵⁷. Sin embargo, el propio texto añade ciertas cautelas que matizan este plazo, puesto que, «cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionada con la ayuda ilegal interrumpirá el plazo de prescripción. Tras cada interrupción, el plazo comenzará a contarse desde el principio. El plazo de prescripción deberá suspenderse durante el tiempo en que la decisión de la Comisión sea objeto de un procedimiento pendiente ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas».

2.2.2.6. Las partes interesadas

Otra de las complejas cuestiones que se presentan en los procedimientos en materia de ayudas estatales es la posición jurídica de las partes en el conflicto, así como el eventual reconocimiento de los derechos de los terceros en aquél. Por ello, el Reglamento 659/1999 aborda esta cuestión en un artículo específico (el 20²⁵⁸) del capítulo VI, bajo la rúbrica de *partes interesadas*. Es preciso destacar, sin embargo, que este capítulo no figuraba en la propuesta de la Comisión²⁵⁹, sino que se

absoluta, que es la que garantiza la seguridad jurídica, puesto que sin autorización excepcional las ayudas son ilegales.

²⁵⁷ La Comisión aplica este plazo de prescripción decenal en relación con alguna de las ayudas de las que, a su juicio, se ha venido beneficiando la eléctrica pública francesa EdF, en el marco del proceso de revisión de su situación jurídica respecto de las reglas comunitarias de la competencia. Cfr. IP/02/1485, de 16.10.2002 (Ayudas de Estado: La Comisión quiere poner fin a algunas de las ventajas de que disfruta EdF).

²⁵⁸ No podemos olvidar, sin embargo, que el Reglamento incluye en su artículo 1.h la noción de «parte interesada» a la que define en sentido amplio como «cualquier Estado miembro o cualquier persona, empresa o asociación de empresas cuyos intereses puedan verse afectados por la concesión de una ayuda y, concretamente, el beneficiario de la misma, las empresas competidoras y las asociaciones socioprofesionales».

²⁵⁹ Puede leerse un comentario de la propuesta a propósito de esta cuestión en SINNAEVE, A.: «The Commission's Proposal...», op. cit., p. 81. Para la misma autora («Unanimous...», op. cit., pp. 47 y 48), la redacción de un capítulo propio para exponer los derechos de las partes interesadas resultaba útil en aras de alcanzar la transparencia pretendida por la Comisión, puesto que estos derechos se enunciaban de manera dispersa o simplemente se sugerían a lo largo del texto de la propuesta muchos de los cuales ahora se enuncian.

incorporó con posterioridad al texto del reglamento²⁶⁰, no siendo ajeno a este hecho que en el año inmediatamente anterior a su aprobación se produjera una jurisprudencia «particularmente rica desde el punto de vista de las normas de procedimiento»²⁶¹, cuyo contenido se refleja indudablemente en la redacción final.

En efecto, la jurisprudencia ha contribuido significativamente a perfilar el concepto y la posición jurídica de los *interesados* en el procedimiento en materia de ayudas estatales, con arreglo al apartado 2 del artículo 88 CE. Así, el TPI reconoció en su Auto de 18 de febrero de 1998²⁶² que los organismos que representan a los trabajadores de una empresa beneficiaria de una ayuda pueden, en tanto que interesados, presentar sus observaciones sobre consideraciones de orden social, las cuales, en su caso, pueden ser tenidas en cuenta por la Comisión con objeto de evaluar si una ayuda es compatible o no con el mercado común.

Por su parte, el Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 2 de abril de 1998²⁶³, recaída en el mismo asunto, procedió a aclarar el régimen jurídico de las denuncias presentadas por los terceros a la Comisión y, en particular, el alcance de las obligaciones que incumben a esta institución con motivo de su examen. Para el Tribunal, la Comisión está obligada a proceder a un examen diligente e imparcial de las denuncias que reciba, lo que puede hacer necesario que proceda al examen de los

²⁶⁰ El considerando 16 del Reglamento reconoce en su redacción final que es «oportuno definir en el Reglamento todas las posibilidades que se brindan a terceros para defender sus intereses en los procedimientos de ayudas de Estado».

²⁶¹ Cfr. XXVIII IPC 1998 COM (99) 734 final, apartado 278. En el análisis de esta jurisprudencia seguiremos la posición de la Comisión, expresada en el citado informe, apartados 278 a 286.

²⁶² Cfr. XXVIII IPC 1998, apartado 283 y auto del TPI de 18 de febrero de 1998, Comité d'Entreprise de la Société Française de Production, Syndicat National de Radiodiffusion et de Télévision CGT (SNRT-CGT), Syndicat Unifié de Radio et de Télévision CFDT (SURT-CFDT), Syndicat National Force Ouvrière de Radiodiffusion et de Télévision y Syndicat National de l'Encadrement Audiovisuel CFE-CGC (SNEA-CFE-CGC) c. Comisión, asunto T-189/97, Rec. 1998, p. II-335.

²⁶³ Comisión c. Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et valeurs (Sytraval) y Brink's France SARL, asunto C-367/95 P. 1998, p. I-1719. Un comentario de esta sentencia puede verse en HELD, A.: *EC Comp. Pol. News*, n° 2, february, 1998, pp. 42 a 44.

elementos que no hayan sido expresamente invocados por los denunciantes. Sin embargo, este principio no implica que la Comisión esté obligada a examinar de oficio las alegaciones que no habría dejado de formular el denunciante si hubiera conocido ciertos datos recogidos por la Comisión en el marco de su investigación²⁶⁴.

El Tribunal confirma también el criterio sostenido por la Comisión de que ésta no está obligada a oír a los denunciantes durante la fase previa del examen de las ayudas prevista en el apartado 3 del artículo 88 CE, ya que «el hecho de imponer a la Comisión, en el marco de la fase previa a que se refiere el apartado 3 del artículo 93, un debate contradictorio con el denunciante podría ocasionar discordancias entre el procedimiento previsto por dicha disposición y el previsto por el apartado 2 del artículo 93»²⁶⁵.

El TPI estableció también en su Sentencia de 25 de junio de 1998²⁶⁶ que los terceros interesados, en el sentido del apartado 2 del artículo 88 CE, no pueden ampararse en el derecho de defensa reconocido a las personas en contra de las cuales se inicia un procedimiento, sino que les reconoce sólo el derecho a participar en el procedimiento administrativo en una medida adecuada en función de las circunstancias del caso concreto²⁶⁷. El alcance de los derechos de participación y de información de que disponen puede, por tanto, verse limitado de dos maneras: por un lado, cuando un Estado miembro notifica a la Comisión un proyecto de ayuda acompañado de documentos justificativos y los servicios competentes de ésta tienen después una serie de entrevistas con los funcionarios de aquél, el nivel de información de la Comisión puede haber llegado ya a un grado relativa-

²⁶⁴ Cfr. apartados 60 a 63 de la citada sentencia.

²⁶⁵ Apartado 50 *in fine* de la sentencia.

²⁶⁶ *British Airways plc, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Air UK Ltd, Euralair International, TAT European Airlines SA y British Midland Airways Ltd c. Comisión*, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, 1998 I-2405, Rec. 1998, p. II-2405, apartados 59 a 63.

²⁶⁷ El TJCE cita al respecto en el apartado 59, la STJCE de 17 de noviembre de 1987, *BAT y Reynolds c. Comisión*, 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartados 19 y 20, dictada en materia de competencia, así como la STJCE de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c. Comisión*, asunto C-142/87, Rec. p. I-959, apartado 46.

mente elevado que no permita que queden sino un número reducido de dudas que pueden eliminarse mediante informaciones facilitadas por los interesados²⁶⁸; en este caso, «sin dejar de facilitar a los interesados informaciones generales sobre los elementos básicos del proyecto de ayuda, la Comisión puede limitarse a centrar su comunicación en el *Diario Oficial* en los puntos del proyecto sobre los cuales aún tenga algunas dudas». Por otro lado, conforme al artículo 287 CE (antiguo 214 Tratado CE), la Comisión se encontraría obligada a no divulgar a los interesados informaciones que por su naturaleza estuvieran amparadas por el secreto profesional²⁶⁹.

El artículo 20 del Reglamento²⁷⁰ confirma el carácter bilateral de los procedimientos en materia de ayudas estatales, reconociendo que se basa exclusivamente en un debate entre el Estado miembro interesado y la Comisión²⁷¹, sin reconocer nuevos derechos a los terceros interesados, ni un estatus similar al que poseen en los procedimientos con arreglo a los artículos 81 y 82 CE (antiguos artículos 85 y 86 Tratado CE²⁷²).

En consecuencia, conforme a dicho precepto²⁷³, las partes interesadas podrán presentar sus observaciones en el caso de que la Comisión inicie el procedimiento de investigación formal. Tanto las partes interesadas que hayan presentado sus observaciones como los beneficiarios

²⁶⁸ En este punto el Tribunal aclara que «en la medida en que se refiere a los detalles del proyecto de ayuda, a la situación económica, financiera y competitiva de la empresa beneficiaria y al funcionamiento interno de ésta, el debate entre el Estado miembro y la Comisión se lleva a cabo, necesariamente, más a fondo que el celebrado con las partes interesadas».

²⁶⁹ En relación con el secreto profesional en materia de ayudas estatales, vid. *infra*, apartado 2.2.2.7.

²⁷⁰ Seguimos en este punto las observaciones de SINNAEVE, A.: «Unanimous...», op. cit., p. 81.

²⁷¹ Vid. XXVIII IPC 1998, apartado 279 y STJCE de 2 de abril de 1998, Comisión c. Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeurs (Sytraval) y *Brink's France SARL*, asunto C-367/95 P, Rec. 1998, p. I-1719, apartado 45.

²⁷² Como apuntan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1183 y nota 96), el texto final aprobado por el Consejo puede haber defraudado las expectativas de las asociaciones y de los colegios de abogados europeos.

²⁷³ En esta cuestión, el artículo 20 del Reglamento se remite expresamente a los artículos 6 y 7, en los que se regula el procedimiento de investigación formal.

de ayudas individuales deberán recibir una copia de la decisión adoptada por la Comisión²⁷⁴.

El Reglamento establece igualmente que las partes interesadas también podrán denunciar a la Comisión la existencia de presuntas ayudas ilegales o abusivas. Cuando la Comisión considere que la información que posee es insuficiente para adoptar una posición al respecto lo pondrá de manifiesto a la parte interesada y, en el caso de que adopte una decisión sobre dicha denuncia, le enviará una copia de la misma²⁷⁵. Finalmente, el Reglamento prevé que las partes interesadas puedan obtener previa solicitud una copia de las decisiones adoptadas por la Comisión tras finalizar su examen preliminar o la fase de investigación formal, así como en su caso de los requerimientos de información, de suspensión o de recuperación que hubieran podido dictarse en el curso del procedimiento²⁷⁶.

2.2.2.7. Mecanismos de control

La propuesta inicial de la Comisión atribuía a ésta tres instrumentos de control: los informes anuales, los controles *in situ* y, finalmente,

²⁷⁴ A pesar de que el Reglamento no prevé plazo para la remisión de estas copias, se entiende que la Comisión debe remitirlas tan pronto como las adopte, sin esperar a su publicación. De este modo, como destacan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1184), el plazo de dos meses para la interposición de un recurso contra la decisión empezará a contar para las partes interesadas desde la recepción de dicha copia y no desde la publicación en el DOCE. A propósito de esta misma cuestión, vid. HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 376.

²⁷⁵ Sobre las diferencias entre la posición que se reconoce a los denunciantes en los procedimientos sobre ayudas estatales y la que les reconoce por el artículo 3 del Reglamento 17/62, respecto a los artículos 81 y 82 CE., vid. SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., pp. 1184 a 1186, y HANCHER, L., OTTEN-VARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 376 y 377.

²⁷⁶ Como destacan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., p. 1185), la importancia práctica de esta previsión se reduce en realidad a la posibilidad de obtener copias de los requerimientos y de las decisiones de inexistencia de ayuda y de la decisión de no formular objeciones (artículo 4.2 y 3 del Reglamento), puesto que las demás se publican en todo caso en el DOCE, conforme al artículo 26 del Reglamento. Debemos precisar, con dichos autores, que la Comisión además de publicar en la actualidad estas decisiones (artículo 4.2 y 3) en forma sumaria en el DOCE, las pone a disposición del público a texto completo en su lengua original en la dirección de internet: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids (última consulta realizada en noviembre de 2002). Sobre esta cuestión *in extenso* vid. el apartado 2.2.2.8. de este capítulo.

la facultad de recabar la cooperación de los organismos nacionales de control independientes. En la versión final del Reglamento²⁷⁷ se ha suprimido, sin embargo, este último instrumento, ya que había provocado el recelo de los Estados miembros²⁷⁸.

En los informes anuales el Reglamento exige que los Estados miembros informen a la Comisión de todos los regímenes de ayudas existentes que no estuvieran ya sujetos a dicha obligación en virtud de la correspondiente decisión de autorización²⁷⁹. Si el Estado miembro no presentase dichos informes, la Comisión podrá iniciar el examen del régimen en cuestión, de acuerdo con el artículo 17 del Reglamento y, en su caso, adoptar aquellas medidas que considere adecuadas.

Para los controles *in situ*, la redacción inicial que recogía el artículo 20 de la propuesta de reglamento (hoy artículo 22 del Reglamento

²⁷⁷ Capítulo VI: *control*, artículos 21 a 23. Como subrayan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 377), la atribución de nuevos y reforzados instrumentos de control a la Comisión cobrará especial importancia cuando la Comisión desarrolle las «exenciones por categoría», conforme al Reglamento 994/98.

²⁷⁸ A juicio de SINNAEVE («Unanimous...», op. cit., p. 48), la supresión de este instrumento quedaría compensada con la ampliación del ámbito de aplicación de las visitas *in situ*. Sobre la supresión de esta previsión, vid. SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1188, y HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 378. El artículo 21 de la propuesta, hoy suprimido, señalaba: «1. Cuando la Comisión albergue serias dudas sobre la observancia de las decisiones condicionales a que se refiere el apartado 4 del artículo 7, de las decisiones negativas a que se refieren el apartado 5 del artículo 7 o el apartado 5 del artículo 7 en relación con el apartado 1 del artículo 14, del requerimiento de suspensión a que se refiere el apartado 1 del artículo 11 y del requerimiento de recuperación a que se refiere el apartado 2 del artículo 11, podrá invitar al organismo nacional de control independiente y competente a que le facilite un informe sobre la ejecución de la decisión de que se trate.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el organismo nacional de control independiente competente que hayan designado a efectos de este procedimiento de cooperación.

Con objeto de facultar a dicho organismo para obtener toda la información necesaria y para informar a la Comisión, el Estado miembro deberá, previa consulta a la Comisión, tomar todas las medidas necesarias en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor del presente Reglamento».

²⁷⁹ Cfr. Decisión de 15 de julio de 1997, relativa a la ayuda de Estado otorgada en favor del Grupo de Empresas Álvarez (GEA) (DOCE L 164, de 9.6.1998, p. 30). Esta obligación que impone y generaliza el Reglamento hay que relacionarla con el control permanente encomendado a la Comisión sobre las ayudas existentes, conforme al artículo 88.1 CE. En este sentido, vid. SINNAEVE, A.: «Unanimous...», op. cit., p. 48, y SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1187.

659/1999) ha sufrido interesantes cambios²⁸⁰. Así, mientras en su propuesta la Comisión reservaba únicamente la posibilidad de efectuar las visitas in situ para el caso de las ayudas aprobadas ondicionalmente, la versión final del Reglamento ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación de estas inspecciones, reforzando con ello el poder de la Comisión²⁸¹.

Efectivamente, en la versión final del Reglamento se prevé que la Comisión podrá efectuar visitas de control mediante la adopción de una decisión al efecto²⁸², no sólo cuando albergue dudas en relación con las ayudas autorizadas condicionalmente, sino también para verificar el cumplimiento de las decisiones de no presentar objeciones o de las decisiones positivas.

A este respecto se ha añadido al texto final la cautela de que la Comisión deberá brindar al Estado miembro con carácter previo la oportunidad de presentar sus observaciones. Para ello, deberá informarle por escrito y con antelación suficiente, acerca de su intención de efectuar la visita de control, señalándole los datos personales correspondientes a los agentes autorizados y a los expertos que la efectuarán²⁸³. Estos agentes y expertos independientes podrán estar acompañados por agentes autorizados por el Estado miembro en cuyo territorio deba efec-

²⁸⁰ La posibilidad de efectuar estas inspecciones está inspirada en la práctica anticolusoria de la Comisión (artículo 14.6 Reglamento 17/62), en los poderes conferidos por el artículo 86 Tratado CEECA y la regulación de las ayudas en el sector de la construcción naval. Una vez más, vid. SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1187, y KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 298.

²⁸¹ Sinnaeve («Unanimous Agreement...», op. cit., p. 48) la considera como una de las novedades más importantes introducidas por el Reglamento. Una crítica a este instrumento puede verse en KEPPELNE, J.P.: «(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'Etat», en *RMC et UE*, n° 2, 1998, p. 125 a 156, y del mismo autor: *Guide des aides...*, op. cit., pp. 297 y 298. Para este autor, los servicios de la Comisión deben relacionarse únicamente con el Estado miembro, sobre quien debe recaer la carga de la investigación y las consecuencias del ejercicio abusivo de las ayudas.

²⁸² Previsión también añadida al texto de la propuesta de la comisión.

²⁸³ El Reglamento preve expresamente que si fuera necesario la Comisión pueda estar asistida por expertos independientes. En el caso de que el Estado miembro formule objeciones debidamente justificadas con respecto a la elección de los mismos efectuada por la Comisión, éstos serán nombrados de común acuerdo con dicho Estado. Tanto los agentes de la Comisión como los expertos autorizados para realizar la visita de control deberán presentar una autorización escrita en la que se indique el objeto y la finalidad de su visita.

tuarse la visita de control. El Reglamento limita también el alcance de la inspección²⁸⁴ e impone a la Comisión la obligación de proporcionar al Estado miembro una copia de todo informe elaborado como resultado de la visita de control.

En el caso de que la empresa afectada se oponga a una visita de control, el Estado miembro deberá prestar a los agentes y los expertos acreditados por la Comisión la asistencia necesaria para el cumplimiento de su misión²⁸⁵.

Finalmente el Reglamento se ocupa en este capítulo de las consecuencias del incumplimiento de las decisiones y de las sentencias, al que dedica el artículo 23, en el que establece que cuando un Estado miembro incumpla lo dispuesto en las decisiones negativas o condicionales dictadas por la Comisión, especialmente en los casos de recuperación de las ayudas, la Comisión podrá someter directamente el asunto al Tribunal de Justicia en virtud de lo establecido en el apartado 2 del artículo 93 Tratado CE (hoy artículo 88 CE)²⁸⁶. Si lo que se incumple es una sentencia del Tribunal de Justicia, la Comisión podrá actuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 171 Tratado CE (hoy artículo 228 CE), demandando al Estado miembro por incumplimiento, lo que puede acarrearle al Estado incumplidor, en el caso de que el Tribunal de Justicia declare el incumplimiento, la imposición de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva²⁸⁷.

²⁸⁴ Los agentes debidamente autorizados por la Comisión estarán facultados (...) para: a) acceder a los locales y terrenos de las empresas respectivas; b) pedir en las dependencias correspondientes explicaciones verbales; y c) controlar los libros y otros documentos comerciales y realizar o exigir copias de los mismos.

²⁸⁵ Para garantizar el cumplimiento de esta obligación el Reglamento fija un plazo de de 18 meses (la propuesta de la Comisión lo establecía en un año) a partir de la entrada en vigor del Reglamento para que los Estados miembros adopten las medidas necesarias, previa consulta a la Comisión.

²⁸⁶ Sobre este procedimiento vid. apartado 2.3.1.1.1a de este capítulo.

²⁸⁷ La posibilidad de imponer en caso de incumplimiento el pago de una suma a tanto alzado o una multa coercitiva se incorpora al artículo 171 Tratado CE (hoy 228 CE) por el artículo G.51 del TUE. La Comisión ha hecho uso por primera vez de esta atribución en la STJCE de 4 de julio de 2000, Comisión c. Reino Unido, asunto C-387/97, aún no publicada. Para un comentario de esta sentencia, vid. ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inejecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE 4 de julio de 2000, Grecia c. Comisión)», en *RDCE*, n° 8, julio/diciembre, 2000, pp. 493 a 518.

2.2.2.8. Disposiciones comunes

El Reglamento finaliza con un capítulo VIII, en el que introduce una serie de *disposiciones comunes* (artículos 24 a 30). Entre ellas se encuentra, en primer lugar, la relativa al «secreto profesional»²⁸⁸, regulado en el artículo 24²⁸⁹, conforme al cual tanto la Comisión como los Estados miembros, sus funcionarios y otros agentes, así como los expertos independientes²⁹⁰, se abstendrán de revelar la información amparada por el secreto profesional que hayan obtenido en aplicación de las normas del Reglamento²⁹¹. Nada dice, sin embargo, del acceso a los archivos²⁹². Como estiman Hancher, Ottervargen y Slot²⁹³, razonablemente se ha de seguir la misma práctica que la Comisión ha mantenido en los demás sectores del Derecho de la competencia.

²⁸⁸ Vid. MARTÍNEZ LAGE, S.: «La protección de los secretos de negocios en los procesos de aplicación del Derecho de la competencia», en *GJ*, B-121, marzo, 1997, pp. 1 a 3.

²⁸⁹ El considerando 21 del Reglamento se remite expresamente al artículo 214 Tratado CE (hoy 287 CE) en el que se señala que «los miembros de las instituciones de la Comunidad, los miembros de los comités, así como los funcionarios y agentes de la Comunidad estarán obligados, incluso después de haber cesado en sus cargos, a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes».

²⁹⁰ Como tendremos ocasión de constatar más adelante con precisión, la Comisión suele acudir cada vez con más frecuencia al asesoramiento externo no sólo para evaluar, conforme al principio del inversor privado en una economía de mercado si la operación proyectada constituye o no una ayuda de Estado, como por ejemplo en la Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, 27.4.1996, p. 25), sino también para valorar la viabilidad de los planes de reestructuración que le son presentados, en el caso de empresas en crisis. Al respecto véanse entre otras las Decisiones *Credit Lyonnais* (I) y (II) (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92 y DOCE L 221, de 8.8.1998, p. 28, respectivamente), *Iberia* (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25) o *GAN* (DOCE L 78 de 16.3.1998, p. 1). En este sentido vid. HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 378.

²⁹¹ Como destacan SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit. p. 1189), la obligación de respetar el secreto profesional alcanza, *inter alia*, a la información que pueda ser suministrada por terceros a la Comisión, ya sea en el contexto del procedimiento de investigación formal o en denuncias.

²⁹² Con carácter general, vid. acerca de esta cuestión, la propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativa al acceso del público a los documentos del Parlamento europeo, del Consejo y de la Comisión (COM 2000) 30 final.

²⁹³ HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 378.

Por su parte, el artículo 25, además de constatar que el destinatario de las decisiones de la Comisión es exclusivamente el Estado miembro interesado, reconoce formalmente el derecho de dicho Estado miembro a indicar a la Comisión la información que considere que debe ampararse en el secreto profesional²⁹⁴.

El Reglamento ha modificado también el régimen de publicidad de las decisiones²⁹⁵, incorporando ciertas matizaciones introducidas por el Consejo²⁹⁶. Así, el artículo 26 dispone que la Comisión publicará en el DOCE «un resumen sucinto²⁹⁷» de las decisiones en las que la Comisión declare que una medida no constituye una ayuda estatal o decida «no plantear objeciones» sobre la misma²⁹⁸, así como las relativas a la

²⁹⁴ Artículo 25.1 *in fine*. Esta mención fue añadida finalmente al texto del Reglamento. En la práctica era ya habitual que las decisiones publicadas omitiesen datos económicos confidenciales de las empresas afectadas al objeto de asegurar su actividad empresarial. Como resulta lógico, será la empresa o empresas afectadas las que manifestarán a su respectivo Estado qué datos desean que se omitan para que éste lo haga saber a la Comisión.

²⁹⁵ Para conocer la situación anterior a la aprobación del Reglamento sobre esta cuestión, vid. las cartas de la Comisión de 27 de junio de 1989 y de 11 de octubre de 1990, así como la *Guía de procedimiento* (especialmente apartado 7^o) que se reproducen en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la Competencia...*, op. cit., pp. 109 y 110, y 25 a 54, respectivamente.

²⁹⁶ Esta cuestión ha sido intensamente retocada en la fase de elaboración del texto final, a instancia de los Estados miembros, en el seno del Consejo. Cfr. artículo 26 del Reglamento, con el artículo 25 de la propuesta.

²⁹⁷ Hasta aquel momento, la práctica de la Comisión en este punto, como recoge la *Guía de procedimiento* (apartado 36) venía siendo la de publicar una comunicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas para informar a los demás Estados miembros y a los terceros interesados, en la que describía el asunto en función de su naturaleza e importancia, lo que en la práctica se reducía normalmente a una *lista de datos estándar*, de acuerdo con la carta de la Comisión a los Estados miembros de 11.10.1990, ref. SG (90) D/28091. Dicha comunicación se publica en la serie C del DOCE. Los terceros interesados que piensen recurrir pueden obtener más información solicitándola a la Comisión, información que normalmente no será superior a la contenida en la carta por la que se comunica la decisión al Estado miembro. Vid. STJCE de 6 de julio de 1988, Dillinger Hüttenwerke c. Comisión, asunto 236/86, Rec. 1099, p. 3761, 3784 (punto 14) y STJCE de 6 de diciembre de 1990, Wirtschaftsvereinigung Eisen-und Stahlindustrie c. Comisión, asunto C-180/88, Rec. 1990 p. I-4440 y 4441 (puntos 22 a 24). Esta práctica no se extendía a los asuntos tramitados por el procedimiento de urgencia. Al amparo de las previsiones de este precepto (artículo 26.1 del Reglamento), la Comisión pone a disposición de los posibles interesados el texto íntegro de estas decisiones en su correspondiente versión lingüística en la dirección de internet: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids (última consulta realizada en noviembre de 2002).

²⁹⁸ Artículo 4.2 y 3.

adopción de medidas apropiadas en el caso de ayudas existentes²⁹⁹. Dicho resumen deberá informar de la posibilidad de obtener una copia de la decisión en la versión o versiones lingüísticas auténticas.

La Comisión continuará publicando en el DOCE sus decisiones de incoar el procedimiento de investigación formal, si bien, desde la entrada en vigor del Reglamento, lo hace en la versión lingüística auténtica, que irá acompañada en los DOCE publicados en las demás versiones lingüísticas de un resumen significativo en la lengua de dicho Diario Oficial. Por el contrario, en el caso de las decisiones adoptadas por la Comisión tras la conclusión del procedimiento de investigación formal³⁰⁰, se mantiene su publicación íntegra³⁰¹ en todas las lenguas oficiales.

El Reglamento contempla, asimismo, la publicación de una «breve comunicación» en el DOCE en los supuestos de «autorización tácita»³⁰², así como en el supuesto de retirada de una notificación, tras haberse iniciado el procedimiento de investigación formal³⁰³, estableciendo también que el Consejo podrá decidir por unanimidad la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de las decisiones que excepcionalmente hubiese adoptado para autorizar determinadas ayudas, conforme a lo dispuesto en el párrafo 3º del apartado 2 del artículo 88 CE³⁰⁴.

Los cuatro últimos artículos habilitan a la Comisión para adoptar disposiciones de aplicación del propio Reglamento, crean un «Comité Consultivo sobre Ayudas Estatales»³⁰⁵, y establecen las condiciones de

²⁹⁹ Artículo 18 en relación con el apartado 1 del artículo 19. Resulta interesante destacar que en la propuesta se pretendía que esta forma de publicación se extendiera también a las decisiones adoptadas al concluir el procedimiento de investigación formal (artículo 7. 2 a 5).

³⁰⁰ Artículo 7.

³⁰¹ Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 *in fine*, en relación con los datos confidenciales.

³⁰² Artículo 4.6.

³⁰³ Artículo 8.2.

³⁰⁴ En este punto, la propuesta imponía la obligación y no la facultad de la publicación de estas decisiones. Cfr Artículo 26.5 de la propuesta.

³⁰⁵ Artículos 28 y 29 (de nueva redacción al desdoblarse el artículo 27, que era el único artículo que le dedicaba la propuesta). Con la creación de este Comité, la Comisión sigue una tendencia general del Derecho comunitario que se plasma en lo que se ha denominado *Comitología*. Sobre esta cuestión, vid. Decisión del Consejo de 28 de junio

su entrada en vigor. Para el desarrollo del Reglamento, el artículo 27 delimita el procedimiento a seguir³⁰⁶ y los poderes de la Comisión, que estará facultada para adoptar medidas de aplicación relativas a la forma, al contenido y a otros pormenores de las notificaciones y de los informes anuales, así como de los plazos y del tipo de interés aplicable en el caso de recuperación de las ayudas.

2.3. *El control jurisdiccional de las ayudas estatales*

El control de legalidad de las actuaciones de las instituciones comunitarias y de los Estados miembros se efectúa, en último término, a través de la intervención de los órganos jurisdiccionales, tanto comunitarios como nacionales³⁰⁷.

En efecto, los tribunales comunitarios (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Primera Instancia³⁰⁸) y los tri-

de 1999, por la que establecen los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DOCE L 184, de 17.7.1999, p. 23). Un comentario de esta decisión puede verse en SILVA DE LAPUERTA, R.: «La Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre comitología», en *Not. UE*, n° 179, 1999, pp. 43 a 50, así como en la página web sobre comitología de la Junta de Castilla y León (Área de Presidencia) en la dirección: <http://www.jcyl.es/jcyl/dgaeae/comitologia/comitologia.htm> (última consulta realizada en noviembre de 2002). Téngase en cuenta también que el Reglamento (CE) n° del Consejo de 7 de mayo de 1998 sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DOCE L 142 de 14.5.1998, p. 1), creaba ya en su artículo 7 otro un «Comité consultivo de ayudas de Estado», destinado a asesorar a la Comisión a la hora de elaborar o modificar reglamentos de exención por categorías en materia de ayudas estatales.

³⁰⁶ El artículo 27 se remite en esta cuestión al artículo 29, al que aludiremos más adelante.

³⁰⁷ Como gráficamente señalan HANCHER, OTTERVARGEN Y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 402), la Comisión, los tribunales comunitarios y los tribunales nacionales tienen un papel «complementario» y «diferenciado» en la aplicación de las reglas comunitarias sobre ayudas estatales.

³⁰⁸ Por razones obvias de espacio no nos extenderemos en el análisis de los órganos jurisdiccionales comunitarios ni profundizaremos más de lo necesario en el reparto de competencias entre los mismos o en el sistema de recursos previstos en los tratados. Para una visión general de esta institución, que está en proceso de reforma, resulta muy útil la consulta de su propia página web en la dirección <http://europa.eu.int/cj/es/index.html> (última consulta realizada en noviembre de 2002). Igualmente resultan de interés: PALACIO GONZÁLEZ, J.: *Derecho procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

bunales nacionales, dentro de sus respectivas atribuciones, contribuyen de manera decisiva a la interpretación y aplicación de las reglas en materia de ayudas estatales. Es preciso subrayar que la labor de estos últimos se centra en las cuestiones relativas al cumplimiento de las obligaciones impuestas a los Estados miembros por el artículo 88.3 CE, ya que sus competencias ex artículo 87 CE, son sólo indirectas y más limitadas³⁰⁹. Sin embargo, tras la reciente aprobación por la Comisión de los Reglamentos relativos a la regla *de minimis* y a las exenciones por categorías correspondientes a las ayudas a la formación y a las PYMES³¹⁰, éstos también podrán ser controlados directamente por los tribunales nacionales³¹¹.

2.3.1. *Procedimientos contenciosos ante los tribunales comunitarios*

Para el estudio de los diversos recursos de los que pueden conocer los tribunales comunitarios en sede de ayudas estatales, vamos a distinguir los que puede interponer la Comisión para garantizar el cumplimiento de sus decisiones de los que se pueden interponer contra la propia Comisión para supervisar la legalidad de su actuación³¹².

³⁰⁹ En este sentido y por todos, vid. WINTER, J. A.: «The Rights...», op. cit., p. 523 y STJCE de 21 de noviembre de 1991, Federation Nationale du Commerce Exterieur des Produits Alimentaires y Syndicat National des Negociants et Transformateurs de Saumon c Republica francesa, Petición de decisión prejudicial: Conseil d'Etat-Francia, asunto C-354/90, Rec. 1991, p. I-5505, apartado 12.

³¹⁰ Cfr. Reglamento (CE) n° 68/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 20), Reglamento (CE) n° 69/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis* (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 30); y Reglamento (CE) n° 70/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE L 1, de 13.1.2001, p. 33) y el Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337, de 13.12.2002, p. 3).

³¹¹ Conforme al artículo 249 CE (antiguo artículo 189 Tratado CE): «...El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». En relación con los principios que rigen las relaciones entre el Derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos nacionales, vid. BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: *Las directivas como criterio...*, op. cit., pp. 28 a 38.

³¹² Seguimos en este punto el esquema de exposición que ofrece en general la doctrina. A título de ejemplo, vid. entre otros HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 402 a 426, y KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 585 y ss.

2.3.1.1. Recursos interpuestos por la Comisión

En el caso de que un Estado miembro incumpla sus obligaciones en materia de ayudas estatales, la Comisión puede acudir a los tribunales comunitarios. Dos son las vías procesales para hacerlo³¹³: a) el recurso por incumplimiento del artículo 226 CE (ex 169 Tratado CE), y b) el recurso directo al amparo del artículo 88.2. CE, segundo apartado (ex artículo 93.2 Tratado CE). Ambos procedimientos dependen de hipótesis diferentes y sus consecuencias también son distintas. En el primer caso, la Comisión puede obtener del Tribunal una sentencia de condena del Estado miembro infractor y, en último término, una multa económica; mientras que, por la segunda vía, puede conseguir la prohibición de la ayuda y no la simple condena del Estado incumplidor³¹⁴.

a) El recurso por incumplimiento

Con carácter general, el artículo 226 CE establece que cuando la Comisión estime que un Estado miembro ha incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado CE, deberá emitir un dictamen motivado al respecto, después de haberle ofrecido la posibilidad de presentar sus observaciones. Si tras este dictamen el Estado de que se trate no responde satisfactoriamente a las pretensiones de la Comisión, ésta tendrá abierta ya la posibilidad de acudir al Tribunal de Justicia denunciando el incumplimiento del Estado.

En el caso de que la normativa infringida sea la relativa a las ayudas estatales es necesario hacer algunas precisiones. Siempre que la Comisión considere que un Estado miembro ha incumplido la obligación que le impone el artículo 87 CE otorgando una ayuda incompatible, la Comisión deberá acudir preceptivamente al procedimiento administrativo previsto en el artículo 88.2 CE y no a la fase preconten-

³¹³ La posibilidad de acudir simultáneamente a ambas vías ya fue abordada por la jurisprudencia. Vid. el clásico trabajo de GILMOUR, D.: «The Enforcement of Community Law by Commission in the Context of State Aids» (art. 93 and 169), en *CMLRev*, n° 18, 1981, pp. 63 a 67.

³¹⁴ En este sentido, HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 404.

ciosa general regulada en el artículo 226 CE, si lo que pretende es constatar que dicha medida constituye efectivamente una ayuda estatal incompatible con el mercado común.

Ello obedece, como subraya Keppenne³¹⁵, a que el procedimiento del artículo 88.2 CE garantiza más adecuadamente los derechos de todas las partes interesadas y responde específicamente a las particularidades del régimen de las ayudas estatales, frente al procedimiento general del artículo 226 CE en el que sólo participan la Comisión y el Estado miembro interesado.

Por el contrario, la Comisión podrá acudir al procedimiento general del artículo 226 CE cuando lo que pretende es la simple condena de un Estado miembro por incumplir alguna de las obligaciones procedimentales que le impone el artículo 88.3 CE, pudiendo incorporar a su demanda la solicitud de adopción de medidas provisionales destinadas a obtener la suspensión o la recuperación de la ayuda. Dicho cauce procesal será igualmente el adecuado cuando lo que pretenda la Comisión sea, además, hacer valer la violación de otras disposiciones del Derecho comunitario³¹⁶.

b) El recurso directo al Tribunal de Justicia

Junto al procedimiento general del artículo 226 CE, el Tratado CE prevé también un mecanismo especial para garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario. En efecto, conforme al párrafo 2º del artículo 88.2 CE, si en el plazo concedido al efecto un Estado miembro no cumple las decisiones de la Comisión que le imponen suprimir o modificar una ayuda incompatible o dejar de aplicar de manera abusiva una ayuda autorizada, la propia Comisión o cualquier

³¹⁵ KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 627 y 628.

³¹⁶ Como destaca KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., pp. 628 y 629), la Comisión suele acudir a esta vía cuando en el sector agrario considere que un Estado miembro ha otorgado una ayuda en violación de la Organización Común de Mercado (OCM) del producto beneficiario, mientras que si la violación de la OCM no es tan clara suele optar por la vía del recurso especial del artículo 88.2 CE segundo apartado. Igualmente, la Comisión acude a la vía del artículo 226 CE cuando una tasa parafiscal es susceptible de constituir tanto una violación de las reglas sobre ayudas estatales como del artículo 90 CE (ex 95 Tratado CE).

otro Estado interesado³¹⁷ tendrá la posibilidad de recurrir directamente al Tribunal de Justicia³¹⁸.

La característica esencial de esta vía procesal, frente a la general del artículo 226 CE, es que el análisis del posible incumplimiento por parte del Tribunal deberá circunscribirse únicamente a las obligaciones que deriven de las decisiones que la Comisión o el Estado miembro denunciante consideren infringidas³¹⁹ y, como recuerdan Hancher, Ottervargen y Slot³²⁰, la jurisprudencia³²¹ ha admitido que la Comisión goza de una amplia facultad de apreciación a la hora de decidir la interposición del recurso sin que los particulares puedan exigir nada al respecto.

2.3.1.2. Recursos interpuestos contra la Comisión

El hecho de que sea la Comisión el sujeto principal del control comunitario sobre las ayudas estatales implica que sea también contra sus actuaciones u omisiones contra las que se dirigen un número importante de recursos. Es preciso destacar, sin embargo, con carácter preliminar que el poder de revisión atribuido a los órganos jurisdiccionales comunitarios sobre el fondo de las decisiones adoptadas por la Comisión es limitado, debido al hecho de que, como ha reconocido la jurisprudencia, sus decisiones recaen a menudo sobre «apreciaciones económicas complejas». El control jurisdiccional de las decisiones adoptadas por la Comisión se limita a valorar el respeto de las reglas de

³¹⁷ La Comisión acude con frecuencia a esta vía, pero no nos consta que ningún Estado miembro haya hecho uso todavía del recurso directo al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

³¹⁸ Este recurso es, en realidad, como apunta KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 630), una forma especial del recurso por incumplimiento, caracterizado por el hecho de que la Comisión no está obligada a emitir un dictamen motivado antes de acudir al tribunal. Esta diferencia se basa en el hecho de que el carácter contradictorio del procedimiento se encuentra ya garantizado al haber permitido al Estado interesado presentar sus observaciones.

³¹⁹ Como precisa KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., pp. 630 y 631), este recurso procede incluso cuando se trate de una ayuda ilegal que ha sido objeto de una decisión negativa en la que se exija su restitución.

³²⁰ Cfr. HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 405.

³²¹ STPI de 22 de mayo de 1996, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (ATEC) c. Comisión*, asunto T-277/94, Rec. 1996, p. II-351, apartado 66, con la jurisprudencia en ella citada.

procedimiento, la exactitud material de los hechos en los que se basan sus decisiones, la ausencia de error manifiesto en la apreciación de tales hechos o, finalmente, la eventual desviación de poder sin intentar sustituir a la Comisión en el ejercicio de sus facultades decisorias, ni reemplazar sus apreciaciones, especialmente cuando se trata de valoraciones de orden económico³²².

a) El recurso de nulidad

El principal instrumento judicial para controlar la legalidad de la actuación de la Comisión y, en su caso del Consejo³²³, en el ejercicio de sus facultades de control sobre las ayudas estatales es el recurso de nulidad. Desde una perspectiva general, los problemas más frecuentes de estos recursos surgen a propósito de las condiciones para su admisibilidad, bien en relación con los actos contra los que cabe su interposición o bien en relación con las personas legitimadas para su interposición.

Con respecto a los actos atacables, la ausencia de un reglamento de procedimiento dificultó durante mucho tiempo la posibilidad de enumerar *a priori* una lista de los tipos de actos que pueden ser objeto de este recurso, razón por la cual esta labor tuvo que ser realizada por la propia jurisprudencia de manera casuística³²⁴.

Está claro que los actos contra los que más frecuentemente se dirigen los recursos de nulidad son las decisiones de abrir el procedimiento de investigación formal del artículo 88.2 CE y las decisiones finales que cierran dicho procedimiento. Sin embargo, junto a estos *actos típicos*,

³²² Sobre este punto, con cita de abundante jurisprudencia, vid. KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp 588 y 589. Más recientemente, acerca de esta misma cuestión, vid. STPI de 15 de junio de 2000, Alzetta Mauro y otros c. Comisión, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Rec. 2000, p.II-2319, apartado 130 y XXXI IPC 2001, apartado 480.

³²³ Los actos del Consejo en materia de ayudas estatales susceptibles de ser recurridos en nulidad son las decisiones adoptadas al amparo del apartado tercero del artículo 88.2 CE. Vid acerca de esta cuestión, entre otras, la STJCE de 29 de febrero de 1996, Comisión c. Consejo de la Unión Europea, asunto C-122/94, Rec. 1996, p. I-0881 y COULON, E., CRAS, S.: «Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'Etat: les récents évolutions», en CDE, n° 1-2, 1999, pp. 61 a 146, especialmente p. 64, nota 3.

³²⁴ Para un examen exhaustivo de esta cuestión vid. KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 592 a 618; WINTER, J. A.: «The Rights...», op. cit., pp. 521 a 568; COULON, E., CRAS, S.: «Contentieux...», op. cit., pp. 61 a 146.

la práctica decisoria de los tribunales ha ido admitiendo los recursos interpuestos contra *actos atípicos*, tales como las cartas de la Comisión que deniegan la apertura del procedimiento de investigación formal, las que comunican la decisión de no adoptar medidas apropiadas respecto de las ayudas existentes, las de desestimación de una denuncia o las que consideran conformes a las condiciones impuestas las ayudas ejecutadas de acuerdo con un régimen previamente aprobado por la Comisión.

En la medida en que un mismo acto puede contener decisiones diferentes, el recurrente deberá identificar con precisión en su demanda cuál es la decisión o decisiones cuya nulidad pretenda, tomando incluso como referencia cualquier correspondencia previa que hubiera podido mantener con la Comisión, puesto que en principio las únicas decisiones que se tienen en cuenta son las que la Comisión dirige con carácter formal a los Estados miembros y no las dirigidas a terceros³²⁵.

Por el contrario, como destaca Keppenne³²⁶, no son recurribles ante los tribunales los actos que se limitan a confirmar otros anteriores; así, cuando con ocasión del examen de unas ayudas nuevas la Comisión se vea obligada a responder a las alegaciones de un denunciante sobre una ayuda anterior ya aprobada, no se podrá cuestionar la legalidad de ésta.

Este fue el criterio que mantuvo el TPI en su Sentencia de 16 de septiembre de 1998³²⁷, en la que afirmó, frente a la pretensión de la demandante, la sociedad neerlandesa Waterleiding Maatschappij «Noord-West Brabant» NV, que el hecho de que al examinar ayudas

³²⁵ En este punto resulta ilustrativa la STPI de 27 de febrero de 1997, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), Union des Sociétés Étrangères d'Assurances (USEA), Groupe des Assurances Mutuelles Agricoles (Groupama), Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurances (FNSAGA), Fédération Française des Courtiers d'Assurances et de Réassurances (FCA) y Bureau International des Producteurs d'Assurances et de Réassurances (BIPAR) c. Comisión, asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 38.

³²⁶ KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 594.

³²⁷ Waterleiding Maatschappij Noord-West Brabant NV c. Comisión, asunto T-188/95, Rec. 1998, p. II-3713, apartado 128. En esta sentencia se resolvía un recurso de nulidad interpuesto contra la decisión por la que se declaraba la compatibilidad con el mercado común, de acuerdo con el artículo 87.3.c CE, de la propuesta de modificación de una ley por la que se establecían unos impuestos sobre el consumo para la protección del medio ambiente y en la que se preveían ciertas excepciones fiscales, respecto a las que la Comisión en su día había decidido no plantear objeciones.

nuevas la Comisión responda a una alegación o a una solicitud formulada por un denunciante en relación con ayudas distintas ya aprobadas no demostraba por sí solo que dichas ayudas hubieran sido objeto de un nuevo examen por parte de la Comisión, puesto que ello equivaldría a admitir que, a través de la mera presentación de una denuncia contra unas medidas de ayuda ya aprobadas, una empresa podría prorrogar el plazo de interposición del recurso de anulación de la Decisión de aprobación en el supuesto de que aún no hubiera expirado o reabrirlo en el supuesto de que la Decisión de aprobación hubiera pasado a ser firme en el momento de presentación de la denuncia, lo que sería incompatible con su propia jurisprudencia³²⁸, en la que se establecía que el plazo fijado en el artículo 230 CE era de orden público y, por tanto, no disponible por las partes.

Por lo que se refiere a la legitimación para interponer estos recursos, tanto los Estados miembros como las instituciones comunitarias (Comisión y Consejo) gozan de una posición privilegiada, en cuanto que se les presume un interés suficiente para su interposición, conforme al apartado 2 del artículo 230 CE (ex 173 Tratado CE). Sin embargo, la cuestión es más compleja en el caso de las personas físicas y jurídicas³²⁹ y de las entidades públicas infraestatales³³⁰. En efecto, conforme al párrafo 4 del artículo 230 CE (ex 173 Tratado CE), «toda persona física o jurídica podrá interponer, en las mismas condiciones, recurso contra las decisiones de las que sea destinataria y contra las decisiones que, aunque revistan la forma de un reglamento o de una decisión dirigida o otra persona, le afecten directa e individualmente».

La exigencia de una afectación directa plantea especiales dificultades prácticas³³¹. En el caso de que se interponga un recurso contra una

³²⁸ STPI de 18 de septiembre de 1997, *Mutual Aid Administration Services c. Comisión*, asuntos acumulados T-121/96 y T-151/96, Rec. p. II-1355, apartado 38.

³²⁹ Sobre esta cuestión, ampliamente, RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: «Recursos contra la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado interpuestos por personas físicas o jurídicas» en *RDE*, n° 2, abril-junio, 2002, pp. 259 a 289.

³³⁰ Es preciso subrayar en este punto que los problemas se suscitan únicamente cuando estos sujetos pretenden intervenir en los procesos a título principal como demandantes y no a título subsidiario como meros coadyuvantes.

³³¹ Seguimos principalmente en este punto la minuciosa exposición de WINTER, J. A.: «The Rights...», op. cit., pp. 521 a 568. Resulta también de utilidad por su sencillez y

decisión negativa, es clara la afectación directa del potencial beneficiario de la misma. Sin embargo, en los supuestos en que no cabe precisar los potenciales beneficiarios de la ayuda prohibida, su recurso es inadmitido³³². Por el contrario, cuando se trata de una decisión positiva, no se plantean problemas para admitir el recurso interpuesto contra la misma por sus competidores, aunque tal decisión no haya sido todavía ejecutada por el Estado miembro³³³.

A su vez, para la afectación individual exigida también por el artículo 230 CE han de darse, como señala Winter³³⁴, dos condiciones básicas: en primer lugar, que las personas distintas de aquéllas contra las que la decisión va dirigida se vean afectadas por la decisión en atención a ciertos atributos que son peculiares de los mismos, y, en segundo lugar, en función de las circunstancias que les diferencian de todos los demás³³⁵. Además, es necesario que se den condiciones específicas que le individualicen del resto de los competidores³³⁶, no siendo suficiente la existencia de una genérica relación de competencia³³⁷.

concreción ASENJO GIL, D.: «Recurso de anulación: acceso dos entes subestatais ó Tribunal de Primeira Instancia da Unión Europea», en BGE, nº 83, xullo, 1998, pp. 7 a 10.

³³² Auto del Tribunal de Primera Instancia (Sala Segunda ampliada) de 18 de febrero de 1998. Comité d'Entreprise de la Société Française de Production, Syndicat National de Radiodiffusion et de Télévision CGT (SNRT-CGT), Syndicat Unifié de Radio et de Télévision CFDT (SURT-CFDT), Syndicat National Force Ouvrière de Radiodiffusion et de Télévision y Syndicat National de l'Encadrement Audiovisuel CFE-CGC (SNEA-CFE-CGC) c. Comisión, asunto T-189/97, Rec. 1998, p. II-0335.

³³³ STJCE de 28 de enero de 1986, Compagnie Francaise de l'Azote (COFAZ) SA y otros c. Comisión, asunto 169/84, Rec. 1986, p. 391, y STPI de 22 de mayo de 1996, Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) c. Comisión, asunto T-277/94, Rec. 1996, p. II-0351.

³³⁴ WINTER, J. A.: «The Rights...», op. cit., pp. 527 a 529.

³³⁵ Se trata del denominado «*Plaumann test*» establecido a partir de la sentencia del mismo nombre. STJCE de 15 de julio de 1963, Plaumann & Co c. Comisión, asunto 25/62, Rec. 1963, p. 95.

³³⁶ STJCE de 10 de diciembre de 1969, Societa Eridania Zuccherifici Nazionali y otros c. Comisión apoyada por CO PRO B-Cooperativa Produttori Bieticoli y otros, asuntos 10 y 18/68, Eridania, Rec 1969, p. 459.

³³⁷ De acuerdo con la jurisprudencia COFAZ (STJCE de 28 de enero de 1986, Compagnie Francaise de l'Azote (COFAZ) SA. y otros c. Comisión, asunto 69/84, Rec. 1986, p. 39, Rec 1986, p. 391), juega un papel importante la participación de dicho competidor en la fase contradictoria del expediente, como con posterioridad a esta sentencia se apreció también en los asuntos sobre el Sorbitol: STPI de 27 de abril de 1995, Association of Sorbitol Producers within the EC (ASPEC), Cerestar Holding BV, Roquette Freres SA y

En las decisiones negativas se reconoce la afectación individual tanto del potencial beneficiario de la ayuda como del Estado destinatario de la decisión. Lógicamente, será preciso que la decisión controvertida permita individualizar al potencial beneficiario³³⁸, circunstancia que no concurriría cuando la decisión tuviera por objeto un régimen general de ayudas, por cuanto la decisión no pasaría de ser un acto de aplicación general destinada a afectar a todos aquellos en que concurren condiciones generales y objetivables³³⁹.

En las decisiones positivas adoptadas tras la fase de investigación formal, los potenciales beneficiarios están en todo caso legitimados para su interposición; pues, como destaca Winter³⁴⁰, éste tiene una operatividad muy limitada, puesto que los beneficiarios potenciales de la ayuda autorizada sólo acudirán a los tribunales cuando la Comisión impuso condiciones con las que no están conformes.

b) El recurso de omisión

En virtud del artículo 232 CE (antiguo artículo 175 Tratado CE), «(e)n caso de que, en violación del presente Tratado, (...³⁴¹) la Comisión se abstuviere de pronunciarse, los Estados miembros y las demás instituciones de la Comunidad podrán recurrir al Tribunal de Justicia con objeto de que declare dicha violación».

Merck OHG c. Comisión, asunto T-435/93, Rec. 1995, p. II-1281; STPI de 27 de abril de 1995, Association des Amidonneries de Cereales de la CEE, Levantina Agricola Industrial SA, Societa Piemontese Amidi e Derivati SpA, Pfeifer & Langen, Ogilvie Aquitaine SA, Cargill BV y Latenstein zetmeel BV c. Comisión, asunto T-442/93, Rec. 1995, p. II-1329; STPI de 12 de diciembre de 1996, Association Internationale des Utilisateurs de Fils de Filaments Artificiels y Synthétiques et de Soie Naturelle (AIUFFASS) y Apparel, Knitting & Textiles Alliance (AKT) c. Comisión, asunto T-380/94, Rec. 1996, p. II-2169.

³³⁸ STJCE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris Holland BV c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671; STJCE de 13 de marzo de 1985, Reino de los Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek B.V. c. Comisión, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 809.

³³⁹ Cfr. STJCE de 2 de febrero de 1988, Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV y otros c. Comisión, asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, Rec. 1988, p. 219; STPI de 5 de junio de 1996, Kahn Scheppvaart BV contra Comisión, asunto T-398/94, Rec. 1996, p. II-477.

³⁴⁰ WINTER, J. A.: «The Right...», op. cit., p. 528.

³⁴¹ Cabe la interposición de este recurso contra las omisiones en que pudieran incurrir también el Parlamento europeo o el Consejo.

Para que pueda hablarse en rigor de omisión, la Comisión deberá ser requerida específicamente para que manifieste su posición al respecto. A tal objeto, el citado precepto fija un plazo de dos meses desde el requerimiento para que la Comisión se pronuncie, transcurrido el cual «el recurso podrá ser interpuesto dentro de un nuevo plazo de dos meses».

En sede de ayudas estatales los supuestos más frecuentes en la práctica³⁴² se dan cuando la Comisión se abstiene de abrir el procedimiento de investigación formal previsto en el apartado 2 del artículo 88 CE contra una ayuda presuntamente ilegal o de adoptar una decisión final.

En efecto, en la sentencia de 15 de septiembre de 1998³⁴³, el TPI apreció la omisión de la Comisión al abstenerse de adoptar una decisión acerca de las denuncias formuladas por la compañía de televisión privada española Gestevisión Telecinco, S.A. sobre la posible existencia de ayudas estatales en la financiación de la televisión pública española. La Comisión se había limitado a transmitir dichas denuncias a las autoridades españolas y a esperar una respuesta que no llegó a producirse.

Por su parte, el asunto también resuelto por el Tribunal de Primera Instancia en sentencia de 17 de febrero de 1998³⁴⁴ tenía por objeto la omisión de la Comisión al no poner fin a la investigación formal, y no adoptar una decisión definitiva sobre el expediente incoado.

En este caso, la denunciante, la sociedad belga Pantochim SA, denunciaba ante el TPI que la Comisión se había abstenido de manera ilegal de decidir, conforme al apartado 2 del artículo 88 CE, acerca de si Francia debía modificar o no las modalidades de otorgamiento de una ayuda que había concedido a los biocarburantes de origen agrícola, que se beneficiaban de una exención del impuesto interno sobre el consumo³⁴⁵.

³⁴² KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 619) cita, además, el supuesto más teórico que real de que el Estado que vea autorizada una ayuda por el transcurso del plazo *Lorenz*, decida demandar a la Comisión por no haber resuelto de manera positiva.

³⁴³ Gestevisión Telecinco SA c. Comisión, asunto T-95/96, Rec, 1998, p. II-3407.

³⁴⁴ Pantochim SA c. Comisión, asunto T-107/96, Rec 1998, p. II-0311.

³⁴⁵ El recurso tenía también por objeto la reclamación de una indemnización a la Comisión por el perjuicio causado por la omisión denunciada.

El TPI, de acuerdo con su propia jurisprudencia³⁴⁶, rechazó el recurso atendiendo al hecho de que la Comisión había adoptado una decisión final sobre el asunto dentro del plazo de dos meses concedido por el artículo 173 Tratado CE (hoy artículo 230 CE), por lo que, aunque cabía discrepar del contenido de la misma³⁴⁷, en rigor no se podía afirmar que la Comisión se hubiera abstenido de resolver, por lo que no se podía hablar de omisión alguna.

c) Reclamación de responsabilidad extracontractual

Cabe igualmente, de acuerdo con el artículo 288 CE (antiguo artículo 215 Tratado CE), la interposición contra la Comisión³⁴⁸ de un recurso en demanda de responsabilidad patrimonial extracontractual. Conforme a dicho precepto, «(e)n materia de responsabilidad extracontractual, la Comunidad deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros (...)».

A este respecto resulta especialmente ilustrativa la STPI de 28 de enero de 1999³⁴⁹, en la que se examina la demanda que la compañía naviera Bretagne Angleterre Irlande (en adelante BAI), que explotaba desde hace varios años una línea marítima entre los puertos de Plymouth (en el Reino Unido) y Santander (en España), había denunciado ante la Comisión las importantes subvenciones que la Diputación Foral de Vizcaya y el Gobierno vasco proyectaban conceder a Ferries Golfo de Vizcaya, SA, una sociedad española creada por una

³⁴⁶ STJCE de 13 de julio de 1971, *Deutscher Komponistenverband c. Comisión*, asunto 8/71. Rec. p. 705, apartado 2, y de 15 de diciembre de 1988, *Irish Cement c. Comisión*, asuntos acumulados 166/86 y 220/86, Rec. p. 6473, apartado 17.

³⁴⁷ La Comisión había decidido que la medida denunciada constituía una ayuda ilegal y que además, era incompatible con el mercado común, ya que al concederse en violación de las disposiciones de las correspondientes organizaciones comunes de mercados, del Reglamento (CEE) n° 1765/92 y del artículo 95 del Tratado, no podían acogerse a ninguna de las excepciones previstas en el apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE.

³⁴⁸ Como recuerdan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 420), en casos excepcionales cabe también la interposición de este recurso contra el Consejo.

³⁴⁹ *Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Comisión*, asunto T-230/95, Rec. 1999, p. II-0123.

compañía española y otra británica para la explotación de una línea de navegación regular entre los puertos de Portsmouth y Bilbao.

Tras las insistentes denuncias de BAI, la Comisión decidió iniciar una investigación formal, tras la cual decidió archivar el procedimiento.

La compañía británica interpuso contra la Comisión dos recursos paralelos: un recurso de nulidad contra la decisión de archivo y una reclamación solicitando una indemnización por los perjuicios causados por el retraso con el que se le comunicó de manera formal la decisión recaída.

Para la recurrente, el perjuicio material irrogado por la conducta imputada a la Comisión reside en la circunstancia de que se le había impedido recurrir rápidamente la decisión adoptada, lo que permitió a su competidora asegurar su implantación en el mercado.

Para el TPI, la demandante no logró acreditar la existencia de una relación de causa-efecto entre el comportamiento que imputaba a la Comisión y el perjuicio material que pretendía haber sufrido. Igualmente rechazó la pretensión indemnizatoria en relación con el daño moral, puesto que, en la medida en que no logró aportar ninguna prueba de la existencia del perjuicio que alegaba ni de su posible extensión, debía probar al menos que el comportamiento que imputaba a la Comisión podía por su gravedad causarle tal daño, limitándose, sin embargo, a juicio del Tribunal, a afirmar que había sido tratada de manera injusta, tomando como única referencia su propia opinión acerca del trato que la Comisión dispensaba o debería dispensar a los denunciantes en los procedimientos en materia de ayudas de Estado, sin identificar las circunstancias objetivas que pudieran respaldar su alegación.

En consecuencia, el Tribunal rechazó la demanda presentada, considerando que ésta no había acreditado la concurrencia de las condiciones de las que depende que se genere la responsabilidad de la Comunidad respecto de la demandante.

2.3.2. *La intervención de los tribunales nacionales*

La evolución experimentada por el control de las ayudas estatales ha supuesto que, como en el resto de los campos del Derecho comunitario de la competencia, se haya pasado de un modelo que atribuía

en exclusiva a la Comisión todas las facultades para verificarlo a una progresiva división de funciones, en la que las jurisdicciones nacionales han ido cobrando cada vez más protagonismo³⁵⁰.

Esta transformación iniciada por la jurisprudencia comunitaria³⁵¹ y continuada por la propia Comisión en sus comunicaciones³⁵², adquiere con la reciente aprobación de los reglamentos de exención por categorías su mayor peso y actualidad, en la medida en que se han ampliado considerablemente las cuestiones de las que pueden conocer los tribunales nacionales.

De acuerdo con este esquema inicial, podemos hablar básicamente de dos atribuciones de los tribunales nacionales en materia de ayudas estatales: en primer lugar, las derivadas del efecto directo reconocido a algunas de sus normas reguladoras, y, en segundo término, las que surgen de la cooperación desarrollada por estos tribunales para hacer efectivas las decisiones adoptadas por la Comisión, especialmente sobre la recuperación o suspensión provisional o definitiva de las ayudas ilegales.

El temprano reconocimiento efectuado por el Tribunal de Justicia del efecto directo del apartado 3 del artículo 88 CE³⁵³, supuso en la práctica una ampliación notable de la competencia de los tribunales nacionales para ejercitar el control de legalidad de las ayudas estatales, al permitirles enjuiciar el cumplimiento por parte de las autoridades nacionales de sus obligaciones formales en materia de ayudas estatales (notificación previa y suspensión hasta que la Comisión resuelva), anti-

³⁵⁰ En este sentido, vid. ROSS, M.: «State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems - A Case of Premature Emancipation?», en *CMLRev*, n° 37, april, 2000, pp. 401 a 423, en particular p. 401.

³⁵¹ A este respecto, vid. HAZARD, I.: «Pouvoirs respectifs de la Commission et des juridictions nationales: Arrêts récents en matière de procédure applicable aux aides d'États», en *RMC*, n° 365, febrero, 1993, pp. 145 a 149.

³⁵² Como apunta el propio ROSS («State Aids...», op. cit., p. 401), la Comisión había plasmado los avances alcanzados por la jurisprudencia en su Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado (DOCE C 312, de 23.12.1995, p. 8).

³⁵³ Cfr. STJCE de 11 de diciembre de 1973, *Gebrueder Lorenz GmbH c. República Federal de Alemania y Land Rheinland-Pfalz* (Petición de decisión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgericht-Frankfurt*), asunto 120-73, Rec. 1973, p. 1471. Vid. también *Comunicación sobre la cooperación* (op. cit., apartado 11).

cipándose, en cierta medida, a la tendencia que posteriormente desarrollaría la propia Comisión Europea, dirigida a trasladar a instancias nacionales, administrativas y judiciales, un importante volumen de asuntos y cuestiones relacionadas con el derecho comunitario de la competencia³⁵⁴.

Es preciso señalar, sin embargo, que la Comisión retiene la competencia exclusiva para delimitar la noción de ayuda estatal, conforme al apartado 1 del artículo 87 CE, lo que supone, en definitiva, la facultad para precisar qué medidas constituyen o no una ayuda estatal, y la facultad de aplicar las excepciones a la regla general de incompatibilidad³⁵⁵. Consecuentemente, en lo que se refiere a la noción de ayuda estatal, los tribunales nacionales deben aplicar los criterios de la Comisión, tal y como han sido perfilados en su caso por los tribunales comunitarios, sin perjuicio de su facultad de acudir directamente al Tribunal de Justicia planteando una cuestión prejudicial, conforme al artículo 234 CE (antiguo artículo 177 Tratado CE). Asimismo, los tribunales nacionales pueden también recabar directamente la ayuda a la Comisión solicitando información de carácter jurídico o económico³⁵⁶ sobre

³⁵⁴ La jurisprudencia española del orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha hecho ya uso de estas facultades, con la particularidades que derivan de la organización territorial de nuestro país, lo que determina que sean tanto los Tribunales Superiores de Justicia de las comunidades autónomas como la Audiencia Nacional, quienes conozcan en primera instancia, con la posible revisión en su caso ante el Tribunal Supremo dentro de los restrictivos márgenes permitidos por el recurso de casación. A este respecto y a modo de ejemplo, véase la STS de 24.11.1998 (RAJ 1998/8941), a propósito de un régimen de ayudas de la Comunidad Autónoma de Galicia. No pueden olvidarse en este contexto los litigios relativos a los límites de la competencia autonómica en materia fiscal, como los suscitados a propósito de los regímenes tributarios forales. Vid. también a título de ejemplo, STS de 13.10.1998 (RAJ 1998/7912) a propósito de la Ley foral 14/1987, de 27 de abril, de las Juntas Generales de Guipúzcoa, sobre incentivos fiscales a la inversión. Esta cuestión será analizada con detalle en el capítulo sexto (apartado 3.1.2).

³⁵⁵ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 191 a 244, especialmente p. 192.

³⁵⁶ En este sentido y por aplicación analógica con la STJCE en el asunto *Delimitis* (STJCE de 28 de febrero de 1991, *Stergios Delimitis c. Henninger Braeu AG*, asunto C-234/89, Rec. 1991, p. I-935), a propósito del artículo 85 Tratado CE (hoy 81 CE). Cfr. Comunicación sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión en materia de ayudas de Estado (DOCE C 312, de 23.12.1995, p. 8), apartado 9 y nota 8.

el asunto del que conozca si bien la Comisión puede negarse a facilitarla hasta que haya recaído decisión sobre el mismo³⁵⁷.

La Comisión conserva igualmente la competencia exclusiva para apreciar la compatibilidad de las ayudas con el mercado común, conforme a los apartados 2 y 3 del artículo 87 CE, si bien, la jurisprudencia ha admitido, no obstante, el efecto directo de la primera frase del apartado 2 del artículo 86 CE (ex artículo 90 Tratado CE) atribuyendo, en consecuencia, la facultad de apreciación a los tribunales nacionales³⁵⁸.

³⁵⁷ En este sentido vid. XXIX IPC 1999, SEC (2000) 720 final, apartados 316 y 317 a propósito de las solicitudes dirigidas a la Comisión por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona en el contexto de un proceso civil.

³⁵⁸ Conforme a dicho precepto, «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confía». Vid. a este respecto las ya clásicas sentencias Corbeau (STJCE de 19 de mayo de 1993. Procedimiento penal entablado contra Paul Corbeau, Petición de decisión prejudicial: Tribunal Correctionnel de Liege-Bélgica), asunto C-320/91, Rec 1993, p. I-2533) y Almelo (STJCE de 27 de abril de 1994, Ayuntamiento de Almelo y otros c. NV Energiebedrijf ijsselelmij. Petición de decisión prejudicial: Gerechtshof Arnhem-Países Bajos, asunto C-393/92, Rec 1994, p. I-1477), citadas por Ross («State Aids...», op. cit., p. 418, nota 81). Un repaso no exhaustivo pero sí revelador de la práctica de los tribunales nacionales en materia de ayudas estatales puede verse en COMISIÓN EUROPEA: *Report on the Application of EC State Aid Law by the Member State Courts*, de 4.6.1999. Este documento está disponible únicamente en versión inglesa en la dirección http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/app_by_member_states/ (última consulta realizada en noviembre de 2002).

Parte segunda.

El test de la compatibilidad y las aportaciones públicas de capital



Capítulo IV

EL ORIGEN ESTATAL DE LA APORTACIÓN DE CAPITAL

1. Consideraciones introductorias

Tras haber analizado las cuestiones generales relativas a los conceptos de ayuda estatal y de subvención y de revisar la noción de participación en el capital y de haber abordado las reglas de procedimiento, vamos a iniciar en el presente capítulo el estudio del proceso de calificación como ayuda o subvención de una medida (*test de la compatibilidad*), en este caso, un supuesto de participación en el capital. En el Derecho comunitario este proceso se desarrolla básicamente en dos fases: la primera destinada a concretar si la medida examinada constituye una ayuda en el sentido del apartado 1º del artículo 87 CE y, en caso afirmativo, a valorar, en una segunda fase, su posible compatibilidad con el mercado común.

Por lo que se refiere al orden de nuestra exposición, parece necesario aclarar la razón por la que nos apartamos del que tradicionalmente ha seguido la doctrina para abordar el concepto de ayuda estatal, puesto

que, en vez de analizar en primer lugar el carácter de ventaja que subyace en toda ayuda estatal, hemos optado por estudiar el origen estatal de la intervención¹.

La razón que justifica este orden expositivo se encuentra en que en el presente trabajo se analiza una modalidad concreta de intervención estatal que puede constituir una ayuda de Estado: la participación pública en el capital, una de cuyas mayores dificultades es principalmente la del origen estatal de la intervención cuando la operación se aleja formalmente de las administraciones públicas, por la interposición de sociedades y de entidades diversas. A esta consideración es preciso añadir que la complejidad de valorar su carácter de *ventaja* ha llevado en la práctica a la Comisión a entrar en su análisis una vez despejadas, al menos de manera preliminar, las dudas sobre el origen público de la operación.

2. El origen estatal de las subvenciones en el ámbito del comercio internacional

El origen de las medidas que pueden llegar a ser calificadas como ayudas de Estado en el ámbito del Derecho comunitario europeo o como subvenciones, en el del comercio internacional, ha suscitado y suscita todavía diversos problemas, que se hacen especialmente sensibles en el caso de las aportaciones de capital y que han provocado una de las divergencias tradicionales en las negociaciones internacionales.

En efecto, la tradicional discrepancia entre las posiciones mantenidas por la Comunidad Europea y por la Administración comercial estadounidense ha marcado tanto la aplicación de las normas sobre subvenciones del GATT de 1947, como la elaboración y la posterior aplicación del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias

¹ En este sentido y por citar los estudios más recientes que optan por el orden clásico de exposición de estos elementos, vid. KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 108 a 119, en particular p. 108; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 93 a 116, en concreto p. 93.

de 1979², trasladándose con toda intensidad a las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT.

En resumen³, mientras que los Estados Unidos han puesto siempre el énfasis en el beneficio que se otorga a su receptor y no en la naturaleza pública o privada del concedente, para la Comunidad Europea sólo puede hablarse de subvención cuando la práctica en cuestión emane directa o indirectamente de una autoridad pública y suponga una carga efectiva para los presupuestos públicos⁴. A pesar de la diferencia de posiciones, en el curso de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT de 1994 se logró alcanzar una *solución de compromiso*⁵ que se plasmó en la redacción del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994, el cual incluyó en la definición de *Subvención*⁶ ambos elementos –la carga efectiva para los recursos públicos y el beneficio para el receptor– exigiendo su concurrencia cumulativa en una medida para que pueda ser calificada como subvención, a los efectos de dicho Acuerdo.

² Un estudio de esta cuestión durante la vigencia del Acuerdo de 1979 puede verse también en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade...*, op. cit., especialmente en las colaboraciones de DEPAYRE, G., PETRICIONE, R. («Definition of Subsidy», pp. 67 a 74) y GRABITZ, E. («Comment on US Law and Practice», pp. 43 a 46).

³ Con relación a esta cuestión son especialmente reveladores los trabajos de DIDIER, P.: «Le code...», op. cit., p. 687; MONTAÑA MORA, M.: «El Acuerdo...», op. cit., pp. 245-246; RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: «Aproximación a un análisis comparado...», op. cit., pp. 13 y 14, así como las conclusiones del Abogado General M. DARMON, en el asunto *Sloman Neptun Schiffarts AG c. Bodo Ziesemer*, asunto C-72/91 y 73/91, resuelto por STJCE de 17 de marzo de 1993 (Rec. 1993, p. 1-887).

⁴ La defensa que en el ámbito del comercio internacional ha hecho la Comunidad Europea ha podido condicionar la evolución de su propia posición en las cuestiones planteadas en su seno. En este sentido, vid. ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 113. Esta opinión viene a coincidir con la mantenida por el Abogado General DARMON en las aludidas conclusiones en el asunto *Sloman, Neptun*, al hacer un repaso a la posición mantenida por la Comisión en otros asuntos anteriores.

⁵ A juicio de DIDIER («Le code...», op. cit. p. 689) no hay duda de que numerosos problemas de interpretación han permanecido ocultos o se han remitido al Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.

⁶ Cfr. Artículo 1.1 ASMC de 1994. Sobre esta definición, vid. *supra* apartado 2 del capítulo primero de este trabajo.

3. El carácter estatal de las ayudas en el Derecho comunitario

Tanto el artículo 4.c del Tratado CECA como los artículos 87.1 y 88.2 CE subrayan el carácter estatal de las ayudas a las que el Derecho comunitario presta atención. En efecto mientras que el Tratado CECA se refería a las «subvenciones o ayudas otorgadas por los estados», el Tratado CE amplía esta referencia aludiendo a las ayudas «otorgadas por el Estado o mediante recursos del Estado»⁷.

Al margen de los problemas de interpretación suscitados por ambas menciones, lo que resulta meridianamente claro es que el control comunitario se ejerce única y exclusivamente sobre las ayudas de origen o naturaleza estatal y no sobre las ayudas privadas ni sobre las ayudas comunitarias⁸. En consecuencia, como señala Roberti⁹, es posible deducir que la noción de ayuda supone una intervención de los poderes públicos, por lo que las medidas relevantes para el artículo 87.1 CE y, por ende, para el artículo 4.c Tratado CECA, deben ser imputables al Estado¹⁰.

La interpretación del alcance de la expresión utilizada por el legislador comunitario, especialmente en la referencia más amplia del Tratado CE, ha planteado en la práctica diversos conflictos, sobre todo en

⁷ No podemos olvidar, sin embargo, que ya el artículo 1 de la Decisión n° 257/80/CECA, de la Comisión, de 1 de febrero de 1980, por la que se establecen las reglas comunitarias sobre ayudas a la siderurgia (DOCE L 29, de 6. 2.1980, p. 5), se refiere expresamente a las ayudas «...financées par un Etat ou au moyen de ressources d'Etat...».

⁸ La cofinanciación de las ayudas con fondos nacionales y comunitarios no excluye, sin embargo, que la medida pueda ser considerada como ayuda de Estado incompatible. Sobre esta misma cuestión, vid. *infra* apartado 2.3 *in fine*.

⁹ Cfr. ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., p. 401.

¹⁰ Como subraya VALLE GÁLVEZ («Las ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., LIÑÁN NOGUERA, D. G. (dir.): *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1993, pp. 885 a 934, en particular p. 890), la extensa práctica de la Comisión en la aplicación de este artículo lleva a la conclusión de que en realidad cualquier ventaja económico-financiera adoptada en la forma que sea es, en principio, susceptible de subsumirse bajo el régimen del artículo 87 CE. Este enfoque de la Comisión fue, como recuerda el mismo autor, tempranamente respaldado por el TJCE, presentando un concepto comunitario que en la práctica engloba como ayuda de Estado a cualquier acto del poder público, mediante el cual se adscribe un recurso público, de origen público o privado, a una determinada empresa, producción o región.

los supuestos de participación en el capital de las empresas, tanto públicas como privadas. Tales conflictos se pueden concretar, siguiendo a Arpio¹¹, en la extensión que hay que atribuir a los términos *Estado* y *fondos estatales*, y en el carácter alternativo o cumulativo de ambas condiciones.

3.1. *El concedente de la ayuda: la interpretación extensiva de la noción de Estado*

Aunque el tenor literal tanto del artículo 4.c Tratado CECA como de los artículos 87 y 88 CE se refiere únicamente al Estado¹², y el control comunitario se ejerza exclusivamente sobre las ayudas de origen o de naturaleza estatal, la práctica comunitaria ha extendido desde un principio el alcance del término *Estado* como ente otorgante de la ayuda, identificándolo con la noción más general de *poder o autoridad pública*¹³.

La disposición comunitaria no sólo comprende, en consecuencia, las ayudas otorgadas por la Administración central o general del Estado en sentido estricto, sino que en los Estados de estructura compleja¹⁴ también incluye las ayudas otorgadas por las diferentes administraciones territoriales, de acuerdo con las previsiones constitucionales de cada

¹¹ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 93.

¹² No podemos olvidar que sólo son los Estados miembros quienes forman parte de la Comunidad Europea y quienes asumen los compromisos en el marco del Derecho comunitario y que, en materia de ayudas de Estado, son los destinatarios de las decisiones de la Comisión. Vid. a este respecto lo ya expuesto *supra* a propósito del artículo 25 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 (DOCE L 83, de 27.3.1999, p. 1).

¹³ Vid. ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., p. 401.

¹⁴ Entre los Estados de la Unión Europea existe un amplio abanico de formas de organización del Estado, que van desde la fórmula centralista, a la regional, federal o a la autonómica. ATZWANGER, M.: «Gli aiuti erogati da enti territoriali in Italia, in particolare da regioni e/o province a statuto speciale ed il controllo della Commissione CE», en *For. Pad.*, n° 2, 1995, pp. 33 a 48; BYOK, J.: «Gli aiuti erogati da enti territoriali in Germania, in particolare dai Länder ed il controllo della Commissione CE», en *For. Pad.*, n° 2, pp. 48 a 52; SCORDAMAGLIA, V.: «Gli aiuti di cui agli 92-94 Tratt UE erogati da enti territoriali in Italia, Germania e Belgio ed in controllo di compatibilità da parte della Commissione CE», en *For. Pad.*, n° 2, 1995, pp. 1 a 14.

Estado miembro¹⁵. En concreto, en España, el término Estado incluye la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, así como los entes instrumentales dependientes de ellas¹⁶.

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de manifestarse con claridad el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 14 de octubre de 1987¹⁷, concerniente a un régimen de ayudas instaurado por uno de los länder alemanes. Según esta sentencia, el hecho de que el programa de ayudas hubiera sido adoptado por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impedía la aplicación del apartado I del artículo 87 del Tratado CE, si se cumplían los requisitos de este artículo. Además, el Tribunal precisó que al mencionar las ayudas concedidas por «los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma», el Tratado se refería a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos.

Por otro lado, la extensión que en la práctica ha alcanzado el término *Estado* ha permitido considerar incluidos en el mismo no sólo los órganos ejecutivos, sino también los legislativos¹⁸. Se consideran igualmente estatales tanto las ayudas otorgadas directamente por el Estado, en el sentido amplio antes indicado, como las concedidas de manera indirecta¹⁹ a través de organismos o de instituciones públicas o privadas sobre los que los poderes públicos ejerzan una *influencia dominante*, que haga que su comportamiento resulte *imputable al Estado* del que

¹⁵ Comunidades Autónomas, regiones, länders, departamentos, provincias, condados, etc. Resulta muy ilustrativo en este punto el artículo de GARBAR, Ch.: «Aides d'Etat...», op. cit., pp. 666 y 667.

¹⁶ En este sentido, por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 30.

¹⁷ República Federal de Alemania c. Comisión, asunto 248/84, Rec. 1987, p. 4013, apartado 17. Vid., entre otros, ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 95.

¹⁸ Así lo reconoció expresamente la jurisprudencia en la STPI de 12 de diciembre de 1996, Compagnie Nationale Air France c. Comisión, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 59, al destacar que aunque la *Caisse* estaba vinculada únicamente a la «autoridad legislativa», dicho poder legislativo era uno de los poderes constitucionales de un Estado, de modo que su comportamiento era necesariamente imputable a éste. Cfr. KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 109 y nota 359.

¹⁹ Sobre esta cuestión FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 29, nota 14) subraya la unanimidad de la doctrina.

dependan²⁰, siendo, sin duda, estos supuestos, los más frecuentes en la práctica y, los más difíciles de valorar a la hora de analizar la posible existencia de ayudas estatales.

Como destaca Roberti²¹, la distinción entre ayudas directas e indirectas ha sido reconocida por la Comisión y confirmada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia, a partir de la STJCE de 27 de marzo de 1977²². En esta sentencia, el Tribunal afirmó que la prohibición del artículo 92.1 Tratado CE (hoy 87.1 CE) comprendía el conjunto de ayudas concedidas por los Estados o por medio de recursos del Estado, siendo irrelevante que la ayuda sea acordada directamente por éste o por organismos públicos o privados instituidos al efecto. Más recientemente, el TPI ha tenido ocasión de recordar en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996²³ que «(e)l Derecho comunitario no puede admitir que el mero hecho de crear instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas permita eludir las normas relativas a las ayudas de Estado».

²⁰ Cfr. entre otros ejemplos, el artículo 2 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre Estados miembros y empresas públicas, tanto en su redacción original (DOCE L 195, de 29.7.1980, p. 35) como en la actual fruto de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión de 26 de julio de 2000 (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75), así como la Comunicación de la Comisión, sobre participación de las autoridades públicas en los capitales de las empresas (*Bol. CE*, 9-1984, punto 3.5.1 y nota 1). Más recientemente, la 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 (DOCE C 71, de 11.3.2000, p. 14, apartado 2.1.4) señala que «el apartado 1 del artículo 87 abarca las ayudas otorgadas por un Estado miembro o mediante recursos estatales. Por ello, del mismo modo que otras posibles formas de ayuda, las garantías concedidas directamente por el Estado, esto es, por las autoridades centrales, regionales o locales, así como las garantías concedidas por empresas controladas mayoritariamente por las autoridades públicas, pueden constituir ayudas estatales». Procede señalar en este punto la STJCE de 24 de noviembre de 1982 (Comisión c. Irlanda, asunto 249/81, Rec 1982, p. 4005), más conocida como *Buy Irish*, en la que el Tribunal consideró que la actividad de promoción de los productos irlandeses realizada por una compañía privada era imputable al Gobierno irlandés, que era quien financiaba la empresa, quien nombraba a sus directivos y quien diseñaba sus campañas publicitarias. A propósito de esta sentencia, vid. BAUDENBACHER, C.: *A Brief Guide to European State Aid Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 18.

²¹ Vid. ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit. p. 401, nota 28.

²² Steinike und Weiling c. República Federal de Alemania, petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht de Frankfurt, asunto 78/76, Rec. 1977, p. 595.

²³ *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 62.

Ahora bien, no podemos desconocer que las ayudas indirectas plantean al menos dos cuestiones de interpretación especialmente complejas: la imputación al Estado y su financiación por éste²⁴.

Como subraya Keppenne²⁵, la noción de imputabilidad ha recibido en la jurisprudencia comunitaria y en la práctica de la Comisión una interpretación esencialmente funcional y no formal²⁶. Con carácter general, señala Roberti²⁷, una medida es imputable al Estado cuando quien la otorga es un organismo que ha sido específicamente encargado de la gestión de un régimen de ayudas. En esta hipótesis, las ventajas concedidas por los organismos que tienen por misión institucional ejercitar las acciones de sostenimiento económico a empresas de un sector o de una región determinada son imputables al Estado, que lo crea, puesto que es él quien, en último término, instituye la ayuda, quien establece las condiciones para su distribución y quien normalmente aporta los recursos necesarios para ponerla en práctica. En consecuencia, la imputabilidad del Estado no plantearía duda alguna.

Por el contrario, en los casos en que las potenciales ayudas sean otorgadas por organismos o entidades no creadas específicamente para ello, resulta mucho más complejo considerar que estamos ante una intervención imputable al Estado. Como destaca Arpio²⁸, las instituciones comunitarias vienen considerando ayudas otorgadas por el Estado, a los efectos del artículo 87 CE, los beneficios concedidos a través de instituciones u organismos públicos que realizan funciones típicas del

²⁴ Es preciso puntualizar que, como destacan WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho europeo...*, op. cit., p. 446), la jurisprudencia no distingue entre las otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales, sino que se refiere de manera general al concepto de *ayuda estatal*, ya que, a juicio del Tribunal, lo importante es que se trate de un comportamiento imputable al Estado que suponga una transferencia directa o indirecta de fondos estatales a una empresa.

²⁵ KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 109.

²⁶ El proceso para determinar cuando una ayuda es imputable al Estado es conocido, como apunta CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., p. 37 y ss), bajo la expresiva denominación de «*test de la imputabilidad al Estado*».

²⁷ ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., p. 402; CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 31.

²⁸ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas ...*, op. cit., pp. 95 y 96, con los ejemplos en él citados.

Estado, al menos en la medida en que dichos organismos actúan bajo la supervisión del Estado, como es el caso de los bancos centrales y de los organismos nacionales de la Seguridad Social.

Más dificultades plantea, sin embargo, la cuestión de si constituyen ayudas otorgadas por el Estado las concedidas a través de los establecimientos de crédito, de los *holdings* públicos o de las empresas públicas comerciales, que actuarían como intermediarios (o entidades instrumentales) de los poderes públicos. En estos casos es preciso determinar si las decisiones adoptadas por la entidad concedente son plenamente autónomas o si se hallan bajo el control o sujetas a las directrices de los poderes públicos. Sólo en este último supuesto habría que concluir que la intervención en cuestión es el resultado de un comportamiento imputable al Estado y que, en consecuencia, la medida tendría carácter estatal²⁹.

La complejidad es aún mayor en los casos en que se acude a titularidades fiduciarias³⁰. Sobre esta posibilidad es especialmente ilustrativa la Decisión de la Comisión de 31 de octubre de 1995 relativa a una ayuda de Estado concedida por la *Freie und Hansestadt Hamburg* a la

²⁹ El criterio de la influencia dominante es el que aplica la legislación comunitaria para calificar a una empresa como pública. Así el artículo 2.b de la Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75) que, manteniendo la redacción de la versión originaria, define a la empresa pública como «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen», especificando en su apartado 2 que se presumirá que existe esta influencia dominante cuando, en relación con una empresa, el Estado u otras administraciones territoriales, directa o indirectamente: a) posean la mayoría del capital suscrito de la empresa; o b) dispongan de la mayoría de los votos correspondientes a las participaciones emitidas por la empresa; o c) puedan designar a más de la mitad de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de la empresa. Esta enumeración, como recuerda ARPIO (*Las ayudas públicas...*, op, cit, pp. 96 y 97), no tiene carácter exhaustivo, ya que cabe la posibilidad de ejercer una influencia dominante sobre un organismo, persona o empresa por medio de otros factores, citando al respecto las SSTJCE de 2 de febrero de 1988, *Kwekerij gebroeders van der Kooy BV* y otros c. Comisión, asuntos acumulados 67, 68 I 70/85, Rec. 1988, p. 219, y de 30 de enero de 1985, Comisión c. Francia, asunto 290/83, Rec. 1985, p. 439.

³⁰ Acerca de los contratos fiduciarios, vid. por todos, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976.

empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH³¹, en la que se menciona expresamente que una sentencia del Tribunal de Última Instancia alemán había fallado que Hamburgische Landesbank Girozentrale (HLB), que era un banco público, había actuado como fiduciario de la ciudad de Hamburgo (Freie und Hansestadt Hamburg) al adquirir las acciones de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH³² que la ciudad de Hamburgo había detentado³³.

De lo ya expuesto se puede deducir con claridad que la imputabilidad al Estado de los comportamientos de otros sujetos se complica a medida que nos alejemos de la esfera del sector público y que nos acerquemos a instituciones cuya independencia real puede ser en la práctica más discutible³⁴.

³¹ Cfr. DOCE L 78, de 28.3.1996, p. 31 y XXV IPC 1995, pp. 210 y 211.

³² Esta decisión del Tribunal tuvo como consecuencia jurídica que a partir de 1981 todas las aportaciones de liquidez, aunque se concedieran formalmente en forma de préstamos, debían considerarse como fondos propios de la empresa, por lo que los préstamos fueron considerados créditos sustitutivos de fondos propios y los créditos en favor de HLB y de la ciudad de Hamburgo sólo hubieran sido reembolsados si la liquidación de la antigua Hamburger Stahlwerke GmbH, en el marco del procedimiento, hubiera dado lugar a un excedente una vez satisfechos todos los acreedores privilegiados y no privilegiados. Sobre este mismo asunto, vid. *infra* capítulo segundo analizado como ejemplo de *infra-capitalización nominal*.

³³ También se alude a la titularidad fiduciaria en la STPI de 21 de enero de 1999, en los asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 et T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH y Lech-Stahlwerke GmbH c. Comisión, Rec. 1999, p. II-17, apartados 79 y 112. Durante el procedimiento judicial, la demandante, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (NMH), sostuvo que el *land* de Baviera era prácticamente su socio mayoritario, ya que las empresas del grupo Aicher, Annahütte y LSW habrían detentado a título fiduciario por cuenta de aquél las participaciones transferidas por Klöckner, Thyssen et Krupp.

³⁴ Como veremos con más detalle *infra* apartado 4.2.4, de especial interés a este respecto es el caso de las cajas de ahorro, en las que el cada vez mayor peso del poder público en su gestión permite afirmar su posible inclusión en el ámbito del artículo 87.1 CE, como potenciales otorgantes de ayudas de Estado, tanto en el ejercicio de su actividad crediticia como a través de sus sociedades de inversión. Esta cuestión parece acentuarse en las nuevas leyes autonómicas sobre cajas de ahorros (Ley 4/1996, de 31 de marzo, de Cajas de ahorros de Galicia, en DOG, n° 117 de 14.6.1996 y BOE, n° 184 de 31.7.1996, o en la Ley valenciana de cajas de ahorros (Ley 4/1997, de 16 de junio, en BOE, n° 171 de 18.7.1997). Cfr. «La nueva Ley de cajas valenciana ofrece una mayor tutela jurídica a la Generalitat sobre estas entidades», en *Cinco Días*, 13.6.1997, p. 16). A propósito de esta cuestión vid. también RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit. p. 89.

Esta cuestión se ha planteado con singular interés en la ya citada STPI de 12 de diciembre de 1996³⁵, a propósito de la suscripción por parte de la Caisse de Dépôts et Consignations-Participations (en adelante CDC-P), filial de la entidad oficial Caisse de Dépôts et Consignations (en adelante la Caisse), de unos títulos emitidos por Air France. En su sentencia, el TPI analizó el estatuto jurídico de la Caisse, puesto que, aunque la suscripción de los títulos fue efectuada formalmente por la CDC-P, que era una sociedad anónima de Derecho privado, Air France había admitido expresamente que la inversión se había llevado a cabo gracias al impulso determinante de su accionista mayoritario, que no era otro que la Caisse, y con los fondos que ésta había aportado. En consecuencia, el Tribunal consideró la suscripción en todo caso imputable a la Caisse. Y a la vista del examen de la Comisión sobre la peculiar naturaleza, funciones y estatuto jurídico de la Caisse³⁶ concluyó que «la Caisse pertenece al sector público», aunque estuviera ligada al legislativo y no al ejecutivo, por lo que su actuación era imputable al Estado francés³⁷.

Más recientemente, el Tribunal de Justicia ha temido ocasión de ofrecer nuevas precisiones acerca de esta cuestión, en su senetencia de 16 de mayo de 2002³⁸, en la que anuló la Decisión 2000/513/CE de la Comisión, de 8 de septiembre de 1999, relativa a las ayudas concedidas por Francia a la empresa Stardust Marine³⁹, al considerar ayudas estatales las aportaciones financieras que a su favor habían efectuado las empresas públicas Crédit Lyonnais, Altus y SBT⁴⁰.

³⁵ *Compagnie National Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, RJ. 1996, p. II-2109.

³⁶ Se trata de un *établissement spécial*, sometida a la supervisión y a la garantía del poder legislativo. Entre sus funciones, el TPI destaca la de administrar fondos públicos y privados, siendo igualmente singulares los procedimientos para designar a sus gestores.

³⁷ Sobre este punto, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Las ayudas públicas...», op. cit., p. 6.

³⁸ República francesa c. Comisión, asunto C-482/99, apartados 56 a 58 (pendiente de publicación). Una breve resaña de esta sentencia puede verse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Precisiones da xurisprudencia sobre a orixe das axudas estatais» en BGE, n° 126, Fundación Galicia Europa, maio, 2002, pp. 21 y 22.

³⁹ DOCE L 206, de 15.8.2000, p. 6.

⁴⁰ Este expediente se enmarca en el proceso de reestructuración del gigante bancario público Crédit Lyonnais, que era quien controlaba efectivamente a Stardust Marine,

Para el Tribunal, las relaciones privilegiadas existentes entre el Estado y sus empresas públicas son, sin duda, la causa de que resulte muy difícil para un tercero demostrar que unas medidas de ayuda adoptadas por una empresa pública en un caso concreto fueron efectivamente decididas siguiendo las instrucciones de las autoridades públicas (su «influencia dominante»). Por ello, considera necesario reconocer que «la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida»⁴¹.

No obstante lo anterior, el Tribunal señala con claridad que «el mero hecho de que una empresa pública haya adoptado la forma de sociedad de capitales de Derecho común, con la autonomía que esta forma jurídica puede conferirle, no basta para excluir que las medidas de ayuda adoptadas por tal sociedad sean imputables al Estado»⁴² ya que, «la existencia de una situación de control y las posibilidades reales de ejercicio de una influencia dominante que ésta conlleva en la práctica impiden excluir de entrada toda posibilidad de imputar al Estado una medida adoptada por una sociedad de estas características, así como excluir, en consecuencia, el riesgo de elusión de las normas del Tratado sobre ayudas de Estado, pese a la pertinencia que de por sí tiene la forma jurídica de la empresa pública entre los indicios que permiten demostrar o no la intervención del Estado en un caso concreto».

a través de su filial Altus. Cfr. Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco Credit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92).

⁴¹ El Tribunal recuerda en este punto que en pronunciamientos anteriores ha tomado en consideración circunstancias como el hecho de que el organismo en cuestión no pudiera adoptar la Decisión impugnada sin tener en cuenta las exigencias de los poderes públicos (STJCE de 2 de febrero de 1988, *Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV y otros c. Comisión*, asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, Rec. 1988, p. 219, apartado 37), o el hecho de que las empresas públicas estuvieran obligadas a tener en cuenta, además de los factores de naturaleza orgánica que las vinculaban al Estado, las directrices procedentes del «Comitato interministeriale per la programmazione economica» (CIPE) (STJCE de 21 de marzo de 1991, *República italiana c. Comisión*, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. I-1433, apartados 11 y 12, y STJCE de 21 de marzo de 1991, *República italiana c. Comisión*, asunto C-305/89, Rec. 1991, p. I-1603, apartados 13 y 14).

⁴² STJCE de 21 de marzo de 1991, asunto C-305/89, antes citada, apartado 13.

De acuerdo con estos argumentos, el Tribunal llega a la conclusión de que en la decisión controvertida, la Comisión no había acreditado suficientemente que el comportamiento de Crédit Lyonnais, Altus y SBT fuera efectivamente imputable al Estado francés, puesto que se había limitado a utilizar únicamente «un único criterio, el criterio orgánico, según el cual, al ser empresas públicas, el Crédit Lyonnais, Altus y SBT se encontraban sometidas al control del Estado», lo que a juicio del tribunal, resultaba claramente insuficiente para sustentar la existencia de la citada imputabilidad.

3.2. *La noción amplia de fondos estatales*

Como resalta Arpio⁴³, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han efectuado también una interpretación amplia de la noción *fondos estatales* empleada por el legislador comunitario. Así, la expresión fondos estatales comprende no sólo los fondos procedentes de los presupuestos estatales, sino también los que provengan de los presupuestos de las demás administraciones territoriales. A este respecto, Valle⁴⁴ destaca que la intervención sería indirectamente estatal e imputable al Estado cuando un recurso de origen privado⁴⁵ queda, mediante el ejercicio legislativo o administrativo de poder público, afectado a una determinada empresa o producción; por lo que, incluso cuando no quede inscrito en el presupuesto del Estado, el acto de adscripción y sus consecuencias financieras serían una ayuda de Estado⁴⁶.

⁴³ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 98.

⁴⁴ VALLE GÁLVEZ, A.: «Las ayudas...», op. cit., pp. 891 y 892.

⁴⁵ Para el concepto de recursos públicos de los fondos de las empresas públicas en sentido amplio resulta ilustrativo el artículo de LUZÓN CÁNOVAS, A.: «Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación», en AJA, 9.1.1997, pp. 1 a 6.

⁴⁶ Este es el ejemplo, como indica el mismo autor, de las concesiones fiscales y de las tasas parafiscales, supuestos analizados en diversos casos por el TJCE y calificados finalmente como recursos recaudados por la autoridad pública y comprendidos en el régimen de las ayudas de Estado, incluso aunque no intervenga el Estado directamente en la aprobación de la intervención. En estos casos, se considera que a efectos jurídicos la acción de afectación del Estado, directamente o a través de decisiones adoptadas por organismos públicos, convierte a los recursos de origen privado en recursos públicos.

A *contrario sensu*, fácilmente se colige que cuando la *ayuda* es concedida por un organismo independiente del Estado cuyos recursos proceden exclusivamente de contribuciones voluntarias de personas privadas, la medida en cuestión escaparía a la aplicación del artículo 87. 1 CE⁴⁷. En definitiva, como subraya Tesauro⁴⁸, la procedencia pública de los recursos no constituye un elemento necesario de la noción de ayuda de Estado, sino que el acento debe ponerse sobre la imputación al Estado de la medida. Con estas premisas sería indiferente la forma de la ayuda, el origen de los recursos y la naturaleza o denominación del organismo que la concediese, con tal de que la afectación final del recurso haya sido decidida o influida determinantemente por un ejercicio de poder público⁴⁹.

No constituyen fondos estatales en el sentido expuesto los fondos comunitarios⁵⁰, por lo que no son ayudas estatales los beneficios que son financiados mediante dichos fondos⁵¹.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta, sin embargo, que las ayudas cofinanciadas con cargo a los fondos comunitarios no se sustraen al régimen de los artículos 87 a 89 CE y, por lo tanto, subsiste con carácter general la obligación de notificación previa, exigible a todo proyecto de

⁴⁷ WÄELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 342 y 343. Es ilustrativa en este punto la posición mantenida por la Comisión a propósito de las diferentes operaciones de recapitalización bancaria que ha examinado en los últimos años.

⁴⁸ TESAURO, G.: «Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e attività bancarie», en DCSI, n° 3-4, 1991, pp. 487 a 497, en particular p. 495.

⁴⁹ VALLE GÁLVEZ, A.: «Las ayudas...», op. cit., pp. 893 y 894. En realidad, apunta este autor, la práctica es extraordinariamente rica y los ejemplos de nuevos supuestos de ayudas de Estado no dejan de surgir, por lo que al ser la posición del Tribunal decididamente restrictiva hacia los comportamientos estatales, el concepto comunitario de ayuda resulta cada vez más expansivo.

⁵⁰ En relación con el conflicto entre las políticas de cohesión y de competencia a propósito de las ayudas financiadas con fondos comunitarios, vid. FRAZER, T.: «The New Structural Funds, State Aids and Interventions on the Single Market», en *ELR*, vol. 20, n° 1, pp. 3 a 19.

⁵¹ Acerca de esta cuestión, vid. ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 100 y 101, con un comentario de la STJCE de 13 de octubre de 1982, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will y otros c. Bundesanstalt fuer Landwirtschaftliche Marktordnung*, asuntos acumulados 213 a 215/81, Rec 1982, p. 3583 y las interesantes observaciones del Abogado General Verloren van Themaat en sus conclusiones presentadas el 9 de junio de 1982.

ayuda estatal⁵², sin perjuicio de que dicha obligación pueda quedar excluida al amparo de alguna de las exenciones por categorías autorizadas por la Comisión, de la aplicación de la regla de minimis o de la previa aprobación de un régimen general por la propia Comisión.

La cuestión de la naturaleza pública o privada de los fondos, a los efectos del apartado 1 del artículo 87 CE, se plantea también en la ya mencionada STPI de 12 de diciembre de 1996⁵³, *Air France c. Comisión*. En esta sentencia el Tribunal rechazó los argumentos de *Air France* acerca de que la naturaleza privada y reembolsable de los fondos empleados en la adquisición de los títulos, que impediría reputar como ayuda de Estado la medida en cuestión al considerar que dichos fondos, aunque reembolsables, producían un saldo que la *Caisse* podía utilizar, por lo que «...la inversión objeto del litigio, financiada mediante el saldo disponible en la *Caisse*, puede distorsionar la competencia, en el sentido del artículo 92(1) del mismo modo que si dicha inversión se hubiese financiado mediante ingresos constituidos por impuestos o por cotizaciones obligatorias», ya que, a su juicio, el apartado 1 del artículo 92 Tratado CE (artículo 87 CE) comprendía «todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio de dicho sector».

El Tribunal tuvo ocasión de mantener dicho criterio en su Sentencia de 16 de junio de 2000⁵⁴, con motivo del recurso de casación interpuesto por las autoridades francesas contra la STPI de 27 de enero de

⁵² Vid. sobre esta interesantísima cuestión el tratamiento conciso y claro que se hace en el documento elaborado por los propios servicios de la Comisión: *Vademecum normas comunitarias sobre ayudas estatales*, versión de 1.6.1999, revisión de 23.6.1999, pp. 8 a 10. Este documento puede consultarse en la página web de la DG de la Competencia, en la dirección http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/ (última consulta realizada en noviembre de 2002). Las menciones contenidas en este documento relativas a la propuesta de Reglamento del Consejo por la que se establecen disposiciones generales sobre los fondos comunitarios deben entenderse hechas al texto finalmente aprobado: Reglamento (CE) n° 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999 (DOCE L 161, de 26.6.1999, p. 1).

⁵³ Asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 62 y ss.

⁵⁴ República francesa y *Ladbroke Racing Ltd c. Comisión*, asunto C-83/98, Rec. 2000, p. I-3271, especialmente en su apartado 50. Vid. también el XXX IPC 2000 COM (2001) 694 final, de fecha 7.5.2001, apartado 303.

1998, en el asunto *Ladbroke Racing c. Comisión*⁵⁵, que había anulado parcialmente la Decisión de 22 de septiembre de 1993, relativa a varias ayudas concedidas por las autoridades francesas a la empresa *Pari Mutuel Urbain (PMU)* y a las sociedades de carreras⁵⁶.

Acerca de esta cuestión, el Tribunal de Justicia, apoyándose en la citada STPI de 12 de diciembre de 1996⁵⁷, que era invocada por la recurrente, reiteró que el artículo 87, apartado 1 CE comprendía todos los medios económicos que el sector público puede efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenecieran o no, de modo permanente, al patrimonio de dicho sector. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida de puesta a disposición de PMU de las ganancias no reclamadas no estuvieran de manera permanente en poder de hacienda, el hecho de que permanecieran constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, bastaba para que se las calificase como fondos estatales y para que dicha medida estuviera comprendida dentro del ámbito de aplicación de dicho precepto⁵⁸.

⁵⁵ Asunto T-67/94, Rec. p. II-1.

⁵⁶ DOCE L 300, de 7.12.1993, p. 15. En esta decisión la Comisión había considerado como ayudas de Estado determinadas medidas adoptadas por el Gobierno francés a favor de PMU, si bien había admitido su compatibilidad al amparo de la excepción de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE. En efecto, la Comisión considera que la renuncia entre 1982 y 1985 a una parte de los importes resultantes de la práctica de redondear los premios de los apostantes a la décima inferior, destinado desde 1967 a los presupuestos generales del Estado constituía una ayuda, según la Ley de presupuestos de 17 de diciembre de 1966, porque se trataba de una medida limitada en el tiempo dirigida a resolver un problema concreto (la informatización de las operaciones de PMU), destinada a ayudar a que reforzarse su posición en el mercado. Consideró igualmente que la exención en la aplicación de la norma del desfase de un mes para la deducción del IVA constituía un crédito a corto plazo asimilado a una ayuda de Estado. Por último, la exención de la participación de PMU en la labor de construcción fue también considerada por la Comisión como ayuda estatal, ya que, aunque una sentencia del Conseil d'État francés de 1962 había confirmado el carácter agrícola de las actividades de las sociedades de carreras y, por consiguiente, su exención de dicha contribución, resultaba evidente que la propia actividad de PMU (la organización y gestión de las apuestas) no constituía una actividad agrícola, por lo que la exención citada no estaba justificada.

⁵⁷ *Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. p. II-2109, apartado 67.

⁵⁸ El Tribunal de Justicia mantiene esta línea jurisprudencial, que resulta claramente consolidada, en sentencias posteriores como la STJCE de 16 de mayo de 2002, República francesa c. Comisión, asunto C-482/99, apartado 37 (pendiente de publicación).

3.3. La doble necesidad de que las ayudas sean estatales y de que se financien mediante recursos públicos

La interpretación de la disyuntiva que formula el apartado 1 del artículo 87 CE («ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales») ha suscitado una cuestión de singular alcance práctico.

En efecto, si se reduce el concepto de ayuda estatal únicamente a las medidas que supongan un sacrificio de recursos públicos⁵⁹ se limita notablemente el ámbito de aplicación de la regla de incompatibilidad formulada por el artículo 87.1 CE y, con ello, el poder de la Comisión para ejercer sus facultades de control⁶⁰. Por el contrario, si se admite que pueden ser calificadas como ayudas estatales las eventuales ventajas concedidas en favor de determinadas empresas o producciones que no supusieran un gasto o una disminución de ingresos públicos se extendería la posibilidad de ejercitar aquel control sobre numerosas medidas públicas⁶¹.

A pesar de la importancia práctica que, como hemos visto, plantea el hecho de inclinarse por una u otra interpretación, el examen en perspectiva de esta cuestión evidencia que, tanto la propia Comisión⁶²,

⁵⁹ Tanto en sentido positivo de gasto (por ejemplo subvenciones) como negativo de minoración de ingresos (exenciones fiscales).

⁶⁰ En este sentido, ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., p. 402.

⁶¹ SLOTBOOM («State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?», en *ELR*, vol. 20, n.º 3, june 1995, pp. 289 a 301, en particular pp. 289 y 290) cita numerosos ejemplos en este sentido, como el de la relajación de los controles medioambientales por parte de las autoridades nacionales que puede reducir los costes de las empresas beneficiadas o la suministración gratuita de información por parte del Estado sólo en favor de determinadas empresas, ahorrándoles los costes en que incurren sus competidoras, entre otros.

⁶² SLOTBOOM («State Aid...», op. cit., p. 291 y nota 7) apunta un ejemplo muy expresivo de estas notas a propósito del cambio de redacción que observa, al menos en la versión inglesa, en un importante párrafo contenido en el *Primer informe sobre ayudas estatales*, que se reproduce respecto del *Segundo informe*. Así, mientras en el primer documento la Comisión señala «all aid represents a cost or a loss of revenue to the public authorities or a benefit to recipient» (lo que, a juicio de Slotboom, nos lleva a concluir que «not always state aids represents a cost or a loss of revenue to the public account»); sin embargo, en el segundo informe, el texto correspondiente aparece cambiado en un detalle importante: la modificación de la expresión *or por and*, de modo que la casi idéntica redacción, cambia completamente de sentido: «all aid represent a cost or a lost of revenue to the public authorities and a benefit to recipient». Siguiendo al citado autor, con el

como de manera muy significativa la jurisprudencia comunitaria⁶³ han mantenido una posición ambigua y errática al respecto⁶⁴.

La Comisión se ha resistido tradicionalmente a considerar como ayudas de Estado las ventajas injustificadas en favor de una o de varias empresas que no supusieran una carga o una minoración de ingresos para los presupuestos públicos⁶⁵, lo que le llevó a tener que acudir a la creación de una figura híbrida, la de «medida equivalente a una ayuda de Estado»⁶⁶, que fue rechazada por el Tribunal de Justicia. A pesar de

cambio en el texto de la letra «o» en el primer informe por la letra «y» en el segundo, la Comisión pretendía probablemente dejar claro su punto de vista, afirmando que para que una medida estatal pueda ser calificada como ayuda estatal debe suponer, en todo caso, una carga para las finanzas públicas.

⁶³ La jurisprudencia tampoco parece haber prestado especial interés sobre esta cuestión, como expresamente manifiesta el Abogado General DARMON en sus conclusiones a la cuestión prejudicial Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, presentadas el 17 de marzo de 1992 (STJCE de 17 de marzo de 1993, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993, p. I-887, apartado 18), donde señala que «...este Tribunal de Justicia nunca se ha pronunciado claramente sobre si una medida que reduce los costes de determinadas empresas puede ser calificada de ayuda cuando no existe ninguna contribución financiera realizada por el Estado o por cualquier organismo público o privado que éste instituya o designe como responsable de la gestión de la ayuda».

⁶⁴ Así la califica GARBAR, CH.: «Aides d'Etat...», op. cit., p. 669.

⁶⁵ Esta posición no le ha impedido, sin embargo, acudir en algunas ocasiones a una interpretación extensiva de la noción de ayuda estatal, calificando como tal, por ejemplo, un régimen portugués que imponía a los bancos privados que tenían la intención de abrir sucursales en Portugal a sustituir hasta la suma de su valor nominal, que era superior a su valor efectivo, los créditos detentados por los bancos públicos, lo que en definitiva tenía como efecto «aliviar» la situación financiera de los bancos públicos, sin que tuviera la menor incidencia sobre los presupuestos públicos. Este ejemplo es citado por TESAURO («Disciplina comunitaria...», op. cit., p. 492), quien reconoce no disponer de más información al respecto. Vid. también, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades de crédito...», op. cit., p. 92. Por el contrario, en otros casos, la misma Comisión ha optado por una lectura más estricta de la norma, al estimar que una ventaja acordada por una empresa en favor de otras empresas, incluso si es imputable al Estado, no quedaría sometida a la aplicación del art. 92 Tratado CE cuando la empresa dispensadora de la ayuda no se beneficie de compensación financiera alguna por parte del Estado y, por tanto, sea ella quien asuma la carga. Cfr. GARBAR, CH.: «Aides d'Etat...», op. cit., p. 669 y nota 21.

⁶⁶ Cfr. STJCE de 30 de enero de 1985, Comisión c. República francesa, asunto 290/83, Rec. 1985, p. 439, conocido como asunto Crédit Agricole, ya que la medida a favor de los agricultores franceses se financiaba por los excedentes de gestión de una caja nacional de crédito agrícola. En este asunto la Comisión, para no abandonar su interpretación tradicional, que excluía del concepto de ayudas las medidas públicas que no tuvieran repercusión presupuestaria, consideró que el artículo 92.1 Tratado CE era base legal

esta explícita desprobación del Tribunal de Justicia, de una manera un tanto sorprendente, la nueva redacción del artículo 19 LDC⁶⁷ incluye una definición de ayudas públicas⁶⁸ marcadamente inspirada en la jurisprudencia comunitaria, incorporando, sin embargo, una mención final explícita a las «medidas de efecto equivalente a ayudas públicas», en lo que pretende ser en realidad una simple cláusula residual⁶⁹.

Así, el apartado 2 del artículo 19 LDC señala que «a los efectos de esta Ley se entiende por ayuda pública la aportación de recursos a operadores económicos y a empresas públicas o privadas, así como a producciones, con cargo a fondos públicos o cualquier otra ventaja concedida por los poderes o por las 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».

insuficiente para atacar una medida estatal que, sin suponer una carga para el presupuesto público, produjera efectos similares a una ayuda de Estado. El Tribunal consideró que los artículos 92 y 93 Tratado CE (hoy 87 y 88 CE) no eran base legal suficiente para acuñar un concepto paralelo de «medidas de efecto equivalente a una ayuda» que estuviera sujeta a reglas diferentes que las de las ayudas propiamente dichas (apartado 18). Sobre este asunto, vid. por todos, HERMITTE, M. A.: «Aides des Etats...», op. cit., p. 5. La Comisión tenía como modelo para crear esta nueva figura las denominadas *medidas de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas* tanto a las importaciones como a las exportaciones, recogidas expresamente en los artículos 28 y 29 CE (ex artículos 30 y 31 Tratado CE). Aunque la bibliografía relativa a las medidas de efecto equivalente es amplísima, resulta de interés la consulta de STOFFEL VALLOYON, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, especialmente pp. 233 y ss.

⁶⁷ Redactado 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, n° 311, de 29.12.1999, p. 45778).

⁶⁸ COSTA COMESAÑA («Crónica crítica...», op. cit., pp. 1422 y 1423, en especial p. 1422) destaca en este punto, siguiendo a HERNÁNDEZ MARTÍN y VILLAVILLA MUÑOZ (*El control de las ayudas de Estado en el Derecho europeo*, Madrid, 1999, pp. 27 y ss.), que con la nueva redacción de este precepto se dispone ya de un concepto legal de ayuda pública, que responde al principio del inversor privado.

⁶⁹ La redacción de este apartado figuraba ya en el texto del proyecto de ley y se mantuvo sin oposición, al menos sobre este punto, a lo largo de su tramitación parlamentaria. Cfr. BOCG. *Congreso de los Diputados*, VI legislatura, serie A, de 28.6.1999, n° 175-1, proyectos de ley.

Con posterioridad, la Comisión se apartó de esta posición inicial sosteniendo tanto en la fase oral del procedimiento en el asunto *Sloman Neptum*⁷⁰ como en la fase escrita del asunto *Kirsammer-Hack*⁷¹, que las medidas en cuestión eran efectivamente ayudas estatales, a pesar de que no estuvieran financiadas por recursos públicos.

Más recientemente, en el asunto *Pari Mutuel Urbain (PMU)*⁷², la Comisión decidió abrir el procedimiento de investigación formal en relación con una presunta ayuda otorgada por Francia a las sociedades de apuestas hípcas, aunque finalmente llegó a la conclusión de que no resultaba de aplicación el apartado 1 del artículo 87 CE, al considerar que el hecho de cambiar la distribución de los ingresos derivados de las apuestas entre apostantes y sociedades de apuestas hípcas a favor de estas últimas no suponía en realidad asignación de fondos públicos⁷³.

La jurisprudencia, por su parte, tampoco ha seguido sobre esta cuestión una línea uniforme. En efecto, si bien el TJCE había excluido en sus primeras sentencias que se pudieran calificar como ayudas de Estado las medidas que no fueran financiadas ni directa ni indirectamente por medio de recursos públicos⁷⁴, en sentencias posteriores, sin embargo, llegó a admitir que de la propia letra del artículo 87.1 CE se deducía que una medida podía ser calificada de ayuda estatal, a pesar de que no fuera financiada con recursos públicos.

Esta línea jurisprudencial innovadora que estaría integrada, como apunta Rodríguez Curiel⁷⁵, al menos por tres sentencias, quiebra, no

⁷⁰ STJCE 17 de marzo de 1993, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Bremen-Alemania, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993, p. I-0887

⁷¹ Cfr. SLOTBOOM («State Aid...», op. cit., p. 291, nota. 8). STJCE de 30 de noviembre de 1993, Petra Kirsammer-Hack contra Nurhan Sidal, petición de decisión prejudicial: Arbeitsgericht Reutlingen-Alemania, asunto C-189/91, Rec. 1993, p. I-6185.

⁷² DOCE C 163, de 30.5.1997, p. 3.

⁷³ Cfr. XXVII IPC 1997. SEC (97) 636 final, apartado 223.

⁷⁴ RODRÍGUEZ CURIEL («Giro jurisprudencial...», op. cit., p. 6, nota 4) denomina a esta jurisprudencia como *jurisprudencia tradicional*, tomando la expresión empleada por el Abogado General Marco DARMON, en sus ya aludidas conclusiones a la Sentencia de 17 de marzo de 1993, Sloman Neptum (asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rep. 1993, I-887, apartado 17).

⁷⁵ Esta jurisprudencia que RODRÍGUEZ CURIEL («Giro jurisprudencial...», op. cit., p.

obstante, a partir de 1993⁷⁶, con sus sentencias en los asuntos *Sloman Neptum*⁷⁷ y *Kirsammer-Hack*⁷⁸, al volver el Tribunal a su jurisprudencia más tradicional y a exigir, en consecuencia, la presencia de recursos estatales para calificar una medida como ayuda estatal.

En efecto, al responder a una cuestión prejudicial en el asunto *Sloman Neptum*, el Tribunal rechazó que constituyera ayuda estatal la legislación alemana que creaba un registro especial de buques de bandera alemana para el transporte internacional, con el que se permitía a las navieras alemanas contratar marineros extranjeros que no tuvieran residencia fija en dicho país, sin tener que aplicarles los convenios alemanes, lo que suponía una ventaja competitiva indudable sin precisar fondos públicos⁷⁹.

El mismo razonamiento permitió también al Tribunal de Justicia responder en una posterior cuestión prejudicial que no constituía ayuda estatal la regulación alemana que excluía a determinadas empresas, en atención a su pequeño tamaño, del régimen general de indemnizaciones por despido improcedente; sistema al que se había acogido la empresa para la que trabajaba la señora Kirsammer-Hack, con el fin de negarse a pagarle dicha indemnización.

Los posteriores pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no han hecho sino consolidar esta vuelta a la jurisprudencia más tradicional.

En este sentido, en sendas respuestas a nuevas cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de los correspondientes litigios naciona-

7) denomina *jurisprudencia Van der Kooy*, estaría formada por la SSTJCE de 24 de abril de 1980, Comisión c. República italiana, asunto 72/79, Rec. 1980, p. 1411; de 2 de febrero de 1988, Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV y otros c. Comisión, asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, Rec. 1988, p. 219; y de 30 de enero de 1985, Comisión c. República francesa (Crédit Agricole), asunto 290/83, Rec. 1985, p. 439.

⁷⁶ De ahí que RODRÍGUEZ CURIEL hable «giro jurisprudencial», criterio que, entre otros, comparte Roberti («Le contrôle...», op. cit., pp. 402 y 403).

⁷⁷ STJCE de 17 de marzo de 1993, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993, p. I-0887.

⁷⁸ STJCE de 30 de noviembre de 1993, Petra Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal, asunto C-189/91, Rec. 1993, p. I-6185.

⁷⁹ El Tribunal dictó su fallo apartándose también de las conclusiones del Abogado General DARMON, presentadas el 17 de marzo de 1992.

les el Tribunal mantuvo constante su interpretación, considerando que tanto la exención de que disfrutaba el Ente Poste Italiane, que le permitía eludir la obligación de realizar contratos indefinidos⁸⁰, como las ventajas financieras de que disfrutaba la empresa siderúrgica pública Altiforni e Ferrieri de Servola, al acogerse a un régimen de administración extraordinaria para empresas en crisis⁸¹, no constituían ayudas estatales al no comprometer recursos públicos. El Tribunal mantuvo idéntico criterio en el caso *Piaggio*⁸², en el que también examinaba el régimen italiano de administración extraordinaria de empresas en crisis.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de reiterar esta interpretación con motivo de una nueva cuestión prejudicial que al amparo del artículo 234 CE (antiguo artículo 177 del Tratado CE) le fue planteada a dicho tribunal por el *Landgericht Kiel*⁸³ de Alemania, en la que se pedía que aclarase entre otras cuestiones⁸⁴ si podía contener elementos de ayuda estatal la normativa de un Estado miembro que, por una parte, obligaba a las empresas privadas suministradoras de electricidad a adquirir la electricidad generada en su zona de suministro por fuentes de energía renovables a precios mínimos superiores al valor económico real de este tipo de electricidad y, por otra, repartía la carga financiera que implicaba entre dichas empresas suministradoras y los gestores privados de redes de electricidad situados en niveles de distribución anterior.

⁸⁰ STJCE de 7 de mayo de 1998, Epifanio Viscido (C-52/97), Mauro Scandella y otros (C-53/97) y Massimiliano Terragnolo y otros (C-54/97) c. Ente Poste Italiane, peticiones de decisión prejudicial: Pretura Circondariale di Trento-Italia, asuntos acumulados C-52/97, C-53/97 y C-54/97, Rec. 1998, p. I-2629, especialmente apartado 13.

⁸¹ STJCE de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade Srl c. Altiforni e Ferrieri di Servola SpA (AFS), petición de decisión prejudicial: Corte Suprema di Cassazione - Italia, asunto C-200/97, Rec. 1998, p. I-7907, en particular apartado 35.

⁸² STJCE de 17 de junio de 1999, Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA c. I International Factors Italia SpA (IFTITALIA) y otros, asunto C-295/97, Rec. 1999, p. I-3735.

⁸³ STJCE de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra AG y otras c. Land Schleswig-Holstein, asunto C-379/98, Rec. 2001, p. I-2099, especialmente apartados 54 a 67. Para un comentario de esta sentencia, vid. ALONSO GARCÍA; F.: «Costes de transición a la competencia y ayudas públicas: reflexiones a la luz de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, *Preussenelektra*, de 13 de marzo de 2001 (C-379/98)», en *La Ley*, n° 5324, 26.6.2001, pp. 1 a 4.

⁸⁴ La posible violación del artículo 28 CE.

El fallo del Tribunal⁸⁵ confirma nuevamente la línea jurisprudencial iniciada en 1993 con las sentencias *Sloman Neptum* y *Kirsammer-Hack*, negando que las medidas controvertidas contuvieran elementos de ayuda estatal al no estar financiadas con cargo a recursos públicos⁸⁶.

La vuelta de la jurisprudencia al criterio de los fondos estatales responde en realidad, como sugiere Arpio⁸⁷, no sólo a consideraciones relativas a las competencias de los Estados para promover las políticas de las que todavía son responsables, sino también a razones de seguridad jurídica, puesto que la aplicación rigurosa del criterio de la participación del Estado podría configurar un ámbito de aplicación del artículo

⁸⁵ Resulta de especial interés el análisis que del estado de la cuestión efectúa el Abogado General JACOBS, en las conclusiones en el asunto 379/98, presentadas el 26 de octubre de 2000 (especialmente apartados 113 a 185), en las que rechaza la interpretación extensiva de la noción de ayuda estatal, confirmando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Un interesante comentario de estas conclusiones puede verse en SAMANIEGO BORDIU, G.: «La noción de ayuda de Estado», en *GJ*, n° 212, marzo/abril, 2001, pp. 83 a 99.

⁸⁶ Como se recoge en el XXXI IPC 2001 (apartados 363 y 367), basándose en este razonamiento del Tribunal de Justicia, la Comisión declaró que una medida belga aplicable en la región flamenca no entraba en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 87 CE [asunto N 550/2000, Decisión de la Comisión de 25 de julio de 2001 (DOCE C 330 de 24.11.2001, p. 3)]. La Comisión consideró que una medida que obligaba a los distribuidores a comprar una determinada cantidad de certificados verdes no constituía ayuda estatal [Cfr asimismo, los asuntos N 678/2001, Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2001 (DOCE C 30 de 2.2.2002, p. 16) y N 504/2000, Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2001 (DOCE C 30 de 2.2.2002, p. 15)]. Del mismo modo, la Comisión decidió que la emisión de certificados por las autoridades estatales destinados a demostrar que la electricidad ecológica corresponde a la definición recogida en la normativa no supone el uso de fondos estatales (Cfr el asunto NN 30/B/2000, Decisión de la Comisión de 28 de noviembre de 2001 (pendiente de publicación). A pesar de esta valoración, la Comisión examinó también la medida en su calidad de ayuda estatal y consideró que reunía las condiciones establecidas en las directrices sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente. Más recientemente, la Comisión se apoyó también en esta línea jurisprudencial y, en particular, en esta sentencia, para rechazar, de acuerdo con la información de que disponía, que pudieran existir elementos de ayuda estatal en la recalificación urbanística de la «Ciudad deportiva del Real Madrid» en la medida en que «la nueva calificación del terreno en cuestión no parece implicar ninguna transferencia directa o indirecta de recursos ni por parte de la ciudad de Madrid ni por la Comunidad Autónoma de Madrid» [Respuesta del Comisario Monti, del 26 de septiembre de 2002 a la Pregunta Escrita P-2491/02, formulada por D. Pere Esteve (ELDR) a la Comisión, pendiente de publicación].

⁸⁷ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 104 a 116, especialmente, p. 114. Este autor hace una revisión actualizada y profunda de la jurisprudencia y de las críticas que ha suscitado en un importante sector de la doctrina.

87 CE en el que entrarían prácticamente todas las iniciativas estatales de contenido económico. Por ello, el Tribunal habría preferido establecer un criterio más estricto, sin duda más restrictivo, pero sin duda también más operativo, compensando la reducción del concepto con una interpretación más amplia de la noción de *fondos estatales*.

4. La práctica comunitaria sobre participaciones públicas en el capital

La dificultad de acreditar el carácter estatal de la medida que puede ser calificada como ayuda estatal, siempre que cumpla las demás condiciones del artículo 87.1 CE, se ha detectado principalmente en los casos de participación pública en el capital de las empresas.

De acuerdo con lo ya expuesto, para que una toma de capital pueda constituir ayuda de Estado es preciso, en primer lugar, que sea imputable al Estado y, en segundo lugar, que su financiación movilice recursos públicos o sometidos al control público.

Como destaca Kovar⁸⁸, la Comisión desde sus primeras decisiones negativas ha admitido que no sólo las aportaciones de capital realizadas directamente por el Estado y por las demás administraciones territoriales, sino también las que se realizan indirectamente a través de entidades públicas o privadas, sometidas a aquéllas o con fondos recaudados merced al poder público, cumplen el requisito que las reputa como intervenciones estatales en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE⁸⁹. Conviene que nos detengamos a exponer de manera resumida los principales problemas que el carácter suscita en esta modalidad de ayuda⁹⁰.

⁸⁸ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit, p. 113.

⁸⁹ Como ya hemos destacado (*supra* capítulo segundo, apartado 1.5.1), la Comisión codificó este criterio con respecto a las participaciones en capital casi de manera simultánea a sus primeras decisiones negativas, en su Comunicación de 17 de septiembre de 1984, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE a las participaciones de los poderes públicos (Bol. CE, 9-1984, pp. 93 a 96 y reproducido en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia...* op. cit., pp. 147 a 151).

⁹⁰ Es preciso señalar, con carácter preliminar, las dificultades que presenta la clasificación de los diferentes supuestos, ya que muchos casos concretos pueden incluirse en más de una categoría, optando en tales supuestos por la más evidente.

4.1. *La aportación de capital directamente estatal*

A la luz de la tesis expresada por la Comisión en su Comunicación de 1984 y de su posición general en relación con las demás modalidades de ayuda, no cabe albergar duda alguna del carácter estatal de la aportación de capital realizada directamente por una autoridad pública central, autonómica, regional, federal o local, con cargo a sus fondos presupuestarios. Poco importa a estos efectos el carácter público o privado de la empresa beneficiaria o el momento en que ésta se efectúe. Puede tratarse también de una operación destinada a constituir o a recapitalizar una empresa concreta o de la ejecución de un régimen general de ayudas que incluya la modalidad de tomas públicas de capital, que serán, por lo general, temporales y limitadas en su porcentaje.

El procedimiento para la adquisición por la Administración General del Estado de títulos representativos de capital de empresas mercantiles se regula por la Ley de patrimonio del Estado⁹¹. Conforme a dicha normativa, que regula también las actividades industrial y comercial del sector público⁹², la adquisición por el Estado de títulos representativos del capital de empresas mercantiles por suscripción o compra, así como la constitución de empresas por el Estado, será acordada

⁹¹ Artículos 100 a 105 del Texto articulado aprobado por el Decreto 1022/1964, de 15 de abril (BOE, n.º 98, de 23.4.1964) y 195 a 203 de su Reglamento, aprobado por el Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre. Las comunidades autónomas se rigen por sus respectivas leyes patrimoniales. En el caso de Galicia esta materia se regula por la Ley 3/1985, de 12 de abril, de patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia (modificada por las leyes 1/1986, de 29 de octubre; 2/1988, de 5 de marzo; 13/1988, de 30 de diciembre y 11/1996, de 30 de diciembre), en particular por el artículo 21. A propósito de las entidades locales, vid. los artículos 79 a 83 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local y por los artículos 74 a 87 del RDL 781/1986, de 18 de abril, por el que se apueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local. Acerca de los procesos de desinversión (privatización), vid. la Ley 5/1995, de 23 de marzo, que establece el régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (BOE, n.º 72 de 25.3.1995). Sobre esta norma en particular, vid. DE LA SERNA BI, M. N.: «La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo», en RAP, n.º 143, mayo-agosto, 1997, pp. 435 a 461. y DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A.: «Observaciones a la Ley 5/1995, de 23 marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas», en RDBB, 58, abril-junio, 1995, pp. 449 a 476.

⁹² Artículos 106 a 112 de la Ley y 204 a 213 del Reglamento.

por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Hacienda. La legislación comunitaria sobre ayudas estatales obliga a que antes de hacer efectiva dicha adquisición o constitución se produzca la correspondiente notificación y se obtenga la previa autorización de la Comisión, según lo previsto en la Comunicación de 17 de septiembre de 1984⁹³.

La práctica comunitaria muestra numerosos ejemplos de intervenciones estatales llevadas a cabo directamente por el Estado –identificado con el respectivo Gobierno– o por parte de los Gobiernos regionales, federales o autonómicos e incluso, aunque en menor medida, por los correspondientes Gobiernos locales⁹⁴. Entre las numerosas decisiones adoptadas⁹⁵ podemos destacar, en primer término, las rela-

⁹³ Vid. *supra* capítulo tercero, apartado 2.2.2.1.

⁹⁴ No puede desconocerse que en alguno de los Estados miembros estas administraciones tienen un significativo peso en la economía nacional. Para una visión del caso español puede verse VADRI i FORTUNY, M. T., AGUADO i CUDOLA, V.: «La normativa de la empresa pública de las comunidades autónomas: tendencias actuales», en VARIOS: *Administración instrumental...*, op. cit., tomo I, pp. 1685 y ss. En el caso de la administración local, la participación pública suele ir vinculada a la gestión de servicios públicos de titularidad local. Acerca de esta cuestión, vid. por todos, ALONSO UREBA, A.: *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Universidad Complutense, Madrid, 1988. ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de las sociedades de capital local», en VARIOS: *Estudios jurídicos...*, op. cit., vol. II, pp. 1419 a 1442.

⁹⁵ Sin carácter exhaustivo, podemos citar: Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18); Decisión de 4 de febrero de 1987, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de una empresa de tubos de acero (DOCE L 227, de 14.8.1987, p. 45); Decisión de 3 de febrero de 1988, relativa a la ayuda del Gobierno francés a la sociedad Pechiney que produce principalmente aluminio, asunto Pechiney, (DOCE L 121, de 11.5.1988, p. 57); Decisión de 3 de mayo de 1989, relativa a la ayuda que el Gobierno español ha concedido o se propone conceder a Enasa (DOCE L 367, de 16.12.89, p. 62); Decisión de 2 de mayo de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno griego a una empresa de cementos (Halkis Cement Company) (DOCE L 73, de 20.3.1991, p. 27); Decisión de 24 de julio de 1991, relativa a las ayudas que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE L 300, de 31.10.1991, p. 48); Decisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus (DOCE L 54, de 25.2.1994, p. 30); Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que España tiene previsto conceder a la empresa pública siderúrgica Corporación de la Siderurgia Integral (CSI) (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 58); Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la compensación del déficit registrado por TAP en las rutas hacia las regiones autónomas de Azores y Madeira (DOCE L 260, de 8.10.1994, p. 27); Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital, garantías de crédito y exacciones fiscales existentes en favor de TAP (DOCE L 279, de 28.10.1994, p. 29); Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital

tivas a las empresas españolas en las que la aportación se efectuaba por la Dirección General de Patrimonio del Estado (casos *Hytasa*, *Imepiel* e *Intelhorce*⁹⁶). La Comisión destacó que Patrimonio del Estado formaba parte integrante del Estado español, en el que tenía rango de dirección general dependiente del Ministerio de Economía, por lo que sus necesidades financieras estaban completamente cubiertas por el Estado, en forma de asignaciones presupuestarias. De ahí se dedujo que deducía que sus recursos financieros debían considerarse recursos estatales y que, por lo tanto, las aportaciones de capital constituían intervenciones públicas⁹⁷.

En el caso del *Banco di Napoli*⁹⁸, la Comisión calificó como ayuda estatal las medidas de saneamiento, de reestructuración y de privatiza-

notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73); Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994., p. 22); Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a una ayuda estatal concedida a la Compañía Española de Tubos por Extrusión, S.A. situada en Llodio (Álava) (DOCE L 8, de 11.1.1997, p. 14); Decisión de 30 de julio de 1997, por la que se aprueban condicionalmente las ayudas concedidas por Francia al grupo Gan (DOCE L 78, de 16.3.1998, p. 1); Decisión de 16 de mayo de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por España a la empresa Asociación General Agraria Mallorquina SA (AGAMA SA) (DOCE L 267, de 20.10.2000, p. 53). Decisión de 16 de mayo de 2000, relativa a un régimen de ayudas aplicado por Italia en beneficio de las grandes empresas en crisis (DOCE L 79 de 17.3.2001, p. 29).

⁹⁶ Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Hilaturas y Tejidos Andaluces, S.A. denominada actualmente Mediterráneo Técnica Textil, S.A. y a su comprador (DOCE L 171, de 26.6.1992, p. 54); Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce, S.A. (antes Industrias Textiles de Guadalhorce, S.A.), denominada actualmente GTE General Textil de España, S.A., fabricante de propiedad estatal de tejidos de algodón (DOCE L 176, 30.6.1992, p. 57); Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Industrias Mediterráneas de la Piel S.A. (Imepiel) (DOCE L 172, de 27.6.1992, p. 76).

⁹⁷ Cfr. también la Decisión de 4 de noviembre de 1992, referente a las ayudas concedidas por el Gobierno español a la empresa Merco (I) (DOCE L 55, de 6.3.1993, p. 54).

⁹⁸ Decisión de 29 de julio de 1998, relativa a la aprobación condicional de la ayuda concedida por el Gobierno italiano al Banco di Napoli (DOCE L 116, de 4.5.1999, p. 36). Vid. también la comunicación por la que se incoó el procedimiento de investigación formal (DOCE C, 328, de 1.11.96, p. 23), así como nuestro breve comentario al mismo en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades de crédito...», op. cit., pp. 118 y 119. El Banco di Napoli fue creado como entidad crediticia de derecho público. A raíz de la Ley n.º 218, de 30 de julio de 1990 (en lo sucesivo, *Ley Amato*), y de sus correspondientes decretos de aplicación, el Banco sufrió una reforma mediante la separación de la actividad bancaria, conferida a una sociedad anónima desgajada del ente público preexistente, de la orien-

ción del Banco y, en particular, la ampliación del capital efectuada por el Tesoro por valor de 2 billones de liras italianas⁹⁹. La Comisión aprobó, sin embargo, dichas medidas considerándolas compatibles con el Mercado Común y con el Acuerdo EEE en virtud de lo dispuesto en la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE y de la letra c del apartado 3 del artículo 61 del Acuerdo EEE.

En numerosas ocasiones, la aportación estatal se efectúa a través de la oportuna dotación presupuestaria al ente o a la sociedad pública que encabeza el grupo empresarial, quien a su vez lleva a cabo las correspondientes operaciones de capital dentro o fuera del propio grupo¹⁰⁰.

Muy abundantes son también las decisiones adoptadas por la Comisión, respecto de las ayudas otorgadas mediante participaciones efectuadas por administraciones infraestatales, si bien sólo las de mayor importancia económica suelen tener repercusión comunitaria. Así, la aportación controvertida en el asunto *Inter Mills*¹⁰¹ procedía de la región de Valonia, mientras que en el asunto *Sidal*, la suscripción de capital procedía de las autoridades regionales flamencas¹⁰². Por su parte, en el

tada a fines sociales, confiada a un ente beneficiario (una «*fondazione*») que poseía el capital de la sociedad bancaria. Antes de la medida de ayuda en cuestión, la *fondazione* controlaba el 48,1% del capital social del Banco di Napoli SpA y el 71,2% de los derechos de voto. El Tesoro poseía el 9,1% del capital social, lo que correspondía al 13,5% de los derechos de voto. Otros accionistas controlaban el 10,3% del capital social, lo que equivalía al 15,3% de los derechos de voto. El capital restante (32,4%), sin derecho de voto, estaba representado por acciones de ahorro cotizadas en bolsa.

⁹⁹ El plan diseñado para la recuperación de la entidad preveía además, desgravaciones fiscales y el recurso a los anticipos del Banco de Italia en virtud del Decreto ministerial de 27 de septiembre de 1974, a fin de absorber las pérdidas de la Società per la Gestione di Attività SpA, con un límite máximo potencial de 14,395 billones de liras italianas; medidas que también fueron consideradas ayudas estatales por la Comisión.

¹⁰⁰ A título de ejemplo, vid. la Decisión de 24 de mayo de 1989, sobre la ayuda concedida por el Gobierno italiano a Alumina y Comsal, dos empresas públicas de la industria del aluminio (Grupo EFIM) (DOCE L 118, de 9.5.1990, p. 42).

¹⁰¹ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papelerero (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

¹⁰² Cfr. XVI 1986 apartado 230. Otros ejemplos serían: Región Friuli-Venecia Julia (Italia): asunto Zanussi (XVI IPC 1986, apartado 234 a 235); instancias regionales belgas: Decisión de 10 de julio de 1986, relativa a una ayuda concedida por el Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria y de vajilla (DOCE L 223, de 8.9.1986, p. 30) y Decisión de 11 de marzo de 1987, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria situado en La Louvière (asunto Noviboch) (DOCE L,

caso de las aportaciones de capital a la Società Termi di Castrocaro, SpA, la Comisión consideró que no existía ayuda estatal en la aportación de capital que sus accionistas públicos (Comune di Castrocaro y la Regione Emilia Romagna) efectuaron junto con su adquirente privado¹⁰³.

4.2. Las aportaciones de capital indirectamente estatales

Al lado de las aportaciones directas son cada vez más frecuentes los supuestos en los que las aportaciones se realizan de manera indirecta a través de un pluralidad de instrumentos¹⁰⁴. La gran división debe establecerse entre aquellos entes que pertenecen al aparato de la Administración o están adscritas al mismo por relaciones de Derecho público (entes, agencias¹⁰⁵, organismos autónomos...) ¹⁰⁶ y aquellos otros cuya vinculación al poder público se fundamenta en el Derecho privado.

228, de 15.8.1987, p. 39); länd del Sarre: asunto Dillinger Hütte Saarstahl Beteiligungs AG, XIX IPC 1989, apartado 154; región valona: asunto Donnay (artículos deportivos), XX IPC 1990, apartado 279; región de Flandes (Bélgica): Decisión de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por la región flamenca de Bélgica al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, 20.1.1996, p. 31).

¹⁰³ Aiuti di Stato n° N 233/2000-Italia, Aumento di capitale per la società Termi di Castrocaro, SpA SG (2000) D/105285, de 17.8.2000. Esta decisión se puede consultar en la dirección http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n233-00.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹⁰⁴ Estas instrumentalizaciones se suelen denominar de manera genérica con el término *entes*. Acerca de esta figura y de su evolución, puede compararse ARENA, A.: «Contribución a la sistemática jurídica de los entes públicos que ejercen una actividad económica» en VARIOS: *La empresa pública*, op. cit., vol. I, pp. 117 a 134, con otros estudios más recientes como GARRIDO FALLA, F.: «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», en REDA, n° 79, julio-septiembre, 1993, pp. 389 a 399 o las diversas colaboraciones contenidas en VARIOS: *Administración instrumental...*, op. cit., tomos I y II). No puede separarse la aparición de estas figuras de un fenómeno de mayor amplitud, que se conoce con la expresiva denominación de «huida del Derecho administrativo». Sobre esta cuestión, vid., entre otros muchos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Reflexiones sobre la huida del Derecho administrativo», en RAP, n° 140, mayo-agosto, 1996, pp. 25 a 67.

¹⁰⁵ Sobre la labor desempeñada en particular por las agencias de desarrollo, vid. UREÑA GUTIÉRREZ, B.: «El papel de las agencias de desarrollo regional en el ámbito de la Unión Europea y España. Propuestas para Castilla y León», en REE, n° 13, mayo-agosto, 1996, pp. 101 a 112.

¹⁰⁶ Véase en relación con España el texto de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (BOE, n° 233 de 29.9.1997).

La práctica comunitaria muestra ya numerosos casos en los que la aportación no se efectúa directamente por el Estado-Administración sino *a través* de sociedades o de organismos públicos o privados que realizan la suscripción de títulos (de capital o cuasi-capital), o conceden créditos cuyo rendimiento está sometido en todo o en parte al riesgo de la actividad empresarial (préstamos participativos o subordinados). Siguiendo el esquema general que hemos trazado al abordar esta cuestión desde una perspectiva general, es preciso partir de la distinción básica entre organismos o entidades que han sido creadas específicamente para la gestión de regímenes de ayudas, deteniéndonos particularmente en las sociedades de reconversión industrial, y aquellos otros destinados en principio a realizar una actividad comercial o industrial, cualquiera que sea su denominación y estatuto jurídico¹⁰⁷.

4.2.1. Entidades especializadas en la gestión de ayudas

Constituye un fenómeno de gran actualidad la proliferación de entidades constituidas por la diferentes administraciones públicas, con formas jurídicas diversas, destinadas a estimular el desarrollo económico desde una perspectiva nacional o regional¹⁰⁸, el sostenimiento de determinados sectores estratégicos o ambas finalidades conjuntamente¹⁰⁹, así como a impulsar procesos de reconversión o de reestructuración de empresas o de sectores en crisis. A ello se refiere expresamente la propia Comisión en su Comunicación de 1984, cuando menciona los «...organismos financieros, con vocación nacional, regional o sectorial...».

¹⁰⁷ Uno de los problemas principales que plantea esta cuestión, como el de la empresa pública en general, es la existencia en los Estados miembros de una amplia diversidad de figuras con estatuto jurídico diferente.

¹⁰⁸ En nuestra doctrina LAGUNA DE PAZ (*Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Montecorvo, Madrid, 1991) ha acuñado para su estudio el término de *empresas públicas de promoción económica regional*. Este autor hace un completo análisis de la actuación de estas entidades en España desde su introducción en nuestro Derecho con motivo del III plan de desarrollo, de finales de los años 60.

¹⁰⁹ Un ejemplo reciente en nuestro país es el *Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón y Desarrollo Alternativo de las Comarcas Mineras*, creado por el artículo 78 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Estas entidades de creación y financiación pública¹¹⁰ suelen incluir entre sus técnicas de apoyo o fomento¹¹¹, medidas destinadas a fortalecer los recursos propios de las empresas, con técnicas como la toma de participaciones en el capital, aunque, por lo general, con carácter temporal y limitado porcentaje¹¹². Asimismo, pueden tener formas y estatutos jurídicos diferentes, sometidos al Derecho público o privado¹¹³. En este sentido, en el caso *Riedel de Häen AG*, la Comisión decidió incoar una investigación formal¹¹⁴ en relación con una posible ayuda otorgada por una fundación alemana de derecho civil, cuyo objetivo fundacional, establecido por ley federal, era conceder subvenciones a proyectos medioambientales, en la medida en que sus fondos procedían de la privatización de una antigua empresa pública¹¹⁵.

La Comisión tuvo ocasión de examinar la actividad de estas entidades y, con ello, afrontar, por vez primera, el delicado y controvertido tema de las participaciones públicas en el capital de las empresas desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas de Estado en el

¹¹⁰ En la práctica suelen participar, además de las propias administraciones territoriales, otras entidades como las cajas de ahorros.

¹¹¹ Estas entidades asumen la realización de actividades de promoción económica o de *fomento*, con arreglo a su sentido tradicional, que a menudo incluyen en su propia denominación, siendo las ayudas públicas uno de sus instrumentos más habituales (por ejemplo, Instituto Galego de Promoción Económica o el Instituto de Fomento de Andalucía). Acerca de esta cuestión, vid. por todos, CASTELLS ARTECHE, J. M.: «Fomento», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Aranzadi*, vol. 4, Madrid, 1995, pp. 3130 a 3131.

¹¹² La participación de las *empresas públicas de promoción económica regional* en el capital social de las empresas suele someterse a ciertos condicionantes, como la fijación de porcentajes mínimos de participación (en torno al 5%) o la exigencia de que la participación sea en todo caso minoritaria (por debajo del 50%), salvo circunstancias excepcionales. A ello hay que añadir que un buen número de estas entidades exigen que la intervención, también salvo circunstancias excepcionales, no exceda de un determinado porcentaje sobre los recursos propios de la empresa. En este sentido, vid. LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Las empresas...*, op. cit., pp. 393 y ss.

¹¹³ Sobre esta cuestión, vid. GARRIDO FALLA, F. «Un tema de...», op. cit., pp. 389 a 399, y VILLAR PALASÍ, J. L.: «Tipología...», op. cit., pp. 151 y ss.

¹¹⁴ Asunto C-63/97, ex NN 104/97 (DOCE C 385, de 19.12.1997, p. 9). Cfr. XXVII IPC 1997. SEC (97) 636 final, apartado 226.

¹¹⁵ Además, el Gobierno federal nombraba a la totalidad de los miembros del consejo de administración y la fundación estaba sujeta a la verificación del Tribunal de Cuentas alemán. Por ello, la Comisión consideró a la fundación como un organismo estatal y a sus fondos como fondos públicos.

II IPC 1972¹¹⁶, a propósito de la Ley italiana n° 184, de 22 de marzo de 1971, que regulaba la intervención gubernamental para colaborar en los procesos de reconversión y de reestructuración de determinadas empresas industriales. Con ocasión de este expediente, la Comisión tuvo la oportunidad de definir, con carácter general, su posición acerca de la actividad de determinadas agencias financieras creadas y financiadas por los Estados miembros, cuya misión principal era la de adquirir temporales participaciones de capital en empresas que afrontaban diversos problemas¹¹⁷.

Como destaca Hermitte¹¹⁸, tanto la constitución de estas sociedades de inversión, como cada una de sus intervenciones deben ser notificadas a la Comisión, puesto que su constitución equivale a la creación de un régimen de ayudas, regionales o sectoriales, según el caso¹¹⁹. Del mismo modo, los Estados deben notificar los diferentes regímenes que prevén su intervención en capital, tanto respecto de empresas existentes o de nueva creación como de empresas sanas o en dificultades.

Pues bien, en relación con estas entidades y según destaca Dony¹²⁰, la Comisión ha mantenido tradicionalmente una posición extensiva del concepto de ayuda de Estado. La Comisión considera que actúan como *mandatarios o instrumentalizaciones de los poderes públicos*, planteando, sin embargo, que cuando actuaran por cuenta propia y no recibiendo instrucciones o consignas de aquéllos, su actividad quedaría fuera del

¹¹⁶ Apartados 122 y ss. Sobre esta misma cuestión, vid. *infra* capítulo primero, apartado 5.1.

¹¹⁷ El estudio de estas medidas permitió a la Comisión analizar la actividad de entidades públicas como el Instituto Mobiliare Italiano (IMI) y Gestione e Partecipazioni Industriali (GEPI), en Italia, que habían sido creadas con los grupos públicos IRI, ENI, EMI, EFIM o la región de Friulia, el Institut de Développement Industrielle (IDI), en Francia o la Société Nationale d'investissement (SNI), de Bélgica.

¹¹⁸ HERMITTE, M. A.: «Aides des Etats...», op. cit., pp. 2 y 3.

¹¹⁹ Cfr. Decisión de 22 de octubre de 1986, relativa a las ayudas de los poderes públicos de Bélgica en favor de una industria de equipos para la fabricación de cerveza, asunto Meura II (DOCE L 20, de 22.1.1987, p. 30). Con ocasión del examen de esta sociedad de financiación belga, la Comisión señaló que era en el acto de constitución de la sociedad cuando era necesario respetar las condiciones previstas para obtener una derogación, entre otras, la subordinación de la ayuda a una inversión inicial, a la creación de empleo, etc.

¹²⁰ DONY, M.: «Les aides aux entreprises et le droit communautaire de la concurrence» en *CH du CRISP*, n° 1316, 1991, pp. 13 a 20, en particular pp. 18 a 20.

campo de aplicación de la regulación comunitaria sobre las ayudas de Estado¹²¹.

La práctica comunitaria muestra numerosos ejemplos de la utilización de estas entidades. Así, la toma de capital que se examina en el asunto *Beaulieu I (Fabelta)*¹²², por parte de las autoridades belgas, se lleva a cabo por Socobesom, filial del Nationale Investeringsmaatschappij (NIM); y en la segunda de las decisiones relativas a la empresa de cerámica Boch¹²³, en la que la Comisión apreció una ayuda estatal ilegal e incompatible, la aportación de capital había sido efectuada en dicha compañía por la Societé Régionale d'Investissement de Wallonie (SRIW)¹²⁴.

Por su parte, en el asunto *Meura II*¹²⁵, la aportación de capital controvertida procedía de Technibra, que era una sociedad pública de financiación, o en el asunto *Boussac Saint Frères*¹²⁶, la Comisión examinó, entre otras modalidades de ayuda estatal, la participación de 100,1 millones FF en el capital de esta empresa, fabricante de productos textiles, de la confección y derivados del papel, por parte del Institut de Développement Industriel (IDI), que posteriormente la cedió

¹²¹ Sólo tenemos constancia de una ocasión en la que se había cuestionado la efectiva presencia de ayudas de Estado, en una toma de participación efectuada por cuenta propia de la misma. *Cfr.* XVIII IPC 1988, apartados 212 y 213.

¹²² Decisión de 30 de noviembre de 1983, relativa a una ayuda el Gobierno belga en favor de un fabricante de fibras sintéticas (DOCE L 62, de 3.3.1984, p. 18).

¹²³ Decisión de 24 de octubre de 1984, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria y de vajilla (DOCE L 59, de 27.2.1985, p. 21).

¹²⁴ Esta misma sociedad intervino en el expediente resuelto por la Decisión de 17 de abril de 1984, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de una empresa productora de instalaciones para la industria alimentaria situada en Tournai (asunto *Meura I*) (DOCE L 276, de 19.10.1984, p. 34), en la que se analizaba la toma de participación de 145 mlls FB por un holding público de carácter regional (SRIW, Societé Régionale d'Investissement de Wallonie) y una subvención de intereses del 5% sobre un préstamo de 19,6 mlls FB.

¹²⁵ Decisión de 22 de octubre de 1986, relativa a las ayudas de los poderes públicos de Bélgica en favor de una industria de equipos para la fabricación de cerveza (DOCE L 20, de 22.1.1987, p. 30) y XVI 1986, apartado 228).

¹²⁶ Decisión de 15 de julio de 1987, sobre ayudas concedidas por el Gobierno francés a la empresa Boussac Saint Frères, fabricante de productos textiles, de la confección y derivados de papel (DOCE L 352, de 15.12.1987, p. 42).

a su filial Société de Participation et de Restructuration Industrielle (SOPARI)¹²⁷.

De especial interés resulta el análisis del expediente abierto a Grecia a propósito de la Organización para la Reconstrucción de Empresas, S.A. (ORE)¹²⁸, entidad creada por la Ley 1386/1983¹²⁹, y que estaba destinada a la reestructuración y a la refluotación de empresas en crisis. La ORE asumía la administración de dichas empresas y procedía a su reestructuración financiera a través de aportaciones de capital, de préstamos y de capitalización de deudas. La Comisión decidió autorizar este régimen al amparo del segundo inciso de la letra b del apartado 2 del artículo 92 Tratado CE (hoy 87 artículo CE)¹³⁰, sometiéndolo, no obstante, a severas condiciones¹³¹.

Como ejemplos de intervenciones de carácter sectorial y dimensión regional podemos citar las efectuadas por la Société Wallonne pour la Sidérurgie de Bélgica, a propósito, entre otras de las decisiones relativas a Forges de Clabecq¹³² y su sucesora Duferco Clabecq¹³³, en las que la Comisión no detectó elementos de ayuda estatal o, la posterior efectuada por la sucesora de aquella, la SOGEPA, sociedad hóliding financiera de la región valona en Duferco Belgium, S.A., en la que la Comisión llegó a idéntica conclusión¹³⁴.

¹²⁷ En la propia decisión se destaca que el IDI poseía el 99,4% de *Sopari*.

¹²⁸ A pesar de que formalmente se constituyó como SA para su inclusión, en el esquema de la exposición hemos atendido a su carácter de órgano específico para conceder ayudas más que a su carácter societario.

¹²⁹ Decisión de 7 de octubre de 1987 sobre la Ley 1386/1983, en virtud de la cual el Gobierno griego concede diversas ayudas a la industria del país (DOCE L 76, de 22.3.1988, p. 18).

¹³⁰ Ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro. Acerca de esta excepción, vid. *infra* capítulo séptimo, apartado 3.3.

¹³¹ Al amparo de este régimen se llevaron a cabo numerosas intervenciones en empresas. El XVIII IPC 1988 (apartado 217) señala 8 empresas que habían sido anteriormente absorbidas por la BRO a tenor de la Ley n° 1386/1983: Michailidis (fibras sintéticas), Purnara y Velka (textiles), Athens Paper Mills, Tessaly Paper Mills, Macedonian Paper Mills (papeleras), EPAS (empresa de procesos de madera) y el fabricante de artículos domésticos Elinda.

¹³² Decisión de 19 de diciembre de 1996 (DOCE L 106, de 24.4.1997, p. 30).

¹³³ DOCE C 20, de 22.1.1998, p. 3.

¹³⁴ Decisión comunicada de 25 de julio de 2001. Aide d'Etat n° NN 121/2000. Bel-

Por lo que se refiere a España, la Comisión investigó en 1995 las actividades del Instituto de Fomento de Andalucía (IFA)¹³⁵, exigiendo a las autoridades españolas, de acuerdo con su Comunicación de 1984, que informasen por adelantado de cualquier adquisición realizada por dicho organismo. Con posterioridad y, en el marco de la decisión recaída en el asunto *Hijos de Andrés Molina SA (HAMSA)*¹³⁶, la Comisión volvió de nuevo sobre sus actividades¹³⁷. En este expediente se analizó la actuación de dicho organismo en la crisis de la empresa, cuya propiedad había adquirido el IFA a través de una de sus sociedades¹³⁸.

4.2.2. *Las sociedades de reconversión industrial*

Un supuesto de especial interés es el de las entidades de reconversión industrial¹³⁹. Estas sociedades se crean ante la necesidad de acometer la recuperación económica, como consecuencia de los procesos de reestructuración de grandes empresas, que ocupan gran parte de la mano de obra de regiones o de áreas determinadas, cuya desaparición o reducción de actividad en el marco de sus procesos de reconversión hace necesaria la adopción de medidas destinadas a crear empleo alternativo.

gique. Participation financière de la Région wallonne dans l'entreprise Duferco Belgium, S.A.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn121-00.pdf

¹³⁵ Cfr. XXV IPC 1995, apartados 159 a 162.

¹³⁶ Decisión de 3 de febrero de 1999, relativa a las ayudas estatales concedidas por el Gobierno español a la empresa Hijos de Andrés Molina SA (HAMSA) (DOCE L 193, de 26.07.1999, p. 1).

¹³⁷ Vid también sobre este asunto XXVIII IPC 1998, pp. 258 y 259. En dicho informe se analiza también la actividad del Instituto Poligrafico e Zecca dello Stato y las empresas bajo su control (pp. 267 y 268).

¹³⁸ La empresa pública Sociedad para la Promoción y Reconversión de Andalucía SA, (SOPREA). En este expediente la Comisión declaró ilegales e incompatibles las ayudas de que se había beneficiado la empresa, consistentes en avales, préstamos y condonación de deudas por parte de las distintas administraciones públicas españolas. Parte de los préstamos del IFA se habían capitalizado en el marco de una operación acordeón llevada a cabo para reducir la deuda financiera de la empresa.

¹³⁹ Para una visión general de los procesos de reconversión industrial, vid. MALARET GARCÍA, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991.

Las actividades llevadas a cabo por estas entidades para cumplir su objetivo fundacional pueden constituir potenciales ayudas de Estado y, en consecuencia, reclamar la intervención de las instituciones comunitarias. Así, la Comisión aprobó condicionalmente tras varios años de negociaciones la creación por Italia del Fondo para la Reestructuración y la Reconversión Industrial¹⁴⁰. En 1987, la Comisión también aprobó como ayudas regionales las medidas contenidas en la Ley belga de saneamiento (*Redressement*), de 31 de julio de 1984, para la reconversión industrial en las regiones en declive¹⁴¹. Entre las medidas que preveía esta ley se encontraba la posibilidad de efectuar tomas de participación por las sociedades públicas de inversión sobre la base de contratos de reconversión, así como la exoneración durante diez años del impuesto sobre sociedades, en cuanto a los beneficios que no excedieran del 13% del capital.

El caso más interesante es quizás el de las actividades de reconversión llevadas a cabo por los grandes grupos industriales públicos franceses fuera de la siderurgia, las explotaciones hulleras y la Compañía General Marítima, que fueron objeto de la Decisión de la Comisión de 27 de noviembre de 1991¹⁴². En esta Decisión se hace un repaso exhaustivo de la anterior práctica comunitaria sobre la actividad de estas

¹⁴⁰ Ley n° 675, de 12 de agosto de 1977 (*XIII IPC 1983*, apartado 231). También puede citarse el caso del *proyecto de ley n° 101, de la Provincia Autónoma de Trento*, que analiza el *XII IPC 1982*, apartado 209, que es citado por PAPPALARDO («Government Equity Participation...», op. cit., p. 321) como el primer ejemplo de aplicación del principio del inversor privado. En efecto, en marzo de 1982 se cerraba el procedimiento incoado en 1981 para la aprobación de este proyecto de Ley (Cfr. DOCE C 188, de 29.7.1981, p. 3 y apartado 238 del *XI IPC 1981*). Como informa la Comisión (*XII IPC 1982*, apartado 209), el procedimiento se archivó finalmente al satisfacerse los requisitos requeridos por la Comisión a propósito de las disposiciones relativas a las intervenciones en favor de la reestructuración y de la reconversión industrial (Bol. CE 7/8-1981 y 3-1982, pp. 32, 33 y 36).

¹⁴¹ Decisión comunicada el 4 de agosto de 1987. Ley belga de saneamiento de 31 de julio de 1984 (reconversión industrial en las regiones en declive), citada por RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 146.

¹⁴² Decisión de 27 de noviembre de 1991, sobre actividades de reconversión de grupos industriales públicos franceses fuera de la siderurgia, las explotaciones hulleras y la Compañía General Marítima (DOCE L 138, de 21.5.1992, p. 24). La Comisión había examinado con anterioridad las actividades de reconversión de los grupos públicos franceses, de los sectores siderúrgico y hullero y de la propia Compañía General Marítima en diversas decisiones que no fueron publicadas.

entidades, que cobra especial valor porque las decisiones que comenta no habían sido publicadas en el DOCE.

La Comisión hace referencia, en primer lugar, a una decisión de 17 de febrero de 1988¹⁴³, en la que consideró que los préstamos, que incluían eventualmente renuncias a títulos de crédito de una serie de sociedades de reconversión¹⁴⁴, filiales de los grupos Usinor y Sacilor, contenían elementos de ayuda con arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado (hoy artículo 87 CE).

Alude igualmente, en segundo término, a una decisión posterior de 31 de mayo de 1989¹⁴⁵, en la que concluyó igualmente que los préstamos y las prestaciones de servicios y de asesoría concedidos por las sociedades Sofirem y Finorpa, filiales de reconversión del grupo Charbonnages de France¹⁴⁶, contenían elementos de ayuda estatal y que, en particular, las intervenciones en fondos propios o cuasi-fondos propios por parte de estas sociedades podían encubrir, en algunos casos concretos, un elemento de ayuda estatal, por lo que exigió informes semestrales sobre su actuación.

Finalmente, la Comisión cita, en tercer lugar, un antecedente inmediato del asunto examinado, exponiendo cuál había sido su postura en relación con Sofirem y Finorma, a propósito de las actividades de Atlantique Développement, filial de reconversión de la propia Compagnie Générale Maritime¹⁴⁷.

De una manera más general, la decisión recoge conjuntamente los argumentos que habían conducido a considerar que la actuación de

¹⁴³ No publicada en el DOCE y comunicada a las autoridades francesas mediante carta de 25 de febrero de 1988.

¹⁴⁴ Sodinor, Solodev, Sodilor, Socadev, Somidev, Sodicentre, Sodicar y Sorid.

¹⁴⁵ No publicada en el DOCE y comunicada a las autoridades francesas mediante carta de 15 de junio de 1989.

¹⁴⁶ En relación con SOFIREM, la Comisión autorizó al amparo de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE la ampliación de su ámbito de intervención a la zona de Castres-Mazamet y al cantón de Graulhet, en el departamento de Tam (Aides d'Etat n° N 286/2000-France, SG(2000) D/ 107233, de 3.10.2000). Esta decisión puede consultarse en http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n286-00.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹⁴⁷ Decisión de 14 de julio de 1989, comunicada por carta a las autoridades francesas el 16 de junio de 1989.

estas sociedades podía contener elementos de ayuda. Por una parte, las actividades de estas sociedades de reconversión no se atenían al procedimiento seguido por las instituciones financieras clásicas¹⁴⁸. Por otro lado, estas entidades se financiaban básicamente gracias a los recursos que el Estado les concedía y que se consignaban en la ley de presupuestos¹⁴⁹. Y por último, estas sociedades estaban controladas por el Estado, puesto que el consejo de administración, que era quien definía sus orientaciones, se componía de representantes de las sociedades matrices públicas, del propio Estado y, a veces, de entidades locales.

Para la Comisión estos tres datos eran suficientes para considerar que las actividades de estas sociedades constituían ayudas de Estado, o al menos que contenían elementos de ayudas de Estado, con arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE (hoy artículo 87 CE), ya que «(e)n realidad, se trata de sociedades cuyas actividades relacionadas con las empresas asistidas no corresponden al comportamiento de un empresario privado y que, a través de recursos estatales, subvencionan empresas según las normas que definen unos órganos controlados por el Estado»¹⁵⁰. Sin embargo, finalmente la Comisión llegó a la conclusión de que las actividades de reconversión llevadas a cabo por estas

¹⁴⁸ La Comisión destaca que los préstamos se conceden a unos tipos inferiores a los que las empresas beneficiarias obtendrían de bancos comerciales; a menudo, no llevan aparejada ninguna garantía, contrariamente a lo acostumbrado y, algunas veces, se aplican cláusulas de renuncia a títulos de crédito. Además, las prestaciones de servicios y de asesoría se realizan gratuitamente o a un precio inferior al precio de coste, lo que no corresponde a un procedimiento de mercado normal. De ello se deduce que la actividad de estas sociedades consiste en subvencionar empresas.

¹⁴⁹ La Comisión destaca al respecto de manera singularmente expresiva que «(a) veces, estos recursos transitan a través de sus sociedades matrices, pero en este caso las sociedades matrices los remiten a las sociedades de reconversión».

¹⁵⁰ Para la Comisión «(e)sta apreciación ha sido confirmada por la posterior evolución de estas sociedades. Su actividad, en un principio limitada a operaciones de reconversión relacionadas con la reducción de actividad de sus casas matrices, se ha ampliado, a instancias de los poderes públicos, a otras operaciones de reconversión. Es así como Sofirem, sociedad de reconversión de Charbonnages de France, interviene en operaciones de reconversión de diversas industrias no hulleras en las cuencas de Moulins, Montluçon, Issoire y Brioude y para paliar los efectos de las pérdidas de empleo previstas en las aduanas, los ferrocarriles y sus actividades conexas en Modane. Asimismo, Sodinor, sociedad de reconversión de Sacilor, interviene en la vertiente noreste de la metrópolis de Lille, debido a la reestructuración del sector textil».

sociedades eran compatible con el mercado común, por lo que decidió autorizarlas como ayudas regionales¹⁵¹.

Tras detenerse de manera prolija en estos antecedentes, la Comisión abordó en su Decisión de 1991 el análisis de las actividades concretas de reconversión llevadas a cabo hasta el año 1990 inclusive por los siguientes grupos públicos franceses y por sus respectivas sociedades de reconversión: Électricité de France (Délégation aux Implantations Industrielles y Safidi); Elf Aquitaine (BDE y Sofrea); Thomson (Geris); Péchiney (Sofipe); Rhône-Poulenc (Sopran); y Entreprise Minière et Chimique (Sodiv). La Comisión declara que estas sociedades de reconversión son «filiales (o servicios) de grandes grupos industriales, que operan mediante la concesión de diversas ayudas (subvenciones, préstamos bonificados, tomas de participación, otras intervenciones en fondos propios o cuasi-propios...) en zonas geográficas delimitadas, para paliar los efectos de la reestructuración de los grupos industriales de que dependen», y advierte que sus operaciones no se limitaban a ninguna categoría de empresas, aunque iban prioritariamente dirigidas a las PYMES.

Las autoridades francesas rechazaron la calificación de ayudas estatales. En su opinión, los grupos industriales privados, tanto en Francia como en el extranjero, ejercían actividades comparables; y los grupos industriales públicos de los que dependían sólo asumían las responsabilidades correspondientes a su función de empresario local importante, preocupado por la supervivencia de una parte del tejido económico, pero sin relación financiera directa con los poderes públicos.

Consiguientemente, se incoó un procedimiento en el que se examinaron las alegaciones de las autoridades francesas y la nueva documentación suministrada, así como las alegaciones de terceros interesados¹⁵². En el marco de esta investigación formal, la Comisión comparó

¹⁵¹ La Comisión llegó a la conclusión de que era «evidente que estas sociedades de reconversión han perdido su carácter original y son cada vez más una ramificación del Estado, al igual que las agencias de desarrollo clásicas».

¹⁵² La Comisión se mostró escéptica ante las alegaciones formuladas en la fase previa por las autoridades francesas, considerando que sus argumentos no podían demostrarse al no haberse presentado ningún dato preciso ni cifra alguna que pudiera acreditar que los grupos industriales públicos operaban en este ámbito como grupos industriales privados. Además, la Comisión entendía que los recursos de las sociedades de reconversión podían

la actividad de estas sociedades de reconversión con las realizadas por los grupos industriales privados, el origen de sus recursos, y el grado de control ejercido sobre las mismas por el Estado.

La Comisión comprobó que estos grupos desempeñan sistemáticamente actividades de reconversión para paliar los efectos de su reestructuración, cuya finalidad «tanto para los grupos privados como para los grupos públicos» era doble: crear empleos alternativos a los perdidos por el grupo y paliar en la región los efectos desfavorables derivados de la disminución de actividad de los grupos implicados.

En relación con este segundo objetivo, la decisión trató de determinar si esta actividad, que podría equipararse a una función de interés general, sólo se presentaba en los grupos públicos, llegando a la conclusión de que efectivamente se daba, tanto en unos como en otros, incluso cuando no se producían pérdidas de empleo en el propio grupo que impulsaba la reconversión, comprobándose que tampoco existían diferencias notables ni en los recursos que los grupos privados y los públicos destinan a la reconversión¹⁵³ ni en sus modalidades de intervención.

La Comisión consideró acreditado que las actividades de reconversión de los grupos industriales públicos no se realizaban a iniciativa del Estado, ya que no aparecían en los *contratos de plan* que vinculaban a los grupos públicos y al Estado francés en materia de recursos y objeti-

considerarse como recursos públicos. Por último, la Comisión tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en sus sentencias de 6 de julio de 1982 (punto 21) y de 30 de enero de 1985, conforme a la cual «no hay por qué distinguir entre los casos en que la ayuda es concedida directamente por el Estado y en los que la ayuda es concedida por organismos públicos o privados que el Estado crea o designa para administrar la ayuda».

¹⁵³ Para efectuar dicha comparación, la Comisión consideró independientemente dos indicadores: a) los importes entregados por el grupo, y b) el equivalente de subvención de estos importes. El primer indicador tiene en cuenta todos los importes entregados por los grupos cualquiera que sea su forma y expresa la importancia de los recursos de tesorería que los grupos dedicaron a la reconversión. El segundo indicador representa el equivalente de subvención de estos importes y trata de reflejar principalmente el equivalente de subvención de los préstamos. Este equivalente de subvención se calculó según las normas de actualización usuales en la materia y refleja el coste de reconversión para los grupos. Cada uno de estos indicadores se relacionó con el número de puestos de trabajo que el grupo eliminó o que había previsto eliminar en las instalaciones de reconversión. Estos cálculos se efectuaron para el conjunto de los tres últimos ejercicios conocidos (1988, 1989 y 1990).

vos. Además, salvo el caso de la sociedad de reconversión de Elf Aquitaine (Sofrea)¹⁵⁴, la estructura jurídica de estas sociedades no parecía estar controlada por el Estado, ya que ningún representante del Estado ocupaba un puesto en los consejos de administración ni existía ningún inspector estatal o comisario del gobierno destinado en las mismas, por lo que, en principio, el funcionamiento de esas sociedades permanecía al margen de cualquier influencia del poder público.

De acuerdo con lo anterior, la Comisión pudo llegar finalmente a la conclusión de que la actividad de reconversión de grupos industriales públicos fuera de la siderurgia, las explotaciones hulleras y la Compañía General Marítima, no constituía una ayuda con arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE y que los grupos públicos habían tratado en este caso, al igual que lo hacían los grupos privados, de obtener de las operaciones de reconversión un cierto número de ventajas tales como obtener un «beneficio material indirecto» y «mantener la imagen de marca del grupo», así como «reorientar sus actividades», objetivos que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia¹⁵⁵ consideró legítimos y no constitutivos de ayudas de Estado.

Ahora bien, la Comisión, sin embargo, no excluyó que dichas actividades puedan incluir en el futuro elementos que representen ayudas, por lo que recordó que los proyectos de intervenciones de las sociedades de reconversión deberían obligatoriamente ser objeto de una notificación previa e impuso a las autoridades ciertas obligaciones complementarias¹⁵⁶.

4.2.3. *Las sociedades y holdings públicos*

Los intentos por asimilar el sector público a los grupos privados con los que compiten ha llevado en la práctica a que éste haya tendido a adoptar de manera progresiva tanto las estructuras como las formas de

¹⁵⁴ En el caso de Sofrea, filial de reconversión de Elf Aquitaine, un comisario del gobierno ocupaba un puesto en la sociedad, pero no disponía de derecho de voto en el consejo de administración ni gozaba de las atribuciones de un administrador.

¹⁵⁵ STJCE de 21 de marzo de 1991, Italia c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991 p.I-1433, apartado 21 (ENI-Lanerossi).

¹⁵⁶ Artículo 2 de la Decisión.

actuación propias de las empresas privadas¹⁵⁷. En consecuencia, con carácter general las participaciones públicas se concentran en torno a grupos industriales de carácter territorial o sectorial que suelen adoptar la estructura de holding, a través de los cuales se detenta de manera indirecta la participación en un amplio número de empresas públicas o mixtas¹⁵⁸. Esos holding se hallan adscritos al departamento ministerial sectorialmente competente, *ratione materiae*, sin perjuicio de que con frecuencia dicha adscripción responda más a circunstancias históricas que a criterios estrictamente económicos.

En España, las grandes participaciones industriales se encontraban tradicionalmente en manos del Instituto Nacional de Industria (INI), al que con posterioridad se añadiría el Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH)¹⁵⁹ para las participaciones energéticas, que eran organismos autónomos adscritos al Ministerio de Industria, mientras que las otras participaciones estatales estaban adscritas al ministerio encargado de

¹⁵⁷ ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993; CASSAGNE, J. C.: «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)», en RAP, núm 140, mayo-agosto, 1996, pp. 95 a 110.

¹⁵⁸ La aportación de capital pública puede producir el cambio del estatus de la mismas al dejar de ser privada para convertirse en mixta o pública. Sobre esta cuestión existe una inabarcable bibliografía, por ello nos limitaremos a citar sobre esta cuestión, además del ya clásico estudio de ALONSO UREBA, A.: *La empresa pública...*, op. cit., algunas visiones posteriores, como la apretada síntesis del mismo autor en «Sociedad con participación pública», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol IV, pp. 6295 a 6301 o ARIÑO ORTIZ, G.: «De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma?, quizás ambas cosas», en RAP, 138, septiembre-diciembre, 1995, pp. 7 a 36.

¹⁵⁹ El RD-L 5/1995, de 16 de junio (BOE, n° 46 de 20.6.1995), crea la Agencia Industrial del Estado (AIE) y la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI) y suprime el Instituto Nacional de Industria (INI) y el Instituto Nacional de Hidrocarburos (INH). Este RDL fue convalidado por Resolución de 29 de junio de 1995, de la Presidencia del Congreso de los Diputados (BOE, n° 158 de 4.7.1995) y posteriormente dejado sin efecto por la Ley 5/1996, de 10 de enero (BOE, n° 11 de 12.1.1996). OPORTO DEL OLMO A.: «Comentarios acerca de la evolución de la industria y la política industrial de 1986 a 1996», en ICE, n° 766, octubre-noviembre, 1997, pp. 89 a 102; en particular p. 98. En este trabajo puede verse un recorrido breve pero completo de la evolución de las participaciones adscritas al Ministerio de Industria, así como de la evolución del INI y del INH hasta su desaparición. Sobre esta cuestión, también resulta de interés la consulta de la página web de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales-SEPI, principal heredera de las participaciones estatales. Cfr. <http://www.sepi.es>. (última consulta realizada en noviembre de 2002).

los asuntos económicos, a través de la Dirección General de Patrimonio del Estado¹⁶⁰. En la actualidad, sin embargo, se observa un proceso de paulatina reducción del sector público empresarial, en parte debido a la intensificación del control comunitario sobre las ayudas estatales y a una simultánea concentración de las participaciones empresariales en torno a la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI)¹⁶¹, sucesora de aquellos organismos que, tras la desaparición del Ministerio de Industria y Energía, reemplazado hoy por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, se halla adscrita al Ministerio de Hacienda¹⁶².

Esta concentración de las participaciones empresariales presenta, por lo general, además de las ventajas propias de la mayor dimensión empresarial, la posibilidad de acudir a la financiación interna dentro de los propios grupos empresariales públicos, lo que tradicionalmente ha permitido, en la práctica, la utilización de los recursos conjuntos para la realización de operaciones de salvamento tanto de las empresas del propio grupo como de aquellas otras que precisamente entraban en el mismo o que pasaban a ser participadas para evitar su desaparición.

La realización de estas conductas, que distorsionan profundamente la competencia, llevó a la Comisión a fijar su atención sobre la actuación de estas entidades desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas de Estado, planteándose la posible existencia de elementos de ayuda estatal en estas prácticas empresariales¹⁶³. Este factor

¹⁶⁰ Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Reflexiones sobre las privatizaciones», en RAP, n° 144, septiembre-diciembre, 1997, pp. 7 a 43. Las participaciones en poder de la Dirección General del Patrimonio del Estado se han venido coordinando en torno a la Sociedad Estatal de Participaciones Patrimoniales (SEPPA).

¹⁶¹ El proceso de concentración de las participaciones industriales en torno a la SEPI se inició con la supresión de la AIE y la transferencia de sus participaciones, bienes, derechos y obligaciones a la SEPI, en virtud del RD-L 15/1997, de 5 de septiembre (BOE, n° 214 de 6.9.1997), que modificó la Ley 5/1996, de 10 de enero, de creación de la Agencia Industrial del Estado y de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales. Con posterioridad se ha producido un proceso semejante con la SEPPA, también en favor de la SEPI.

¹⁶² Cfr. Artículo 13 del RD 1330/2000, de 7 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda (BOE, n° 163 de 8.7.2000).

¹⁶³ En esta misma línea se enmarca la última reforma de la Directiva de la Comisión sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, que introduce la obligación de llevar una contabilidad separada en los casos

ha marcado de manera decisiva la evolución del sector público europeo, especialmente en el caso de países como Francia, Italia y España.

Pues bien, uno de los principales obstáculos a los que ha tenido que hacer frente la Comisión a la hora de supervisar la práctica de estos grupos desde la óptica del apartado 1 del artículo 87 CE reside, precisamente, en la necesidad de acreditar la imputabilidad al Estado de la conducta empresarial desarrollada por estas entidades.

En las primeras decisiones, recaídas en los asuntos *Leeuwarder*¹⁶⁴ y *Boch (I)*¹⁶⁵, la Comisión analizó la intervención financiera de las autoridades públicas holandesas y belgas en dichas empresas «por medio de» un holding público de vocación regional, recordando, como ya había hecho en el asunto *Intermills*¹⁶⁶, que la prohibición de las ayudas formulada por el artículo 87.1 CE se aplica a las aportaciones de capital realizadas tanto por colectividades territoriales como por otras instancias públicas cuya actividad derive del Estado.

En los recursos interpuestos contra estas primeras decisiones el carácter estatal no será objeto de discusión. Sin embargo, en decisiones posteriores que afectaban a la actividad de los grandes holding públicos

de empresas públicas que desarrollen su actividad en sectores sujetos a la competencia y en aquellos otras que todavía no lo están. Cfr. Directiva 2000/52/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, por la que se codifica la Directiva 80/723/CEE, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75). A propósito de esta reforma, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «A nova reforma da Directiva sobre transparencia impón a contabilidade separada ás empresas encargadas de servicios de interese económico xeral», en *BGE*, n.º 106, xullo/agosto, 2000, pp. 20 y 21. En esta misma línea se podría enmarcar la limitación del ejercicio del derecho de voto que introduce la Disposición adicional vigésima séptima de la Ley 50/1999, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (BOE, n.º 312 de 30.12.1999), en relación con las participaciones públicas en el sector eléctrico español.

¹⁶⁴ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a una ayuda del Gobierno holandés en favor de una empresa de transformación de cartón, *Leeuwarder Papierwarenfabrik*, BK (DOCE L 277, de 29.9.1982, p. 15).

¹⁶⁵ Decisión de 16 de febrero de 1983, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de una empresa del sector de cerámica sanitaria, asunto *Cerámica Boch (I)* (DOCE L 91, de 9.4.1983, p. 32).

¹⁶⁶ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papalero, asunto *Intermills* (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30). En este asunto, sin embargo, la intervención había sido efectuada directamente por el ejecutivo regional.

europesos –principalmente italianos y españoles– esta cuestión será una de las que centre la polémica entre la Comisión y los Estados miembros¹⁶⁷. Haciendo un breve recorrido por la práctica comunitaria en la materia y centrándonos únicamente en los supuestos de participación en el capital por los grandes holding públicos, podemos citar los siguientes casos.

En 1986 la Comisión investiga el Ente Autonomo di Gestione per la Partecipazioni del Fondo di Finanziamento dell'Industria Meccanica (EFIM) y su ayuda al sector público del aluminio en Italia, que incluían, además de otras formas clásicas de intervención, aportaciones de capital que, al amparo de la excepción de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE, la Comisión consideró compatibles con el mercado común, pero con la condición de reducir su importe¹⁶⁸.

En 1988 se adoptaron cuatro decisiones negativas de la Comisión en relación con la actuación de tres de los más importantes holding públicos italianos. Se trataba del ENI en el asunto *Eni-Lanerossi*¹⁶⁹, del EFIM, en los expedientes relativos a *Veneziana Vetro*¹⁷⁰ y *Alumina/Comsal*¹⁷¹ y, del IRI y *Finmeccanica*, en relación con la recapitalización del fabricante automovilístico *Alfa Romeo*¹⁷². En los recursos

¹⁶⁷ El alcance de esta polémica queda en evidencia al comprobar cómo los Estados miembros con mayor sector público suelen intervenir como coadyuvantes en los recursos interpuestos, aunque no fueran los destinatarios de las decisiones controvertidas. En este sentido, como ha destacado RODRÍGUEZ CUIEL («Los casos Eni-Lanerossi y Alfa Romeo», en *GJ*, nº 92, abril, 1992, p. 3 y ss), en el asunto C-303/88 se ha producido la primera intervención del Reino de España ante el TJCE en materia de ayudas públicas, como coadyuvante de la recurrente (la República italiana).

¹⁶⁸ Mediante Decisión de 13 de enero de 1987, citada por RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 137. Cfr. *XVI IPC 1986*, apartado 231.

¹⁶⁹ Decisión de 26 de julio de 1988, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno italiano a ENI-Lanerossi (DOCE L 16, de 20.1.1989, p. 52).

¹⁷⁰ Decisión de 30 de noviembre de 1988, sobre la ayuda decidida por el Gobierno de Italia a inversiones en la industria del vidrio plano (asunto *Veneziana Vetro*) (DOCE L 166, de 16.6.1989, p. 60).

¹⁷¹ Decisión de 24 de mayo de 1989, sobre la ayuda concedida por el Gobierno italiano a Alumina y Comsal, dos empresas públicas de la industria del aluminio (Grupo EFIM) (DOCE L 118, de 9.5.1990, p. 42).

¹⁷² Decisión de 31 de mayo de 1989, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo, empresa del sector del automóvil (DOCE L 394, de 30.12.1989, p. 9).

interpuestos por la República italiana¹⁷³ contra las decisiones recaídas en tres de ellos (Eni-Lanerossi, Aluminia/Comsal, y Alfa Romeo) se cuestionó, entre otros extremos, que la intervención de dichos organismos pudiera considerarse un comportamiento imputable al Estado (italiano), a los efectos del control comunitario sobre las ayudas de Estado¹⁷⁴.

Las autoridades italianas sostuvieron, como destaca Coccia¹⁷⁵, que las aportaciones de capital efectuadas por los entes encargados de la gestión de las participaciones públicas no deberían ser imputadas al Estado ni consideradas, en consecuencia, como ayudas estatales, en la medida en que eran el resultado de decisiones autónomas de naturaleza económica, sin que la Comisión hubiera podido demostrar la derivación directa de los fondos con que el Estado dotaba a estos entes hacia las empresas objeto de los expedientes. Las autoridades italianas defendían, en consecuencia, que la actuación de estos entes era independiente del ejecutivo, basándose en el criterio formal de que, conforme a sus estatutos de creación, no eran propiamente administraciones públicas, sino entes económicos que debían actuar de acuerdo con criterios de mercado.

Esta argumentación va a ofrecer al Tribunal de Justicia la ocasión de volver sobre la definición del carácter estatal de una ayuda, recordando¹⁷⁶, al hilo de la sentencia *Van der Kooy*¹⁷⁷, que no era posible dis-

¹⁷³ Vid. STJCE de 21 de marzo de 1991, Italia c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. I-1433; STJCE de 21 de marzo de 1991, Italia c. Comisión, asunto C-305/89, Rec. 1991, p. I-1603; Tratado CE de 3 de octubre de 1991, Italia c. Comisión, asunto C-261/89, Rec. 1991, p. I-4437.

¹⁷⁴ La proximidad temporal entre estos tres asuntos y sus respectivas sentencias, que consolidan una clara línea jurisprudencial, ha motivado que la doctrina, especialmente la italiana, los haya analizado conjuntamente. A este respecto, vid. COCCIA, M.: «Le partecipazioni statale italiane davante alla Corte de Giustizia. Aiuti di Stato o aiuti di status?», en *RDI*, 1992, pp. 966 a 994; y MENGOZZI, P.: «Il principio dell'investitori in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario», en *RDE*, n° 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 19 a 25.

¹⁷⁵ COCCIA, M.: «Le partecipazioni statale italiane ...», op. cit., especialmente pp. 981-982.

¹⁷⁶ Concretamente, STJCE de 21 de marzo de 1991 (Caso ENI-Lanerossi), apartado 11, y STJCE de 21 de marzo de 1991 (Caso Alfa Romeo), apartado 13.

¹⁷⁷ STJCE de 2 de febrero de 1988, *Van der Kooy* c. Comisión (Caso Gasunie), asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. 1988, p. 219.

tinguir entre el caso en que la ayuda era acordada directamente por el Estado y aquéllos en los que la ayuda era acordada por organismos públicos o privados que el Estado instituye o designa para gestionar la ayuda. La argumentación del Tribunal va a ser básicamente la que va a seguir la Comisión en su práctica posterior¹⁷⁸.

En efecto, en el expediente abierto por la Comisión con motivo del proyecto de ampliación de capital de Iberia por parte del grupo público Teneo¹⁷⁹, las autoridades españolas mantuvieron que dicha aportación no podía reputarse como ayuda estatal, sino que era una de las medidas del plan diseñado por sus gestores para permitir a la compañía adaptarse a la nueva situación del mercado¹⁸⁰. Dicha aportación, por un importe de 130.000 millones de pesetas, no correría a cargo del Estado español, sino del holding público español Teneo, por lo que la financiación de la operación «...estaría a cargo exclusivamente de una sociedad no incluida en los presupuestos del Estado»¹⁸¹. Sin embargo, la

¹⁷⁸ Constituyen ejemplos claros de la aplicación de esta jurisprudencia las decisiones de la Comisión en relación con las operaciones para recapitalizar las compañías de banderas española e italiana, Iberia y Alitalia, por parte de Teneo y del IRI, respectivamente. Cfr, asunto Iberia II: Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, 27.4.1996, p. 25) y asunto Alitalia: Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).

¹⁷⁹ Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25). En realidad se trata del asunto Iberia II, ya que con anterioridad la Comisión había autorizado una previa recapitalización. Cfr. DOCE C 236, de 15.9.1992, p. 2.

¹⁸⁰ Denominado «Programa de medidas de adaptación de Iberia al nuevo entorno competitivo».

¹⁸¹ Comunicación Iberia (DOCE C 114, de 6.5.1995, p 7), en particular, p. 11. Con la argumentación de que los recursos no procedían de los presupuestos del Estado, las autoridades españolas trataban de marcar las diferencias del asunto Iberia con otros ya tratados por el Tribunal de Justicia: STJCE, de 21 de marzo de 1991, asunto C-303/88, R. de Italia v. Comisión (Rec. 1991, pp. 1433 a 1486), a propósito de las ayudas concedidas a ENI-Lanerossi (Decisión de 26 de julio de 1988, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno italiano a ENI-Lanerossi, (DOCE L 16/52, de 20.1.89), en el que España había apoyado el recurso del Gobierno italiano, y la STJCE, de 21 de marzo de 1991, asunto C-305/89 (Rec. 1991, pp. 1603 a 1646, en anulación de la Decisión de 31 de mayo de 1989, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo, empresa del sector del automóvil (DOCE L 394, de 30.12.1989, p. 9). En ambos supuestos, el Tribunal, partiendo exclusivamente de la sentencia *Van der Kooy*, consideró que el ENI y el IRI y Finmeccanica actuaban bajo el control del Estado (italiano), de acuerdo con sus leyes de

Comisión consideró que al ser Teneo una sociedad pública enteramente participada y controlada por el Estado español, los recursos destinados a Iberia, aunque no procedieran directamente del presupuesto del Estado español, debían considerarse «recursos estatales», en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE y, en consecuencia, evaluarse con arreglo al principio del inversor privado.

Por su parte, en el asunto de las ayudas concedidas por la región de Cerdeña en favor de diversas empresas controladas por los holding Emsa, Sigma e Intex¹⁸², la Comisión estableció una importante distinción entre los fondos concedidos por la Región de Cerdeña a dichos holdings de los que era prácticamente su único propietario, y los fondos concedidos por dichos holdings a sus empresas.

En relación con los primeros, la Comisión va a entender que «han sido utilizados fundamentalmente para respaldar financieramente las empresas productivas bajo su control. Por lo tanto, aunque las circunstancias en las que la región concedió los fondos no son aceptables desde el punto de vista del inversor en una economía de mercado (dadas las pérdidas registradas por las empresas), tales fondos no deben considerarse ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 92, ya que simplemente fueron transferidos a las empresas productivas».

Por el contrario, los fondos concedidos a las empresas, que sí son productivas en la distinción que hace la Comisión, «deben analizarse con arreglo al principio del inversor en una economía de mercado, ya que las empresas de producción llevan a cabo actividades económicas que pueden, teóricamente, dañar la competencia. Los fondos concedidos por los holdings deben considerarse fondos estatales (...); si no satisficieran los criterios del citado principio, deberían ser considerados ayuda estatal con arreglo al apartado 1 del artículo 92».

creación, de modo que las aportaciones de capital que dichas entidades realizaban «eran el resultado de un comportamiento imputable al Estado italiano» (considerando 11 a 14 de ambas sentencias). Para el Tribunal, aun cuando las dotaciones económicas asignadas al IRI o Finmeccanica o al ENI no hubieran sido específicamente destinadas a las aportaciones de capital, a su juicio, las aportaciones controvertidas se efectuaron «a través de fondos públicos destinados a intervenciones económicas» (considerando 15, S. Alfa Romeo).

¹⁸² DOCE C 403, de 23.12.1998, p. 7.

Deberíamos entender el razonamiento de la Comisión en el sentido de que dichos holdings no eran los verdaderos destinatarios de los fondos, sino el instrumento del poder público para hacerlos llegar a las empresas que efectivamente intervienen en el mercado. La Comisión mantiene esta línea argumental cuando no admite la pretendida autonomía financiera frente al presupuesto público de formas de separación de participaciones. Así, en el caso de la recapitalización de Enirisorse¹⁸³, la Comisión reconoce que «(l)as recapitalizaciones han sido financiadas con los beneficios que, de otra manera, habrían correspondido al accionista del ENI, es decir, al Estado italiano», por lo que, «los fondos que el ENI ha puesto a disposición de Enirisorse se consideran recursos estatales con arreglo al apartado 1 del artículo 92 del Tratado».

En el mismo sentido, con motivo de la incoación del expediente a propósito de la presuntas ayudas de Estado a Babcock Wilcox¹⁸⁴, la Comisión respondía a las alegaciones de las autoridades españolas que sostenían la separación de los presupuestos públicos de la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales (SEPI), para excluir su actividad del ámbito del artículo 87.1 CE que: «...cualquier merma de la rentabilidad de SEPI (y el mismo principio puede aplicarse al anterior TENEO) por pérdidas de empresas bajo su control, tales como Babcock, reduce directamente los ingresos del Estado sobre sus inversiones en SEPI. Por lo tanto, los recursos financieros concedidos a Babcock por el Gobierno español, a través de TENEO y SEPI, (...) son recursos del Estado. Por lo tanto entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92, a no ser que cumplan el criterio del inversor en una economía de mercado»¹⁸⁵.

¹⁸³ Decisión de 16 de abril de 1997, relativa a las ayudas concedidas por Italia a Enirisorse SpA (DOCE L 80, de 18.3.1998, p. 32).

¹⁸⁴ DOCE C 249, de 8.8.1998, p. 3.

¹⁸⁵ La Comisión ha mantenido este criterio en su decisión final considerando las medidas examinadas como ayudas estatales, aunque valorando una parte como ayuda existente y la restante como compatible, al amparo de las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis. Cfr. IP/01/932, de 3 de julio de 2001.

4.2.4. Las entidades públicas de crédito: las cajas de ahorros

Dentro de las entidades financieras pertenecientes al sector público desempeñan un papel singularmente relevante las entidades de crédito cuya actividad en el mercado plantea a menudo múltiples conflictos desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales¹⁸⁶. El estudio de la práctica comunitaria revela numerosos ejemplos

¹⁸⁶ Sin perjuicio de lo ya expuesto con carácter general en el capítulo primero de este trabajo (apartado 3.4), como ya hemos tenido ocasión de subrayar (RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit., pp. 81 a 86), las entidades de crédito, tanto públicas como privadas, han gozado tradicionalmente de una consideración singular en el marco del Derecho comunitario de la competencia, fruto del criterio defendido por estas entidades, conforme al cual su papel central en la economía implicaba que debían de ser consideradas como empresas encargadas de la gestión de *servicios de interés económico general*, en el sentido del apartado 2, del artículo 86 CE. Fue necesario esperar a la década de los 80 para que, gracias a la jurisprudencia (STJCE de 14 de julio de 1981, Gerhard Züchner c Bayerische Vereinsbank AG, Decisión prejudicial, asunto 172/80, Rec. 1981, p. 2021), se afirmara el principio de que las reglas de la competencia del Tratado CE eran también aplicables al sector bancario. Para BOTANA AGRÁ («La aplicación...», op. cit., p. 351), la cuestión básica era la de si las entidades de crédito tienen el encargo de gestionar servicios de interés económico general y, en consecuencia, pueden beneficiarse del trato de favor que prevé el artículo 86.2 CE respecto a su sometimiento a las reglas de la competencia. En este sentido, podemos recordar, no obstante, que la primera redacción de la Directiva 80/723/CEE, de la Comisión, de 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (DOCE L 195, de 29.7.1980, p. 35), excluía expresamente de su ámbito de aplicación, aunque con carácter temporal, diversos sectores, entre los que se encontraba el de los establecimientos públicos de crédito (artículo 4º, apartado d); posteriormente, la primera reforma de esta directiva (Directiva 85/413/CEE, de 24 de julio de 1985 (DOCE L 229, de 28.8.1985)) incluirá ya estos sectores, dentro de su ámbito de aplicación. No podemos olvidar, como destaca GARCÍA GALLARDO («Ayudas de Estado: las ayudas públicas en el proyecto de Tratado», en DN, nº 82/83, 1997, p. 39) que, aunque en el Tratado de Amsterdam no se incluyó un protocolo deseado por Alemania en el que se liberaría a las garantías del Estado otorgadas por determinados bancos públicos regionales de Alemania (*Landesbanken*) del régimen normal de control de las ayudas públicas por las reglas de competencia comunitarias, finalmente se añadió a dicho tratado, como una de sus declaraciones anexas, la posibilidad de que ciertos bancos públicos regionales alemanes prestasen servicios de interés económico general, siempre y cuando la legislación alemana que regule sus actividades no afecte a las condiciones de competencia más allá de lo necesario y razonable para cumplir con estas tareas de interés general, destacando expresamente dicho autor que «una exención total del cumplimiento de las reglas de la competencia ha sido, pues, descartada». A este respecto, cfr. Decisión de 8 de julio de 1999, relativa a una medida ejecutada por la República Federal de Alemania en favor de Westdeutsche Landesbank Girozentrale (DOCE L 150, de 23.6.2000, p. 1). Vid. también MIERT, K. V.: «La Conferencia...», op. cit., pp. 1 a 5. Asimismo, vid. el *Rapport de la Commission Européenne au Conseil des Ministres: Les services d'intérêt économique généré-*

de la intervención de entidades públicas de crédito en operaciones de recapitalización de empresas públicas o privadas, asumiendo dichas entidades la condición de potencial concedente o beneficiario o incluso, ocupando ambas posiciones¹⁸⁷.

La Comisión consideró como ayuda estatal la inyección de capital nuevo prevista en Hellenic Shipyard¹⁸⁸, por parte de su único accionista, el Banco de Desarrollo Industrial, que era de propiedad estatal, así como el proyecto del mismo banco de participar en un aumento de capital de los astilleros de Elefsina¹⁸⁹, de los que dicho banco no era todavía accionista¹⁹⁰. La Comisión también calificó como ayuda estatal la suscripción por parte de la CDC-Participations, filial de la Caisse de Dépôts et de Consignations, el banco del Tesoro de Francia, de obligaciones emitidas por Air France¹⁹¹ e igualmente estimó imputable al Estado la intervención temporal de la Finanziaria Regionale Friuli

ral dans le secteur bancaire. Este documento fue aprobado por la Comisión el 17.6.1998 y presentado al ECOFIN el 4.6.1999. Esta disponible en francés, inglés y alemán en la dirección europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/ (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹⁸⁷ En este sentido, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit., p. 88. Aunque la casuística general evidencia la presencia de entidades de crédito públicas en cualquiera de ambas posiciones, lo más frecuente es que dichas entidades adopten la posición de concedente, si bien no podemos olvidar que eran entidades de crédito las beneficiarias de las ayudas estatales de mayor cuantía examinadas por la Comisión, superando incluso las concedidas a otros sectores tradicionalmente beneficiarios de importantes volúmenes de inversión pública. Como destacan FELTKAMP y PESARESI (*L'application des règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux établissements de crédit*, 1995, p. 1, la decisión recaída en el asunto *Credit Lyonnais I* (Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco Credit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92), constituyó la mayor ayuda de Estado autorizada por la Comisión hasta entonces. Puede verse la siguiente dirección <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/five/html/sp95045.htm> (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹⁸⁸ A propósito de esta decisión, comunicada a las autoridades griegas el 20 de marzo de 1987, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 174.

¹⁸⁹ Vid. también la referencia a esta decisión, comunicada al Gobierno griego el 30 de marzo de 1987, en RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 175.

¹⁹⁰ En ambos casos, como refiere RODRÍGUEZ CURIEL, la Comisión consideró que dichas intervenciones constituían ayudas de Estado, pero las aprobó basándose en los artículos 5 y 6 de la Quinta Directiva sobre Construcción naval.

¹⁹¹ Decisión de 27 de julio de 1994, sobre la suscripción por CDC-Participations (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26).

Venezia Giulia SpA y de 15 bancos públicos en la ampliación de capital de Seleo SpA¹⁹².

La recapitalización de Crédit Lyonnais¹⁹³, en sus diversas fases y expedientes¹⁹⁴, presenta, a su vez, la participación activa y pasiva de entidades públicas de crédito, cuya intervención fue considerada por la Comisión como una intervención estatal. Así, en la ampliación de capital realizada en 1994, participaron sus tres accionistas principales de manera proporcional a su previa participación en el capital de la entidad: el Estado francés, a través de SPBI, una sociedad colectiva controlada directamente por el Estado y Thomson SIEG, que era una filial del grupo público Thomson CSF, la propia Thomson CSF y, finalmente, la Caisse des Dépôts et Consignations, quienes para remunerar su nueva inversión se distribuyeron los bonos de suscripción de acciones, que daban derecho a suscribir una nueva acción en un plazo de cinco años a un precio fijo.

Igualmente, en el asunto relativo a la intervención de la Ciudad de Hamburgo en la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH¹⁹⁵, dicha ciudad había adquirido el control de la compañía

¹⁹² Comunicación en relación con la ayuda que Italia ha decidido conceder a la empresa *Seleco, SpA*, situada en Pordenone (DOCE C 373, de 29.12.1994, p. 5); ampliación procedimiento (DOCE C 155, de 20.5.1998, p. 24). La Comisión decidió finalmente la incompatibilidad de las ayudas examinadas en el citado expediente en su Decisión de 2 de junio de 1999 (DOCE L 227, de 7.9.2000, p. 24).

¹⁹³ Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco Credit Lyonnais (DOCE L, 308, de 21.12.1995, p. 92).

¹⁹⁴ De acuerdo con la sistemática que elegimos para exponer los expedientes en los que se analizaba las distintas operaciones destinadas al salvamento de esta entidad en un trabajo anterior (RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit., pp. 110 a 114 y 119 a 121) es posible distinguir entre: asunto Crédit Lyonnais I: Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco Crédit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.95, p. 92); asunto Crédit Lyonnais (II), Decisión de 22 de julio de 1998, relativa a la ayuda concedida por Francia en relación con la operación de recapitalización y cesión de activos de la Société de Banque Occidentale (SDBO) (DOCE L 103, de 20.4.1999, p. 19); Crédit Lyonnais (III): Decisión de 20 de mayo de 1998, relativa a las ayudas concedidas por Francia al grupo Crédit Lyonnais (DOCE L 221, de 8.8.1998, p. 28). Para una visión completa de todos estos expedientes, vid. PESARESI, N., LA ROCHEFORDIERE, C.: «Crises bancaires: un bilan d'aides d'Etat. Concurrence en matière d'aides d'Etat. Leçons de la crise de Crédit Lyonnais», en *EC Comp. Pol. News*, n° 3, october, 2000, pp. 12 a 26.

¹⁹⁵ Decisión de 31 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado concedida por

mediante el Hamburgische Landesbank Girozentrale, entidad financiera pública que en realidad actuaba como fiduciaria suya.

Por su parte, en el asunto *Avenir Graphique (AG)*¹⁹⁶ se analiza la intervención llevada a cabo en 1991 por parte de Crédit Lyonnais, junto a la Banque National de Paris (BNP) y la Banque Herve, que eran los tres principales bancos de AG, para proceder a la reestructuración financiera de la empresa, que arrastraba un fuerte endeudamiento debido en parte a un ambicioso programa de inversiones. Estas entidades decidieron poner en marcha un plan de recapitalización de la empresa.

Otro interesante ejemplo lo obtenemos de la lectura de la Comunicación relativa a la incoación del expediente en relación con Crédit Foncier de France (CFF)¹⁹⁷. Al analizar en dicha comunicación la situación financiera de la entidad y sus causas, la Comisión alude al hecho de que CFF «intervino en operaciones de salvamento de otra entidad financiera especializada, el Comptoir des Entrepeneurs (CDE)¹⁹⁸, a petición y por cuenta del Estado (francés)». De acuerdo con la información extraída de esta Comunicación, el CFF participó en el aumento de capital hasta un importe de 900 millones FF y en el aumento de los préstamos trienales por un valor de 2000 millones de FF en favor de CDE. Asimismo, dio su garantía (contragarantía del Estado) para la operación de disolución de CDE por un importe máximo de 2000 millones de FF.

En la Comunicación por la que se incoa expediente en relación con las medidas de ayuda del Gobierno alemán en favor de Everts Erfurt

la Freie und Hansestadt Hamburg a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH, Hamburgo (DOCE L 78, de 28.3.1996, p. 31).

¹⁹⁶ Comunicación de archivo del expediente incoado por la ayuda concedida por el gobierno francés a la empresa del sector de las artes gráficas *Avenir Graphique* que es declarada compatible al amparo de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE (DOCE 309, de 21.11.1995, p. 4).

¹⁹⁷ DOCE C 275, de 20.9.1996, p.2. Vid. también la Decisión de 23 de junio de 1999, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Crédit Foncier de France (DOCE L34, de 3.2.2001, p. 36).

¹⁹⁸ La Comisión adoptó con respecto a este asunto una decisión, de fecha 24 de enero de 1996 (Ayuda NN 193/95), en la que se consideró tales medidas como ayudas de Estado compatibles con el Mercado Común, de acuerdo con las disposiciones de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE.

GmbH (Turingia)¹⁹⁹, la Comisión se refiere, entre otras medidas, a la adquisición de una participación inactiva de cinco años por valor de 2 millones de DM, por parte del instituto de crédito estatal, Thüringische Aufbaubank (TAB)²⁰⁰. Y finalmente, podemos citar la intervención del Banco Agrícola de Grecia (BAG) en favor de su filial la Sociedad de Fabricación de Abonos Nitrogenados, que la Comisión consideró constitutiva de ayuda estatal²⁰¹.

Mención especial merecen las cajas de ahorros, tanto por su activa participación en la actividad económica como por su sometimiento cada vez más intenso a la tutela pública²⁰², así como por su peculiar estatuto jurídico²⁰³.

La singular vinculación de estas entidades con las administraciones públicas puede suscitar problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Al igual que sucede con la banca pública, la actuación de estas entidades puede situarlas en dos planos diferentes: como beneficiarios o como destinatarios de las ayudas estatales o como potenciales concedentes de las mismas.

La primera hipótesis no presenta particularidades especiales. En la práctica reciente encontramos un interesante ejemplo que hace referencia a los derechos que las autoridades francesas concedían en favor de la entidad *Crédit Agricole*²⁰⁴, con respecto de los depósitos de los

¹⁹⁹ Asunto *Everts Erfurt GmbH* (DOCE C 37, de 4.2.1998, p. 8).

²⁰⁰ En esta comunicación se menciona que en un principio el TAB había ofrecido una nueva garantía subsidiaria por importe de 2 mill de DM destinada a fondos de explotación que, sin embargo, no fue aceptada por el banco de la empresa. Con esta participación se pretendía mitigar las pérdidas imprevistas en que la empresa había incurrido. El Estado federado interviene como socio sin derecho a voto de *Everts* durante un período de cinco años.

²⁰¹ Vid. Decisión de 21 de abril de 1999, relativa a las ayudas estatales concedidas por Grecia a dos fabricantes de abonos (DOCE L 30, de 1.2.2001, p. 45). En este expediente se constata también la participación del Banco Nacional de Grecia (BNG).

²⁰² Téngase en cuenta en este punto, en relación con el reparto de poder en las cajas de ahorros, el límite del 50% impuesto a las Administraciones públicas y entidades y corporaciones de derecho público que fija el artículo 8 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero (BOE n° 281, de 23 de noviembre).

²⁰³ Vid. con carácter general, FRANCH I SAGUER, M.: *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Civitas, Madrid, 1992.

²⁰⁴ *Crédit Agricole* es una agrupación de sociedades mutualistas, alguna de las cuales

notarios en los municipios rurales, que la Comisión reputó finalmente constitutivos de ayuda estatal, instando a su supresión²⁰⁵.

Más problemas plantea, sin embargo, el supuesto contrario, es decir, la posibilidad de que estas entidades asuman la condición de concedentes de ayudas estatales. Concretamente en España, el examen de la normativa aplicable a las cajas de ahorros, tanto de carácter estatal como autonómico, hace difícil sostener que estas entidades actúen con plena independencia respecto de los poderes públicos²⁰⁶ que, en numerosos casos, han participado de manera directa en su creación²⁰⁷. Al margen de esta cuestión, atendiendo solamente a la importante presencia que las distintas legislaciones reservan a representantes designados por las administraciones públicas en sus órganos de gestión y a las facultades que a éstas se reservan en relación con la asignación y destino de los recursos de estas entidades que nutren su obra social, puede resultar difícil defender que las mismas no están sujetas a la influencia domi-

fue creada en el siglo XIX, para satisfacer las necesidades financieras de los agricultores. En 1926 el Estado creó la Caisse Nationale du Crédit Agricole (CNCA), encargada de la asignación de los anticipos entre las cajas. La CNCA se privatizó en 1988 y desde ese momento el grupo es un establecimiento enteramente privado, propiedad en un 91% de las cajas regionales del grupo y en un 9% de sus empleados.

²⁰⁵ Decisión de 8 de julio de 1999, relativa a las ayudas concedidas por Francia al Grupo Crédit Agricole en concepto de la recepción y la conservación de los depósitos de los notarios en los municipios rurales (DOCE L 193, de 29.7.1999, p. 79). Más recientemente, la Comisión ha decidido abrir una investigación formal, al amparo del apartado 2 del artículo 88 CE, con motivo de la posible existencia de ayudas estatales en la regulación fiscal italiana de las fundaciones bancarias. Ayuda C 54/2000 (ex NN 70/2000), Italia, medidas fiscales para los bancos y las fundaciones bancarias (DOCE C 44, de 10.2.2001, p. 2). Sobre este asunto, vid. también, TILMANS, M.: «State Aids. Main Developments between 1st October and 31st December 2000», en *EC Comp. Pol. News.*, n° 1, february, 2001, pp. 52 a 58, en especial pp. 54 y 55.

²⁰⁶ Esta cuestión es abordada claramente por FRANCH MENEU («Sobre cajas de ahorro y competencia», en *GJ*, n° 208, julio/agosto, 2000, pp. 39 a 42, especialmente pp. 39 y 40), quien señala el peligro que entrañan las participaciones de las entidades financieras en el capital de las empresas no financieras o el compromiso crediticio en proyectos forzados por motivaciones no estrictamente profesionales, apuntando como en el caso español que, tras la desaparición de la banca pública, renace la banca pública autonómica y local a través de las cajas de ahorros.

²⁰⁷ Aunque el origen de estas entidades es heterogéneo, coexisten cajas de ahorros de creación privada, vinculada en muchas ocasiones a la Iglesia Católica, con otras creadas por los municipios o por las corporaciones provinciales, conservando con respecto a ellas, con carácter general, las prerrogativas reservadas a los fundadores.

nante de la Administración tutelante²⁰⁸. De ello deriva que su actividad pueda quedar sometida, en su caso, a las reglas comunitarias sobre ayudas estatales²⁰⁹. En este caso, habría que aplicar las reglas de procedimiento en materia de ayudas estatales. En particular y en lo que respecta a las aportaciones de capital que estas entidades puedan realizar, directamente o a través de sus sociedades instrumentales, quedarían sujetas a la obligación de notificación previa o informe *a posteriori* en los términos previstos en la Comunicación de 1984²¹⁰, con el único límite de la aplicación, en su caso, de la regla *de minimis*.

²⁰⁸ En este sentido y a título de ejemplo, vid. artículo 27 de la Ley 7/1985, de 17 de julio, de cajas de ahorros de Galicia (DOG, n° 137, de 18.7.1985 y BOE, n° 226 de 20.9.1985), a propósito del peso de los representantes públicos en la composición de la Asamblea General, y el artículo 47 de la misma ley, en su redacción dada por la Ley 4/1996, de 31 de mayo (DOG, n° 117, de 14.6.1996 y BOE, n° 184 de 31.7.1996), en relación con de los incentivos públicos, en cuyo apartado 1° se señala expresamente que «la Xunta de Galicia, dentro de sus actuaciones de política regional, podrá celebrar acuerdos con las cajas de ahorros a fin de favorecer la financiación de aquellos sectores, áreas o grupos económicos que, de acuerdo con los objetivos de tal política autonómica, resulten prioritarios». Por su parte, la Ley 4/1997, de cajas de ahorros de Castilla-La Mancha, de 10 de julio de 1997, establece en su artículo 20.1, el siguiente reparto de poder en el seno de la Asamblea General: «...a) el 40% del total de Consejeros Generales será elegido en representación de las Corporaciones Municipales donde tenga abierta oficina la Caja de Ahorros; b) el 22% del total de Consejeros Generales será elegido en representación de los impositores de la Caja de Ahorros; c) el 21% del total de Consejeros Generales será elegido en representación de las Cortes de Castilla-La Mancha; d) el 10% del total de Consejeros Generales será elegido en representación de las personas o entidades fundadoras de la Caja; e) entre el 7% del total de Consejeros Generales será elegido en representación de los empleados de la Caja». Sin perjuicio de que en su apartado 2° añada que «las Cortes de Castilla-La Mancha asignarán una parte de su representación a instituciones de interés social, económico, cultural, científico o benéfico de reconocido prestigio del ámbito territorial de la Caja», así como que «en el supuesto de Cajas de Ahorro cuyas personas o entidades fundadoras no están identificadas en sus Estatutos o bien estándolo no puedan o no deseen ejercitar la representación correspondiente a las mismas, ésta se repartirá proporcionalmente entre los restantes grupos» (artículo 20.4).

²⁰⁹ Así lo entendió la Comisión en el asunto *Sniace, S.A.* (DOCE C 152, de 10.6.2000, p.15) en el que, como subraya RODRÍGUEZ CURIEL [«Las ayudas públicas en la Ley de defensa de la competencia», en BENEYTO, J. (Dir.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Bosch, Barcelona, pp. 357 a 392, p. 365], consideró ayuda estatal el préstamo participativo concedido por la Caja de Cantabria a la citada empresa, al apreciar la existencia de un control efectivo por parte de los poderes públicos sobre la utilización de sus fondos por la entidad financiera.

²¹⁰ Sobre esta cuestión vid. *infra* capítulo tercero, apartado 2.2.2.

En la práctica comunitaria encontramos diversos ejemplos, si bien los más significativos se refieren a la actuación de la Caisse de Dépôts et de Consignations, cuya intervención, imputable al Estado francés, se constató en los expedientes relativos a la recapitalización de Air France²¹¹, o la más reciente relativa a las ayudas a favor de la entidad bancaria pública francesa Crédi Foncier de France²¹².

En este último expediente se analizan las medidas de apoyo oficiales articuladas para reflotar a la entidad en crisis. Dichas medidas consistían en una línea de crédito abierta por parte de la CDC, de 20.000 millones de FF, ampliable a 25.000 millones, con objeto de permitirle hacer frente a sus problemas de refinanciación, la garantía oficial sobre las deudas de CFF y el compromiso del Estado francés de que garantizaría que la entidad respetaría las normas prudenciales vigentes, que en la práctica se traducían en una ampliación de capital destinada a elevar sus recursos propios y con ellos, los niveles de solvencia exigidos por la normativa bancaria. La Comisión consideró, sin embargo, dichas ayudas compatibles, sometiéndolas a severas condiciones, conforme a las directrices sobre ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis²¹³.

4.2.5. *Las sociedades y fondos de capital riesgo*

La necesidad de dar respuesta a las necesidades financieras a medio y a largo plazo de las pequeñas y medianas empresas fue la causa que impulsó, primero en los Estados Unidos²¹⁴ y posteriormente en Europa,

²¹¹ Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations (filial de la Caisse de Dépôts et de Consignations) de los títulos emitidos por Air France (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26).

²¹² Decisión de 23 de junio de 1999, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Crédi Foncier de France (DOCE L 34, de 3.2.2001, p. 36).

²¹³ DOCE C 368, de 23.12.1994, p. 12.

²¹⁴ El *venture capital* surge en la década de los sesenta en los Estados Unidos de América en torno a la American Research and Development, creada por profesores pertenecientes al Massachusetts Institute of Technology (MIT), institucionalizándose a través de la Small Business Act de 1958. La Small Business Act permitiría el nacimiento de las Small Business Investment Companies (SBICsA), creadas por el Gobierno federal norteamericano, una vez finalizada la segunda guerra mundial como apoyo a las PYMES, que

la aparición del capital-riesgo²¹⁵ (*venture capital*) como instrumento financiero especializado para aquellas iniciativas empresariales que tenían mayores dificultades para acudir a los cauces tradicionales de la autofinanciación o de la financiación externa²¹⁶. Su introducción en nuestro Derecho se produjo con el RDL de 14 de marzo de 1986, de Medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales²¹⁷,

acusaban su tradicional problema de financiación; sin embargo, su verdadera expansión se producirá en los años sesenta, como consecuencia de la revolución tecnológica y de la falta de dinamismo y de flexibilidad de las grandes empresas para hacer frente a este reto, unida a la inexistencia de canales adecuados para financiar a las medianas empresas innovadoras. Acerca del origen del capital-riesgo, vid., además, entre otros, EMBID IRUJO, J. M.: «Aproximación al significado jurídico de las sociedades y fondos de capital-riesgo», en RDBB, n° 22, pp. 360 a 375; y MUÑOZ, A.: «El capital-riesgo», en VARIOS: *Enciclopedia práctica de la banca*, op. cit., vol. 3, pp. 231 a 266, especialmente p. 233.

²¹⁵ Como ya señalábamos en el capítulo segundo de este trabajo al abordar las distintas acepciones del término *capital* (apartado 1.4), la expresión capital-riesgo se utiliza para referirse tanto a los recursos o fondos propios como a la técnica financiera desarrollada por unas entidades financieras especializadas, denominadas por ello sociedades o fondos de capital-riesgo (Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 10). IGLESIAS PRADA («Aproximación al estudio de las sociedades de capital-riesgo», en RDM, n° 191, enero-marzo, 1989, pp. 45 a 66, en particular, pp. 47 y 48 y en ALONSO UREBA, A., BONARDELL LEZCANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R. (coord.): *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, 1990, pp. 69 a 91), por su parte, considera poco afortunada, desde una perspectiva jurídica, la denominación de sociedades de capital-riesgo, por cuanto todas las sociedades mercantiles son esencialmente sociedades de capital-riesgo.

²¹⁶ MADRID PARRA, A.: «Instituciones de inversión y financiación colectiva», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, op. cit., pp. 432 a 452, en especial p. 447.

²¹⁷ Artículos 12 a 20. BOE, n° 73 de 26.3.1986. En relación con las expectativas que creaba su creación, vid. *Situación*, n° 4, Banco de Bilbao, 1987. Con posterioridad esta regulación inicial será objeto de numerosos retoques a través de las siguientes normas: Disposición adicional tercera, Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de presupuestos del Estado para 1988 (BOE, n° 306 de 23.12.1987 y n° 307 de 24.12.1987), que modifica los artículos 13.3 y 14 del RD-L 1/1986; Disposición adicional cuarta de la Ley 3/1994, de 14 de abril de 1994, de adaptación de la legislación española en materia de entidades de crédito a la Segunda Directiva de coordinación bancaria (BOE, n° 90 de 15.4.1994), por la que se da nueva redacción a los artículos 12, 14, 16.2 y 20; RDL 7/1996, de 7 de junio (BOE, n° 139 de 18.6.1996), sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, cuyos artículos 17 y 18 modifican de nuevo los artículos 12 y 14 del RDL 1/1986. Vid. respecto a esta modificación CERVERA-MERCADILLO, V.: «RDL 7/1996: modificaciones a la regulación de las entidades de capital-riesgo y de las instituciones de inversión colectiva», en RDBB, n° 63, julio-septiembre, 1996, pp. 833 a 836.

siendo regulado en la actualidad por la Ley 1/1999 de 5 de enero, dedicada específicamente a entidades de capital-riesgo y a sus sociedades gestoras²¹⁸.

Desde una perspectiva financiera general, el capital-riesgo se caracteriza por presentar una doble dimensión: la del inversor que adquiere una participación en el capital social de una empresa, para obtener una plusvalía cuando la revenda, y el empresario que cediendo parte de sus acciones recibe una inyección capital, que le permite reforzar sus recursos propios sin necesidad de acudir a la financiación externa. Características éstas que lo han convertido en la práctica en un instrumento financiero especializado en las PYMES.

Pues bien, es evidente que la actuación de estas entidades a través de tomas de participación en el capital de las empresas²¹⁹ puede contener elementos de ayuda de Estado, cuando su titular sea un organismo público, sus fondos sean públicos o su comportamiento sea imputable al poder público.

En este sentido resulta de interés comparar la decisión adoptada por la Comisión en relación con el Viridian Growth Fund²²⁰, que es un fondo creado por el Departement for Enterprise, Trade and Investement de Irlanda del Norte y el Banco Europeo de Inversiones (BEI), la empresa eléctrica Viridian Group Pic y un grupo de fondos de pensiones, si bien las condiciones en las que efectúan sus respectivas aportaciones se revela, a juicio de la Comisión, ventajosa no sólo para las PYMES des-

²¹⁸ BOE, n° 5 de 6.1.1999. Sobre su actual regulación, vid. MADRID PARRA, A.: «Instituciones...», op. cit., pp. 447 a 449.

²¹⁹ Esta modalidad de actuación ha llevado a la doctrina a destacar su similitud con otras figuras como las sociedades de inversión mobiliaria, las sociedades de desarrollo industrial y las instituciones de inversión colectiva, respecto de las que, sin embargo, presentan notables diferencias. A propósito de las diferencias entre sociedades de capital-riesgo y sociedades de inversión mobiliaria, vid. IGLESIAS PRADA, J. L.: «Sociedad y fondo de capital-riesgo (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, op. cit., pp. 6349 a 6356, en concreto pp. 6349 y 6350.

²²⁰ Acerca del origen de este expediente, vid. IP/00/848, de 28 de julio de 2000 (*Aides d'Etat: La Commission examine le cas d'un fond de capital-risque en Irlande du Nord*) así como la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal (DOCE C 266, de 16.9.2000, p. 9) y el resumen que de la misma se recoge en «State Aids. Main Developments between 1st June and 30th September 2000», en *EC Comp. News. Pol.*, n° 3, octubre, 2001, pp. 75 a 82, en particular, pp. 81 y 82.

tinatarias, sino también para las empresas privadas que participan en el mismo, razón por la que apreció que su propia creación implicaba la existencia de ayudas estatales²²¹.

Por el contrario, en los proyectos notificados por Irlanda relativos al *Seed and Venture Capital Fund Scheme*²²² y al *Western Investment Fund*²²³, la Comisión decidió no plantear objeciones al apreciar que la participación de los inversores públicos se producía *pari passu* con los inversores privados²²⁴.

Es preciso destacar, sin embargo, que estas instituciones se han convertido en un importante instrumento financiero tanto para el desarrollo regional²²⁵ como para facilitar el acceso a la financiación de las

²²¹ Cfr. Decisión de 13 de febrero de 2001 relativa al régimen de ayudas Viridian Growth Fund notificado por el Reino Unido (DOCE L 144, de 30.5.2001, p. 23). Con posterioridad la Comisión adoptó una segunda decisión al notificarse una modificación de este fondo para permitirle operar en el caso de medianas empresas, admitiendo su compatibilidad al amparo de la letra c) del apartado 3 del artículo 87 CE. Cfr. Decisión comunicada el 24 de julio de 2001. State aid n° N 210/2001, United Kingdom. Viridian Growth Fund Investments in medium-sized Companies.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n210-01.pdf

Otro ejemplo interesante en el mismo sentido se encuentra en la Decisión comunicada de 4 de agosto de 2000. State aid n° N 705/99. United Kingdom. UK High Technology Fund.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n705-01.pdf

²²² Decisión comunicada el 17 de octubre de 2000. State aid n° N 72/2000. Ireland. Seed and Venture Capital Fund Scheme

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n172-00.pdf

²²³ Decisión comunicada el 1 de febrero de 2001. State aid n° N 72/2000. Ireland. Western Investment Fund

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n72-00.pdf

²²⁴ En este sentido se recoge expresamente en la Comunicación de la Comisión *Ayudas estatales y Capital Riesgo* (DOCE C 235, 21.8.2001, p. 3, en el número ii) del punto IV.3 y en el apartado 3 del punto IV.5).

²²⁵ Como destacan FERNÁNDEZ ALONSO y ROGERO FIGUEIRA («Las sociedades y fondos regionales de capital riesgo, análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia comunitario», en *GJ*, B-104, junio, 1995, pp. 13 a 19, en particular, p. 15), «la justificación de la creación de este tipo de instrumentos (...) radica en dos aspectos esenciales: de un lado, la excesiva impregnación de criterios puramente bancarios de los procesos de selección de proyectos por parte de las SCR privadas, vinculadas a grupos bancarios y que suponen el estrangulamiento, en su origen, de buena parte de los proyectos empresariales susceptibles de encontrar en el Capital-Riesgo parte de los recursos necesarios para su desarrollo o puesta en marcha, y de otro, una preocupación por la rentabilidad puramente financiera (irrenunciable en cualquier caso) menos intensa que en

pequeñas y medianas empresas, lo que ha justificado el apoyo que desde las instituciones comunitarias se ha prestado a estas instituciones, que pueden beneficiarse de recursos comunitarios específicos dentro del marco de los fondos estructurales²²⁶ o de otros instrumentos financieros comunitarios, como el Banco Europeo de Inversiones o el Fondo Europeo de Inversiones.

En este contexto, resulta necesario destacar el caso de las entidades de capital-riesgo cuyos recursos se nutren en parte con fondos comunitarios²²⁷. En efecto, con cargo a fondos estructurales, que necesaria-

dichas SCR, contemplando simultáneamente otros aspectos como la generación de empleo, o la dinamización del sector industrial regional».

²²⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión. Análisis de los instrumentos comunitarios de financiación específicos de las PYMES, COM (2000) 653, de 18.10.2000. El apoyo institucional de la Unión Europea a las instituciones de capital-riesgo como instrumentos para la creación de empleo y la innovación tecnológica se enmarca en una corriente general favorable a estos instrumentos de financiación de las PYMES. En este sentido, es ilustrativo el documento de la ORGANIZACIÓN PARA LA ECONOMÍA, LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO: «Government Venture Capital for Technology-Basis Firm», OCDE/GD(97)201, cuya consulta puede efectuarse en el servidor web de dicha organización: www.oecd.org (última consulta realizada en noviembre de 2002) y documento elaborado por el CENTRE FOR STRATEG & EVALUATION SERVICES (Dirección General de Política Regional), *Guide for Risk Capital Financing in Regional Policy*, August, 2002 (Draft document for consultation), disponible en la dirección

http://europa.eu.int/comm/regional_policy/newsroom/document/pdf/draft_venture_financing_guide.pdf. (última consulta realizada en noviembre de 2002)

²²⁷ En este sentido, Fernández Alonso y Rogero Figueira («Las sociedades...», op. cit., p. 15) citan la inclusión en el programa operativo del FEDER por parte de la Comunidad Valenciana para el período 1994/1999, dentro del subprograma de Desarrollo del Tejido Económico, de un fondo de capital-riesgo para PYMES, participado por fondistas privados y por el Instituto Valenciano de Finanzas. La posibilidad de cofinanciar con cargo a los fondos estructurales la creación de entidades de capital-riesgo se reguló inicialmente por una líneas directrices de carácter interno de los servicios de la Comisión, que preveían la puesta en funcionamiento de acciones de ingeniería financiera dentro de las formas de intervención cofinanciadas por los fondos estructurales, aprobadas por la Comisión el 26 de julio de 1995 (E/95/1481; doc. SEC(95)1332). Posteriormente, se ocuparía de esta cuestión la ficha 19 de las *Fichas relativas a la elegibilidad de los gastos en el marco de los fondos estructurales*, aprobadas por la Decisión de la Comisión de 23 de abril de 1997, por las que se modifican las decisiones que aprobaban los marcos comunitarios de apoyo, los documentos únicos de programación y las iniciativas comunitarias adoptadas en relación con los estados miembros (DOCE L 146, de 5.6.1997, p. 1). En Galicia, por su parte y en dicho período, podemos destacar que la Comunidad de Trabajo Galicia-Norte de Portugal impulsó la creación de un fondo de capital-riesgo de uso conjunto, en el marco del Programa INTERREG II, destinado a desenvolver iniciativas en favor de las PYMES de las dos regiones fronterizas.

mente habrían de concurrir con otros nacionales (públicos y privados), se prevé la posibilidad de constituir entidades de capital-riesgo en el Reglamento (CE) n° 1685/2000 de la Comisión, de 28 de julio de 2000²²⁸, que contiene las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) n° 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999²²⁹, por el que se establecen disposiciones generales sobre los Fondos Estructurales, a propósito de la financiación de gastos de operaciones cofinanciadas con cargo a los mismos, que incorpora en anexo una norma específica (norma n° 8) para el «*Capital de riesgo y fondos de préstamos*».

Dicho documento establece que los Fondos Estructurales podrán cofinanciar parte del capital de riesgo, fondos de préstamos o fondos de capital de riesgo de cartera²³⁰, previendo que dicha participación podrá ser acompañada por inversiones conjuntas o garantías de otros instrumentos financieros comunitarios. Ahora bien, la cofinanciación queda sujeta al cumplimiento de las siguientes condiciones²³¹:

1) Los cofinanciadores o patrocinadores del fondo deben presentar un *plan empresarial prudente* en el que deben especificar, entre otras cosas, el mercado al que se dirigen, los criterios y las condiciones de la financiación, el presupuesto operativo del fondo, los socios en la propiedad y la cofinanciación, la profesionalidad, competencia e independencia de la gestión, las normas de aplicación del fondo, la justificación y utilización prevista de la contribución del Fondo Estructural, la política de desinversión y las disposiciones sobre liquidación del fondo, incluida la reutilización de ingresos atribuibles a la contribución de los Fondos Estructurales. El plan empresarial deberá valorarse cuidadosamente y su puesta en práctica será supervisada por la autoridad de gestión o bajo la responsabilidad de ésta.

²²⁸ DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 39.

²²⁹ DOCE L 161, de 26.6.1999, p. 1.

²³⁰ Conforme a dicho Reglamento, por «capital de riesgo y fondos de préstamos» se entenderá los sistemas de inversión establecidos específicamente para proporcionar acciones u otras formas de capital de riesgo, incluidos préstamos a pequeñas y medianas empresas según lo definido en la Recomendación 96/280/CE de la Comisión (DOCE L 107, de 30.4.1996, p. 4). Por «fondos de capital de riesgo de cartera» se entenderán los fondos creados para invertir en varios fondos de capital de riesgo y de préstamos.

²³¹ Apartado 2.

- 2) El fondo debe crearse necesariamente como persona jurídica independiente regida mediante acuerdos entre los accionistas o como bloque financiero independiente dentro de una institución financiera existente²³². Todos los participantes en el fondo deben hacer sus contribuciones con aportaciones dinerarias.
- 3) La Comisión no puede ser socio o accionista del fondo.
- 4) La contribución de los Fondos Estructurales está sujeta a los límites fijados en el denominado *Reglamento general* de los fondos estructurales²³³.
- 5) Los fondos sólo pueden invertir en la creación de PYMES sus primeros pasos (incluido el capital inicial) o su expansión y sólo en actividades que los gestores del fondo consideren como económicamente viables²³⁴, estándole expresamente prohibida la inversión en empresas en dificultades²³⁵.
- 6) Deben adoptarse igualmente precauciones para minimizar la distorsión de la competencia en el capital de riesgo y en el mercado de préstamos. Las plusvalías de las inversiones en acciones y de los préstamos (menos la parte, a prorrata, correspondiente a los costes de gestión) podrán asignarse preferentemente a accionistas del sector privado hasta el nivel de remuneración fijado en el acuerdo de accionistas y, posteriormente, ser asignadas proporcionalmente entre todos los accionistas y los Fondos Estructurales. Los beneficios para el fondo atribuibles a contribuciones de los Fondos Estructurales deberán reutilizarse para actividades de desarrollo de las PYMES en la misma zona.

²³² En este último caso, estará sujeto a un acuerdo de ejecución separado que estipule, en especial, la existencia de cuentas separadas que distingan los nuevos recursos invertidos en el fondo (incluidos los aportados por los Fondos Estructurales) de los inicialmente disponibles en la institución.

²³³ Cfr. Apartados 3 y 4 del artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1260/1999.

²³⁴ Sobre esta cuestión se matiza expresamente que la apreciación de la viabilidad empresarial debe tener en cuenta la totalidad de los ingresos de la empresa en cuestión.

²³⁵ La Comisión se refiere para delimitar estas empresas al concepto que de las mismas ofrecen las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, en particular el apartado 2.1 (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2).

- 7) Los costes de la gestión no pueden exceder del 5% del capital desembolsado anualmente durante el período cubierto por la ayuda, a menos que, tras una licitación pública, un mayor porcentaje resulte necesario.
- 8) En el momento de conclusión de la operación, el gasto subvencionable del fondo (el beneficiario final) es el capital del fondo invertido o prestado a las PYMES, incluidos los costes de gestión contraídos.
- 9) Finalmente, las contribuciones de los Fondos Estructurales y otras contribuciones públicas, así como las inversiones hechas en PYMES individuales, está sujeta a las normas sobre ayudas estatales.

Sobre esta última cuestión centra la Comisión una serie de recomendaciones, que tendrá en cuenta de manera positiva al examinar la compatibilidad del fondo con las normas sobre ayudas estatales²³⁶. Estas recomendaciones, que no serán vinculantes a efectos de la elegibilidad del gasto, son las siguientes:

- 1) La contribución financiera del sector privado debe ser sustancial y superior al 30%²³⁷.
- 2) Los fondos deben ser suficientes y cubrir a una población capaz de garantizar que sus operaciones sean económicamente viables, con unos plazos para las inversiones compatibles con el período de participación de los Fondos Estructurales y deberán centrarse en áreas donde el mercado sea deficiente.
- 3) Las aportaciones de capital al fondo por parte del Fondo Estructural y de los accionistas deben realizarse en los mismos plazos y a prorrata de las participaciones suscritas.
- 4) Los fondos deben ser gestionados por equipos de profesionales independientes con suficiente experiencia empresarial, capacidad y credibilidad para gestionar un fondo de capital de riesgo. Los equi-

²³⁶ Apartado 3°.

²³⁷ Como tendremos ocasión de ver *infra* en el capítulo quinto (apartado 3.2.1), la participación significativa de inversores privados es uno de los criterios que tiene en cuenta la Comisión para excluir la presencia de ayuda estatal en los supuestos de participación pública en el capital.

pos de gestión deberán ser elegidos mediante un proceso de selección competitivo y teniendo en cuenta el nivel de honorarios previsto.

5) Normalmente, los fondos no deben adquirir participaciones mayoritarias en empresas y tendrán como objetivo realizar todas las inversiones durante la vida del fondo.

La Comisión ha abordado también, desde una perspectiva general, las relaciones entre capital-riesgo y ayudas de Estado en una reciente comunicación, bajo el título de «*ayudas estatales y capital riesgo*», aprobada el 23 de mayo de 2001²³⁸, en la que expone su posición acerca de estos importantes instrumentos financieros para las PYMES, distinguiendo tres supuestos básicos: 1) las ayudas a los inversores; 2) las ayudas a un instrumento fondo intermediario y 3) ayudas a las empresas en las que se invierte²³⁹.

4.2.6. *Los fondos de garantía de depósitos*

El origen estatal de la intervención es el centro del debate que se plantea en la práctica comunitaria sobre ayudas estatales a propósito de las intervenciones financieras llevadas a cabo por los fondos de garantía de depósitos en diversas operaciones de salvamento de entidades de crédito. En efecto, en estos casos se cuestionaba si la naturaleza inicialmente privada de los fondos con los que se llevaba a cabo la operación podía excluir su carácter de ayuda estatal, dado que, de acuerdo con los criterios seguidos por la Comisión, dichas aportaciones tenían carácter voluntario y no venían impuestas con carácter coactivo por normas imperativas.

²³⁸ DOCE C 235, 21.8.2001, p. 3. Para un comentario de este documento, vid. IP/01/730 y SLOCOCK, B.: «Commission Adopts Communication on State Aid and Risk Capital», en *EC Com. Pol. News*, n° 2, June, 2001, pp. 1 a 3.

²³⁹ Un ejemplo ilustrativo del alcance de esta comunicación, –que la cita expresamente a pesar de que todavía no había sido publicada en el DOCE–, lo encontramos en la Decisión comunicada de 25 de julio de 2001. Aide d'Etat n° N 448/2001. France. Régimecadre: fonds de capital investissement.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n448-00.pdf

Otros ejemplos de la aplicación, todavía incipientes de esta comunicación puede verse en XXXI IPC 2001, pp. 87 a 89.

Como ya tuvimos ocasión de comentar²⁴⁰, la primera ocasión en la que la Comisión analizó la actividad de los Fondos de Garantía de Depósitos desde la perspectiva del control comunitario de las ayudas de Estado fue con motivo de la recapitalización que el fondo español de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios (FGD) efectuó en el Banco Español de Crédito, S.A. (BANESTO), tras su intervención por el Banco de España²⁴¹. La intervención de esta entidad financiera planteó en sede comunitaria dos cuestiones de especial interés: 1) la posible existencia de *elementos de ayuda* en la recapitalización llevada a cabo por el FGD tras la intervención, y 2) la incidencia de la reglamentación comunitaria sobre concentraciones económicas, de dimensión comunitaria, en la posterior adquisición de la entidad intervenida por uno de sus competidores en el mercado español, el Banco Santander, S.A., tras la subasta que siguió a la recapitalización²⁴².

Por lo que se refiere al expediente de las ayudas de Estado, es ciertamente escasa la información de que se dispone²⁴³. Además de la nota

²⁴⁰ RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit., p. 103.

²⁴¹ Vid. Resolución de 28 de diciembre de 1993, del Consejo Ejecutivo del Banco de España por la que se acuerda la sustitución provisional del consejo de administración y de cualquier otro órgano administrativo que exista del Banco Español de Crédito, Sociedad Anónima, y se designan administradores provisionales (BOE, nº 311 de 29.12.1993). No se puede olvidar que este caso es el primero, y por ahora el único, desde la incorporación de España a la Comunidad Europea, en el que la solución adoptada por las autoridades financieras españolas para la crisis de una entidad bancaria se planteaba en sede comunitaria. Respecto a la intervención de empresas en general y a la banca en particular, ver GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996. Con carácter específico sobre las entidades de crédito, vid. GARCÍA-PITA LASTRES, J. L.: «Las medidas de intervención y sustitución de órganos de las entidades de crédito en la Ley 26/1988, de 29 de junio», en *CD y Mom*, nº 7, 1990, pp. 47 y ss.

²⁴² Cfr. Notificación previa de una operación de concentración (Caso nº IV/M.455-Banco de Santander/Banesto, (DOCE C 138, de 20.5.1994, p. 3) y la Decisión de no oposición (DOCE C 178, de 30.6.1994, p. 16) por considerarla compatible con el mercado común (en aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo (DOCE L 395, de 30.12.1989. Dicho Reglamento ha sido objeto de revisión por el Reglamento (CE) del Consejo 1310/97, publicado en DOCE L 180, 9.9.1997, p. 1); con respecto a la concentración de empresas de dimensión comunitaria, vid. MIRANDA SERRANO, L.: *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, McGraw-Hill, Madrid, 1994; BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997 y, del mismo autor, «La reforma del Reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración», en *GJ*, D-29, septiembre, 1998, pp. 207 a 244.

²⁴³ Al tratarse de una decisión que se adoptó tras el examen preliminar y sin incoar la

de prensa oficial facilitada por los servicios de la Comisión²⁴⁴, la única mención concreta a este expediente se contiene en el *XXIV Informe sobre la Política de la Competencia*²⁴⁵ en el que la Comisión da cuenta de su decisión de autorizar la operación de salvamento de la entidad llevada a cabo por el FGD²⁴⁶, señalando al respecto que: «En 1994, la Comisión aprobó la operación de salvamento del banco español Banesto por parte del Fondo de Garantía de Depósitos. Dado el carácter voluntario de la participación de la banca privada en el Fondo, su contribución mayoritaria a los recursos de éste, su participación incondicional en el plan de salvamento de Banesto, la rapidez con la que el banco se ha reintegrado al mercado privado y, por último, las responsabilidades específicas de las autoridades nacionales de control monetario, la Comisión consideró que la operación respondía al principio del inversor privado en una economía de mercado y no constituía una ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del art. 92».

A pesar del carácter escueto de la mención, es posible colegir que la Comisión se cuestionaba la posible existencia de elementos de ayuda en la recapitalización que de esta entidad se realizó a través del FGD²⁴⁷,

fase de investigación formal, la decisión se comunicó por carta al Estado interesado, en este caso España, sin que tengamos constancia de que se llegara a publicar en el DOCE la «comunicación estándar de datos» que por aquel entonces recogía toda la publicidad que se daba a estos expedientes..

²⁴⁴ IP/94/1226, de 15.12.1994 («Commission Approves Banesto's Rescue»). A esta nota de prensa hacen referencia de manera expresa PESARESI, N., *LA ROCHEFORDIERE*, C.: «Crises bancaires...», op. cit., p. 13, nota 16.

²⁴⁵ Apartado 378 del citado informe, correspondiente a 1994.

²⁴⁶ A pesar de esta decisión, la prensa (*El País*, de 9.3.1999) daba cuenta de la denuncia presentada ante la Comisión por uno de los antiguos consejeros de la entidad intervenida por supuestas ayudas ilegales en la recapitalización de Banesto.

²⁴⁷ Sobre la función originaria del FGD y su proceso de creación, VID. SÁNCHEZ CALERO, F.: «El Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios», en *RDBB*, nº 1, 1981, pp. 23 y ss. Asimismo, FRANCH I SAGUER, M.: *Intervención administrativa...*, op. cit., pp. 352 a 385 y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La reforma del régimen del Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios», en *RDBB*, 1994, pp. 379 y ss. con amplia bibliografía. Una exposición completa del FGD tras la reciente trasposición a nuestro Derecho de la Directiva 94/19/CE, de 30 de mayo, relativa a los sistemas de garantía de depósitos (DOCE L 135, de 31.5.1994, p. 5), puede verse en SALINAS ADELANTADO, C.: «La nueva regulación de los fondos de garantía de depósitos», en *RDBB*, 1997, pp. 432 a 475. Esta directiva, como apunta LARCO GIL («La tutela de los depositantes ante las crisis financieras de las entidades de crédito. En particular, el supuesto de las cuentas con

en el contexto de una operación de salvamento de una entidad financiera en crisis. Para centrar la cuestión, analizaremos brevemente, en primer lugar, el significado del FGD en nuestra legislación, para examinar a continuación el tratamiento de que fue objeto este régimen en el caso *Banesto* por parte de la Comisión²⁴⁸.

Como hemos señalado, el origen del expediente abierto por la Comisión se encuentra en la intervención del Banco Español de Crédito, S.A., por parte del órgano encargado del control y de la supervisión de las entidades de crédito en España, el Banco de España, tras considerar que la entidad se encontraba incurso en la «situación de excepcional gravedad» a que hace referencia el artículo 31 de la Ley de disciplina e intervención de las entidades de crédito (en adelante LDIEC)²⁴⁹.

varios titulares», en *RDBB*, n.º 58, 1995, pp. 393 a 426, en especial p. 395, nota 6), supuso un paso importante pero insuficiente, ya que se limita a establecer un nivel mínimo de la garantía de los depósitos.

²⁴⁸ Como ha destacado JIMÉNEZ BLANCO («El Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (dir.): *Estudios de Derecho público bancario*, Civitas, 1987), no se puede olvidar el carácter de «legislación de circunstancias» que ha caracterizado la respuesta de nuestro Derecho a las crisis bancarias. GARCÍA DE ENTERRÍA («La reforma de empresas...», op. cit., p. 570, nota 3) añade, que se trata de un fenómeno general en el Derecho comparado. Se ha llegado a afirmar que «detrás de cada medida legislativa, puede adivinarse un nombre y un apellido, un caso concreto al que hay que dar solución». Cfr. PIÑEL LÓPEZ, E.: «La crisis bancaria desde la óptica del Derecho. (Análisis de la legislación española reguladora de las crisis bancarias)», en *RDBB*, 3, 1983, pp. 553 a 577, en particular p. 554. Buena prueba de este fenómeno es que la normativa que se aplicó en este caso ha sido ya reformada, si bien la reforma operada tiene en parte su origen en la necesidad de adecuar nuestra legislación a la Directiva 94/19/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los «sistemas de garantía de depósitos» (DOCE L 135, de 31.5.1994, p. 5), que se traspuso a través de la disposición adicional séptima, del RD-L 12/1995, de 28 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE, n.º 312 de 30.12.1995), completándose después con el RD 2606/1996, de 20 de diciembre (BOE, n.º 307 de 21.12.1996). Sobre la primera, vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: «Modificación del régimen de los fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito, con motivo de la transposición de la Directiva 94/19/CE», en *RDBB*, n.º 61, enero-marzo, 1996, pp. 228 a 230. Acerca de la segunda, vid. DÍAZ MORENO, A.: «Fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito», en *DN*, n.º 76, pp. 33 a 37. Contra la Directiva 94/19/CE interpuso recurso de anulación la República Federal de Alemania ante el TJCE (asunto C-233/94), que fue desestimado por sentencia de 13 de mayo de 1997.

²⁴⁹ Es en esta Ley donde se regula en nuestro Derecho el control administrativo que se ejerce sobre las entidades de crédito. En su Título III (artículos 31 a 38), bajo la rúbrica «Medidas de intervención y de sustitución», el artículo 31 preve: 1) únicamente cuando

El presupuesto de toda intervención es, como expone Gamero²⁵⁰, una previa situación de crisis y su finalidad la de superarla, promoviendo el saneamiento de la entidad. Siguiendo a Zunzunegui²⁵¹, dicho saneamiento puede ser financiero, de gestión o con reestructuración patrimonial. Es en el saneamiento financiero y en la eventual reestructuración patrimonial de la entidad en crisis, en donde el FGD desempeña en nuestra legislación un papel fundamental. Mientras el saneamiento financiero persigue la restitución del equilibrio patrimonial perdido por la entidad²⁵², la reestructuración de su patrimonio supone la modificación de su estructura social para superar la crisis.

Como destaca García de Enterría²⁵³, la función primigenia del FGD, que era la que justificaba su propia denominación, consistía esencialmente en operar como institución de cobertura que prestaba una asistencia aseguradora a los depositantes de la entidad en crisis²⁵⁴. Pero como también recuerda el mismo autor, el elevado coste de esta fun-

una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, podrá acordarse la intervención de la misma o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección. Estas medidas se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada; 2) lo dispuesto en el número 1 de este artículo será también aplicable en aquellos casos en que, existiendo indicios fundados de que concurra la situación de excepcional gravedad a que el mismo se refiere, la verdadera situación de la entidad de crédito no pueda deducirse de su contabilidad; 3) las medidas de intervención o sustitución a que se refiere este artículo podrán adoptarse durante la tramitación de un expediente sancionador o con independencia del ejercicio de la potestad sancionadora, siempre que se produzca alguna de las situaciones previstas en los dos números anteriores».

²⁵⁰ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., p. 388.

²⁵¹ ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Ordenación bancaria*, Espasa, Madrid, 1992, pp. 325 y ss.

²⁵² Para ello se acude, como apunta GAMERO (*La intervención de empresas...*, op. cit., p. 388, nota 76), a la concesión de ayudas públicas o préstamos privados. En el caso de entidades de crédito, las ayudas públicas pueden proceder tanto del FGD como del propio Banco de España, quien puede conceder estas ayudas de acuerdo con el artículo 12.b del RD-L 18/1962, de nacionalización y reorganización del Banco de España, precepto que para dicho autor, no ha sido derogado ni por la LORBE ni por la Ley de autonomía del Banco de España, a pesar de que esta última dedica todo un capítulo a las finalidades y a las funciones del Banco de España.

²⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La reforma del régimen...», op. cit., pp. 569 a 594.

²⁵⁴ El FGD les garantizaba la recuperación de una cantidad máxima fijada inicialmente en 500.000 pesetas (en la actualidad 2.240.000 pesetas aproximadamente). Vid. SALINAS ADELANTADO, C.: «La nueva regulación...», op. cit., p. 461), subrogándose posteriormente en los derechos de los acreedores indemnizados contra la entidad de crédito.

ción y el propósito de evitar la caída o la crisis de cualquier entidad bancaria de relevancia, para preservar la estabilidad del sistema financiero, hicieron que el original papel diese paso rápidamente a una serie de actuaciones de carácter preventivo, dirigidas a atajar la posible situación de insolvencia y a garantizar el mantenimiento y la continuidad de la entidad afectada (su salvamento o saneamiento²⁵⁵).

La técnica que se ha seguido comúnmente para el saneamiento financiero de los bancos en crisis ha sido la denominada «operación acordeón»²⁵⁶, consistente en una reducción y ampliación simultánea de capital, con la finalidad de asumir la pérdidas y redotar patrimonialmente a la sociedad. Al FGD se le confieren importantes facultades en la ampliación de capital de las entidades de crédito en crisis, si bien, como apunta Gamero, «esta mediación del Fondo no se preve en los instrumentos normativos que regulan la intervención de empresas, sino que, existiendo un procedimiento para el saneamiento de entidades de crédito mediante la intervención del FGD, este procedimiento se ha venido siguiendo, asimismo, cuando se ha acordado la intervención de la entidad»²⁵⁷. En el caso de que se lleve a cabo la operación requerida²⁵⁸, el FGD podrá suscribir la ampliación de capital, en la parte no

²⁵⁵ GARCIA DE ENTERRIA, J. («La reforma del régimen...», op. cit., p. 572, nota 6) añade que «este desplazamiento de las funciones del FGD hacia el campo preventivo se nos ofrece así como una de las muestras más visibles de lo que ha dado en llamarse «Derecho paraconcursal», que busca la solución para las situaciones patológicas de la empresa fuera del Derecho concursal tradicional y que se centra básicamente en remedios menos traumáticos, que permitan la supervivencia de la misma».

²⁵⁶ Dicha operación, como matiza GAMERO (*La intervención de empresas...*, op. cit., p. 400 y notas 102 a 105), puede ir precedida de una conminación dirigida a tal efecto por el Banco de España a la entidad, que deberá ser atendida en el plazo de un mes, «so pena de excluir a las entidad del FGD» (con las consecuencias que ello conllevaría para el futuro de la misma), para lo que se flexibiliza el régimen de convocatoria y quorum de la junta general que haya de acordar la operación. Sobre la operación acordeón, vid. ÁLVAREZ SÁNCHEZ, E.: «La operación acordeón (Comentario a la RDGRN de 16 de enero de 1995)», en *RJN*, nº 15, julio-septiembre, 1995, pp. 243, con amplia bibliografía.

²⁵⁷ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit. p 400.

²⁵⁸ La conminación del Banco de España puede no ceñirse únicamente a dicha operación, sino incluir otras previsiones, precisando incluso, como en el caso del Banco Español de Crédito, «hasta qué concreta cantidad deberá reducirse el capital social y hasta qué otra deberá ampliarse posteriormente». GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La reforma del régimen...», op. cit., p. 575, nota 14.

suscrita por los accionistas o bien por no haber acudido a ella bien por haber adoptado en junta general el acuerdo de exclusión del derecho de suscripción preferente²⁵⁹. De esta manera, el FGD adquiere el control de la entidad, de forma transitoria²⁶⁰. Con posterioridad a esta recapitalización se produce su reversión al sector privado, donde sus nuevos adquirentes deberán asumir la tarea de culminar el saneamiento²⁶¹.

La intervención del FGD en las operaciones de recapitalización llevadas a cabo con la finalidad de salvar la entidad en crisis, fue lo que llevó a la Comisión a plantearse el posible otorgamiento de ayudas de Estado, en violación del régimen de los artículos 87 a 89 CE²⁶². En principio, todo apunta a que una operación de salvamento de una entidad financiera en crisis, con fondos públicos debería considerarse ayuda de Estado. Pero esta tesis fue rechazada. Invocando el conocido *principio del inversor privado en una economía de mercado*, la Comisión llegó a

²⁵⁹ En este caso fue una de las condiciones impuestas en la conminación del Banco de España, comunicándosele a la entidad que el FGD había resuelto ofrecerle la suscripción de una ampliación de capital por el importe de ciento ochenta mil millones de pesetas, supeditada, entre otros extremos, a la renuncia al derecho de suscripción preferente. Vid. GAMERO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., pp. 402 y 403, y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La reforma del régimen...», op. cit., pp. 575 y 576 y nota 14. A propósito de la supresión del derecho de suscripción preferente y las facultades de la junta general, de acuerdo con la Segunda Directiva en materia de sociedades (Directiva 77/91/CEE, de 13 de diciembre de 1976, DOCE L 26, de 31.1.1977). Sobre esta cuestión, vid. *supra* capítulo segundo, especialmente nota 8.

²⁶⁰ No se puede olvidar que «los accionistas preferirán resignarse a perder parte de su inversión antes que arriesgarse a soportar una previsible liquidación de la entidad», lo que, sin embargo ha llevado a afirmar, que «la regulación positiva del procedimiento se encuentra trucada», por cuanto iniciándose inocentemente mediante una reestructuración en la que en apariencia también tienen cabida los accionistas de la empresa, en realidad lo que se persigue y consigue es el paso del banco al control del FGD. Cfr. GAMERO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., pp. 402 y 403 y nota 113, con interesantísimos apoyos doctrinales.

²⁶¹ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., p. 404 y notas 116 a 118.

²⁶² En los tres casos inmediatamente anteriores ocurridos en nuestro país (BCCI, Banco Europeo de Finanzas y Banco Ibercorp), en lugar de la intervención del FGD se había acudido a procedimientos concursales, lo que, a juicio de García de Enterría («La reforma del régimen...», op. cit., p. 573, nota 10), se explicaría «más por las específicas características de estas entidades que por un abandono o arrinconamiento de las fórmulas de salvamento tradicionales». En casos posteriores, como el del Aresbank, fueron sus propios accionistas quienes recapitalizaron la sociedad.

la conclusión de que no se trataba de una verdadera ayuda de Estado, conforme al artículo 87.1 CE, por las siguientes razones: 1) las responsabilidades específicas de las autoridades nacionales de control monetario en relación con las entidades de crédito; 2) el rápido retorno del banco al sector privado; y, 3) el hecho de que junto a los fondos públicos se habían utilizado en proporción mayoritaria, fondos privados, aportados de manera voluntaria e incondicionada por los demás bancos, cuyas dotaciones formaban el FGD.

El examen de esta tesis de la Comisión nos obliga a analizar no sólo la concurrencia de capital público (el Banco de España dota de fondos al FGD) y de capital privado (procedente de las entidades miembros del Fondo), sino también el fin a qué se destina este capital (aseguramiento de los depositantes o saneamiento-salvamento de la entidad en crisis, como sucedió en este caso).

Como apunta Gamero²⁶³, la Comisión considera (implícitamente) que las ayudas concedidas por el FGD *a los depositantes* no se enmarcan en el concepto de ayudas de Estado; mientras que, por el contrario, las aportaciones específicas del sector público a dicho fondo, efectuadas en atención a situaciones concretas, sí deben colmar los requisitos impuestos por la normativa comunitaria sobre ayudas de Estado. Ahora bien, del examen de la información disponible acerca del

²⁶³ GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., p. 282, en nota 111, sobre la base de la Propuesta de la Directiva del Consejo relativa a los sistemas de garantía de depósitos, presentada por la Comisión el 4 de junio de 1992, COM (92) 188 final-SYN 415.

No cabe intepretar de otro modo el siguiente punto de la propuesta: «Se ha estudiado la conveniencia de que el sector público tenga la posibilidad de prestar ayuda a los sistemas de garantía en situaciones urgentes de excepcional gravedad o cuando los recursos de éstos se hayan agotado, para permitirles hacer frente a sus compromisos con los depositantes. No se ha estimado oportuno, en la propuesta de la Directiva, prohibir tal intervención, que, en la práctica, puede resultar necesaria, si bien no es deseable que se convierta en norma general y no puede quebrantar las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas estatales». Consecuentemente, el texto definitivo de la Directiva de 24 de mayo de 1994 (Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, se limita a armonizar la función primigenia de los FGD, como el español, destinada a garantizar a los depositantes, la recuperación de un importe mínimo de sus depósitos, sin entrar en las funciones de naturaleza preventiva, cuya finalidad es bien diversa: salvar la entidad y parte del capital invertido por los accionistas.

asunto Banesto, así como de los asuntos posteriores analizados por la Comisión²⁶⁴ se desprende, *a fortiori*, que pueden entrar igualmente en el concepto de ayudas de Estado, las aportaciones efectuadas por entidades privadas a dicho fondo, cuando no son efectuadas de manera voluntaria.

En nuestro Derecho el carácter voluntario de las aportaciones al FGD ha sido cuestionado por nuestra doctrina, entendiendo que, aunque formalmente las aportaciones tenían este carácter, era económicamente necesaria por ser un requisito imprescindible para acceder a la financiación del Banco de España²⁶⁵; en la práctica, no hay banco que pueda permitirse la no pertenencia al fondo, salir voluntariamente del mismo o quedar excluido. Por tanto, de acuerdo con estas consideraciones era razonable poner en tela de juicio la conclusión de la Comisión sobre el pretendido carácter voluntario de la ayuda en el caso *Banesto*.

En la actualidad, sin embargo, tras la reforma de nuestro sistema de garantía de depósitos llevada a cabo por el RD 2606/1996, de 20 de diciembre, la pertenencia a un sistema de garantía de depósitos es imprescindible para poder operar en la Unión Europea²⁶⁶. Además, las aportaciones del Banco de España han pasado a tener un carácter excepcional²⁶⁷. Se mantiene, no obstante, la importante presencia del

²⁶⁴ En concreto, la decisión final del asunto *Crédit Lyonnais (I)* y la Comunicación del asunto *Banco di Napoli*. En la Decisión relativa al grupo bancario *Crédit Lyonnais*, la Comisión afirmó textualmente, que «si el sector privado participa voluntariamente y con una aportación financiera significativa en las medidas de salvamento cabría concluir que no existe una ayuda de Estado». Por su parte, en la Comunicación sobre las ayudas previstas por Italia en favor del Banco di Napoli, la Comisión comienza recordando en el epígrafe 3 (descripción y evaluación de las medidas financieras en favor del banco), que «por regla general, la Comisión considera que cuando son otras entidades quienes, con carácter voluntario conceden su apoyo a un banco en dificultades, y existe una participación financiera significativa de entidades privadas, la medida en cuestión no constituye una ayuda estatal». Cfr. Decisión de 29 de julio de 1998, relativa a la aprobación condicional de la ayuda concedida por el Gobierno italiano al Banco di Napoli (DOCE L 116, de 4.5.1999, p. 36).

²⁶⁵ Así lo recoge el artículo 3.1 del RD 567/80 que, a juicio de GARCÍA DE ENTERRÍA, J. («La reforma del régimen...», op. cit., p. 579, nota 24), permanecía vigente en aquel momento.

²⁶⁶ Cfr. Artículo 5 RD 2606/1996.

²⁶⁷ Cfr. Artículo 3.4 RD 2606/1996.

Banco de España en las correspondientes comisiones gestoras de los fondos²⁶⁸, sin que esta dependencia respecto de nuestro banco central, pueda, en principio, implicar una verdadera dependencia del poder político nacional, atendiendo al estatuto jurídico del que disfruta en la actualidad dicha entidad en el marco de la Unión Económica y Monetaria²⁶⁹.

El tema de la posible presencia de elementos de ayuda en la actividad desarrollada por los *fondos de garantía de depósitos* se ha vuelto a suscitar en la práctica comunitaria en el asunto *Banco de Sicilia y Sicilcassa (II)*²⁷⁰.

La Comisión ya había examinado con anterioridad una primera operación de recapitalización²⁷¹ efectuada por las autoridades italianas

²⁶⁸ Hay que tener en cuenta que tanto en el sistema vigente en el momento de la intervención del FGD en Banesto, como en la actualidad, el Banco de España nombra la mitad de los miembros de la comisión gestora, que actúa como órgano de gobierno del FGD, asumiendo la presidencia uno de los representantes del Banco de España. El RD 2606/1996, de 20 de diciembre, en su artículo 1, párrafo 2º, atribuye la presidencia de las comisiones gestoras de cada uno de los Fondos (en establecimientos bancarios, cajas de ahorro y cooperativas de crédito) al subgobernador del Banco de España, especificación que no se contenía en el RD 567/1980, de 28 de marzo, el cual se limitaba a establecer que recaería en uno de los cuatro representantes del Banco de España. Tanto al amparo de una como de otra norma, el presidente dispone de voto de calidad (Cfr. artículo 1.1. RD 567/1980, de 28 de marzo y artículo 2.6 del RD 2606/1996, de 20 de diciembre). Vid. también SALINAS ADELANTADO, C.: «La nueva regulación...», op. cit., pp. 438 a 446.

²⁶⁹ Cfr. Tratado CE, título VII: *política económica y monetaria*, artículos 98 a 124 CE (antiguos 102 A a 109 N Tratado CE). Con carácter específico sobre el Sistema Europeo de Bancos Centrales y el Banco de España, vid. GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *La posición jurídica del Banco de España en el sistema europeo de bancos centrales*, Madrid, 2000.

²⁷⁰ DOCE C 297, de 25.9.98, p. 3. A pesar de que sobre este asunto ha recaído ya decisión definitiva (Decisión de 10 de noviembre de 1999, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Italia a los bancos públicos sicilianos Banco di Sicilia y Sicilcassa (DOCE L 256, de 10.10.2000, p. 21)), la polémica acerca de la intervención del Fondo Interbancario di Tutela dei Depositi se suscitó principalmente en la fase de investigación formal.

²⁷¹ NN/0162/91; DOCE C 160, de 26.6.1992, p. 8; IP/92/411, de 20.5.1992 y XXII IPC 1993, apartado 44. A estas menciones directas cabe añadir la que a este caso se contiene en la decisión del caso *Banco di Napoli* (DOCE C 328, de 1.11.1996, p. 23, en particular, p. 28), al que luego haremos referencia. La Comisión recuerda que ya en 1992 había adoptado una posición favorable en relación con una operación similar a la que ahora se planteaba para el Banco di Napoli, efectuada en favor del Banco de Sicilia por el Tesoro italiano y en favor de Sicilcassa, la región de Sicilia, en virtud de la Ley Amato de la Ley regional de 19 de junio de 1991, respectivamente.

tras la conversión en sociedades anónimas de estas entidades. De acuerdo con el principio del inversor privado en una economía de mercado se detectó la existencia de elementos de ayuda de Estado, porque, a su juicio, quedaba acreditado que ambas entidades nunca habían experimentado dificultades y que el objetivo era facilitar que se adaptaran a la reglamentación común de las entidades financieras. Al incoar de nuevo expediente, la Comisión va a plantear de manera directa la posible existencia de elementos de ayuda de Estado en la actuación del Fondo Bancario de Tutela de Depósitos (FITD) de Italia²⁷². Y al manifestar su posición se pronuncia en estos expresivos términos: «El carácter obligatorio de las contribuciones, así como la posibilidad de utilizar dichas contribuciones con vistas a lograr la recuperación de la actividad económica de un banco en crisis, elementos que en este caso aparecen combinados, justifica que la Comisión examine tales medidas a la luz del artículo 92 del Tratado CE. Por lo demás, dicho examen responde a las preocupaciones planteadas por la Directiva por lo que respecta a la estabilidad y a la competencia.

El hecho de que las contribuciones al fondo sean obligatorias puede conferirles el carácter de recursos estatales, en virtud de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE. El Tribunal de Justicia ha precisado que el concepto de recursos estatales abarca, en particular, los fondos alimentados por contribuciones obligatorias impuestas por la ley de un Estado miembro, gestionadas y distribuidas con arreglo a la legislación estatal, incluso aunque dichos fondos estén administrados por instituciones distintas de los órganos estatales (...). El Tribunal ha afirmado también que una medida de las autoridades estatales que

Las disposiciones contenidas en dichas leyes se juzgaron compatibles en tanto en cuanto se destinaban a respaldar el proceso de transformación de los bancos mencionados y de otros organismos de derecho público y cajas de ahorros, en sociedades por acciones de derecho privado, haciendo posible su futura privatización, mediante la autorización de la reevaluación de los ingresos patrimoniales en régimen de exención fiscal parcial y previendo intervenciones de recapitalización en favor de algunos bancos públicos, tradicionalmente infracapitalizados, para permitirles cumplir los requisitos mínimos de capital establecidos por las nuevas directivas comunitarias en materia bancaria.

²⁷² Sobre esta entidad, vid. en nuestra doctrina, DÍAZ MORENO, A.: «Las perspectivas de la protección de los depósitos en Italia: el futuro Fondo dei Tutela dei Depositari Bancari», en *RDBB*, 1987, pp. 341 a 377.

tenga por efecto favorecer a determinadas empresas no pierde su carácter gratuito por el hecho de haber sido parcial o totalmente financiada mediante contribuciones impuestas por las autoridades públicas y recogidas en las empresas interesadas (...). La naturaleza de la institución que gestiona la ayuda carece de importancia ya que, independientemente de que sea pública o privada, tiene como cometido utilizar los recursos del Estado; por consiguiente, la apreciación de tales regímenes en relación con el artículo 92 del Tratado CE depende de sus modalidades y efectos».

En consecuencia, «(d)ado que no puede descartarse que los recursos obtenidos mediante un sistema de garantía de depósito puedan constituir recursos estatales, la Comisión debe evaluar si su empleo puede dar lugar a ayudas estatales en el sentido del artículo 92 del Tratado».

Ahora bien, la Comisión estableció una distinción fundamental entre las intervenciones del sistema de garantía de depósitos destinadas al reembolso directo de los depositantes y las que buscan la supervivencia de una actividad económica. Las primeras no entrarían, en ningún caso, en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE puesto que no favorecen a ninguna empresa ni producción. Por el contrario, sí sería de aplicación dicho precepto a las segundas, incluso en el marco de la liquidación y desaparición de la entidad jurídica en cuestión»²⁷³. En todo caso, la Comisión debe proceder a «evaluar si la intervención del sistema de garantía que aporta una ventaja gratuita mediante el mantenimiento de la actividad económica del banco en dificultades es imputable al Estado y respeta el criterio del menor coste posible» y a tal fin, «(...) examinar el mecanismo de funcionamiento y de decisión del sistema de garantía en cuestión para evaluar si los poderes públicos tienen capacidad para influir directa o indirectamente en las decisiones del sistema de garantía»²⁷⁴.

²⁷³ La Comisión matiza en este punto, remitiéndose a las entonces vigentes Directrices sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 368, de 23.12.1994, p. 12) que «no se podrá eludir el control de las ayudas transfiriendo las actividades a otra persona jurídica u otro propietario».

²⁷⁴ Como puede observarse, en materia de ayudas a las entidades de crédito la Comisión ha optado por exponer criterios generales en decisiones particulares. Véase al respecto el apartado 3 de la Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueban condicional-

La Comisión resolvió finalmente sus dudas y concluyó que no constituía ayuda estatal, en el sentido definido en el apartado 1 del artículo 87 CE, la intervención del FITD en la liquidación de la Sicilcassa por un importe de 1 billón de liras italianas, destinadas a cubrir una parte del déficit de cesión al Banco di Sicilia de los activos y pasivos de la Sicilcassa. Los documentos presentados por las autoridades italianas, en particular los estatutos y un acta del consejo del FITD le permitieron confirmar la independencia de la entidad respecto del poder público, con arreglo a la Directiva sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas.

mente las ayudas concedidas por Francia al Banco Credit Lyonnais, (asunto Credit Lyonnais (I) (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92)) que, bajo la rúbrica «aplicación a los bancos de las normas de sobre Ayudas de Estado», incluía en realidad unas verdaderas líneas directrices sectoriales, al dotarlas de un cierto valor normativo y general. Cabe destacar que ya en la comunicación por la que se incoó el procedimiento se incluía un apartado 4 bajo la rúbrica «aplicación de las normas de la competencia a los bancos» (DOCE C 121, de 17.5.1995, p. 4). En este sentido, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit., pp. 95 a 102.

Capítulo V

LA APORTACIÓN DE CAPITAL COMO BENEFICIO ECONÓMICO INJUSTIFICADO

1. Consideraciones iniciales

El hecho de que la intervención financiera en una empresa sea reputada como estatal no supone necesariamente que constituya, sin más, una subvención o una ayuda estatal. Es preciso continuar la evaluación de dicha medida al objeto de verificar la concurrencia de las demás condiciones exigidas por el ASMC de 1994, en el ámbito del comercio internacional, o el apartado 1 del artículo 87 CE en el Derecho comunitario. Tanto en uno como en otro caso, la medida en cuestión debe suponer la concesión de una ventaja financiera gratuita e injustificada en favor de la empresa o empresas beneficiarias que rompa las condiciones de una leal competencia¹.

En consecuencia, la constatación de dicha ventaja y su cuantificación se convierten en dos de los elementos esenciales del complejo proceso que lleva a calificar las subvenciones o las ayudas estatales, al objeto de prohibirlas, de admitir su eventual compatibilidad o de adop-

¹ Sobre esta cuestión, vid. *supra* capítulo primero, apartado 3.3.

tar, en su caso, las correspondientes medidas compensatorias. Es claro que ambos extremos no ofrecen especial dificultad cuando la medida analizada es una simple transferencia directa de fondos públicos, sin que sea posible acreditar una contrapartida clara²: una simple subvención en el sentido habitual. Sin embargo, en otros supuestos resulta mucho más complejo apreciar la existencia de dicha ventaja o proceder a su cuantificación³. Una de las hipótesis en las que esta dificultad se ha mostrado de manera más evidente ha sido, precisamente, la de las aportaciones públicas de capital. Por un lado, están los problemas políticos e ideológicos que suscita la necesidad de mantener el necesario equilibrio entre los principios de neutralidad e igualdad de trato y la iniciativa pública económica. Por otro lado se halla el problema técnico de encontrar un criterio que permita discernir, garantizando la necesaria seguridad jurídica, cuándo dicha aportación estatal constituye efectivamente una ventaja económica, susceptible de alterar la competencia.

En este punto y de manera casi simultánea⁴, tanto el Departamento de Comercio estadounidense, como la Comisión Europea van a coin-

² Podemos señalar en este punto los problemas dogmáticos suscitados en la práctica, en relación con las transferencia de recursos públicos a través de convenios de colaboración, en vez de acudir a las convocatorias de subvenciones, en régimen de competencia, que exigen un informe que justifique las razones que excluyen la concurrencia. Cfr. RD2225/1993, de 17 de diciembre, que regula el procedimiento para la concesión de subvenciones públicas (BOE, n° 189, de 9.8.1993) y el artículo 3.1.d del RDLeg 2/2000, de 16 de junio (BOE, n° 148, de 21.6.2000), que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

³ Como ya señalábamos en el apartado 4 del capítulo primero, los Estados miembros han aprovechado esta dificultad práctica para tratar de eludir los férreos controles a los que se somete la concesión de ayudas estatales, por lo que los tribunales tienen que continuar precisando la noción de ayuda estatal en los nuevos supuestos planteados.

⁴ HELLINGMAN («State Participation...», op. cit., p. 118 y nota 23) apunta que dicho principio tiene su origen en la jurisprudencia norteamericana. No se puede desconocer que este criterio guarda también una gran proximidad con fórmulas tradicionales en nuestro Derecho histórico, como la remisión al comportamiento del «honrado comerciante», del que habla nuestro Código de comercio, o al «honrado padre de familia», al que también se remite nuestro Código civil. En este sentido se expresa DANA-DEMARE T. S.: «Jurisprudence commentée...», op. cit., pp. 296 a 303), quien alude a la figura del «*bonus pater familias*».

cidir sustancialmente al acudir al mercado, como referencia para apreciar la existencia de una ventaja gratuita e injustificada, susceptible de ser reputada como ayuda o como subvención. Surgen así el principio del inversor privado en una economía de mercado, en el Derecho comunitario y, el *private investor standard*, en la práctica de la administración comercial estadounidense, que también es aplicable a otras modalidades de financiación, como los préstamos o las garantías estatales⁵. Por ello procede comparar ambas soluciones, cuya convergencia práctica se produce en el seno de los acuerdos del GATT/OMC.

2. La determinación del carácter de ventaja en las aportaciones de capital público en el comercio internacional

Los problemas planteados por la posible existencia de subvenciones contrarias a las reglas de la leal competencia en las aportaciones de capital-riesgo efectuadas por las autoridades públicas en favor de determinadas empresas públicas o privadas, se detectaron ya durante la vigencia del ASMC de 1979. La práctica de la administración comercial estadounidense va a ser una importante referencia para valorar la aplicación de la regulación antisubvenciones, especialmente a propósito de los conflictos surgidos entre la Administración estadounidense y la Comunidad Europea. Por ello, es preciso detenernos en los orígenes de esta polémica para, a continuación, abordar su actual regulación por parte del GATT y del ASMC de 1994.

⁵ La utilización del principio del inversor privado a otras modalidades de intervención lleva a autores, como KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 36, nota 92), a apuntar que más que del «*principio del inversor privado*» debería hablarse del principio del «*operador privado*». Para una visión general de la utilización en el Derecho comunitario del mercado como criterio para determinar la existencia de un beneficio calificable como ayuda estatal a distintas modalidades de intervención financiera pública, vid. ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 66 a 92.

2.1. *El estado de la cuestión en el marco del GATT de 1947 y del ASMC de 1979*

Durante la vigencia del GATT de 1947, fueron los Estados Unidos, como recuerda Coccia⁶, la única parte signataria que utilizó los procedimientos para adoptar medidas compensatorias en los supuestos de aportaciones de capital en favor de empresas públicas, que era una de las *posibles formas* de subvención que mencionaba, a título de ejemplo, el artículo 11.3 del ASMC surgido de la Ronda de Tokio del GATT⁷. Es en este contexto y en relación no sólo con las aportaciones de capital, sino también con los préstamos, donde surge en la práctica del Departamento de Comercio norteamericano (en adelante, DOC), el denominado *private investor standard*⁸, también denominado *creditworthiness/equityworthiness test*⁹.

El paralelismo entre este test y el principio del inversor privado en una economía de mercado aplicado por la Comisión en el marco de la Comunidad Europea es ciertamente extraordinario; pero también cabe encontrar algunas diferencias en su aplicación práctica.

De acuerdo con la legislación norteamericana¹⁰, el DOC sólo investiga las subvenciones internas concedidas a empresas extranjeras cuando proceden de un gobierno extranjero¹¹, comparando la aportación de recursos de que se benefician dichas empresas con el *standard* del mercado, ya se trate de un préstamo en condiciones favorables o de una aportación de capital-riesgo¹².

⁶ COCCIA, M.: «Comment on Public Undertakings...», op. cit., p. 145.

⁷ Sobre esta cuestión, vid. *supra* capítulo primero, apartado 2.1.

⁸ HENDERSON, R. C.: «The Private Investor Theory: ITA Equity and Credit Decisions Since 1984», en WC, n° 33, June, 1988, pp. 6 a 27.

⁹ La noción de *creditworthiness* hace referencia al capital aportado a título de deuda y la de *equityworthiness* al aportado a título de capital.

¹⁰ U.S. Section 771 de la *Tariff Act* de 1930 y sus sucesivas reformas. Vid. HENDERSON, R. C.: «The Private Investor Theory...», op. cit., pp. 5 y ss.

¹¹ No se puede olvidar en este punto que estas medidas no se adoptan en relación con Estados en vías de desarrollo. Cfr. artículo 14 ASMC 1979.

¹² Para valorar el sentimiento de rechazo que suscitaba en las empresas norteamericanas la competencia de empresas públicas, principalmente europeas, a causa de las sub-

Como destaca Pappalardo¹³, la cuestión de cuándo y en qué condiciones la participación pública en el capital de las empresas podría contituir una subvención contra la que se pudieran adoptar medidas compensatorias fue el centro del debate de un número relativamente reducido de casos presentados ante las autoridades administrativas y los tribunales estadounidenses. De ellos, sólo dos se decidieron con anterioridad a la aprobación de la *Trade Agreements Act* de 1979¹⁴ y en ambos el *Treasure Department* consideró que las inversiones públicas no constituían subvenciones. Se trataba de los asuntos conocidos como *Papermaking Machines and Part Thereof from Finland*¹⁵ y *Grain Oriented Silicon Electrical Steel from Italy*¹⁶.

En el primero de ellos se planteaba la posible existencia de subvenciones en la contribución financiera del Gobierno de Finlandia a una empresa de ese país, en forma de aportación de capital y de crédito. La Administración Federal llegó a la conclusión de que dichas intervenciones financieras no constituían subvenciones, ya que el mero hecho de que el Gobierno hubiera aportado recursos a una empresa comercial no significaba *per se* que hubiera una subvención, cuando tampoco había sido posible encontrar ninguna evidencia de que dicha contribución hubiera puesto a la empresa en una situación comercial más favorable que los fabricantes privados de papel.

El segundo de los casos presentó mayores dificultades, las cuales se centaban en el origen de los fondos aportados a la empresa. En efecto, la denunciante había alegado que Terni, un fabricante italiano de acero,

venciones de que son objeto, vid. WALTERS, K. D., MONSEN, R. J.: «State-Owned Business Abroad: New Competitive Threat», en *Harvard Bus. Rev.*, march-april, 1979, pp. 160 a 170.

¹³ PAPPALARDO, A.: «Public Undertakings...», op. cit., p. 131.

¹⁴ Pub. L. 96-39, 93 Stat. 144, (1979) codificada en 19 USC para 11671 (1981). Como ya señalamos con anterioridad (capítulo primero, nota 15), la *Trade Agreements Act* de 1979 supuso la revisión más importante de la regulación sobre medidas compensatorias llevada a cabo hasta entonces en Estados Unidos y tenía como finalidad adaptar su normativa interna a las exigencias del ASMC de 1979, en el marco de la Ronda de Tokio del GATT.

¹⁵ 44 FR 10.451 (1979).

¹⁶ 44 FR 10.452 (1979).

había obtenido diversas subvenciones, otorgadas directa o indirectamente por el Gobierno italiano, o por su matriz (Finsider), que estaba bajo la dirección del Gobierno. El Departamento del Tesoro no encontró, sin embargo, evidencias de que los fondos hubieran sido aportados en condiciones no comerciales y, por lo tanto, consideró que no había razones para imponer medidas compensatorias.

La idea principal que subyacía en ambos expedientes era, en definitiva, que para poder adoptar medidas compensatorias, la aportación de capital debía efectuarse en términos no comerciales¹⁷.

La remisión al mercado («*commercial considerations*») como criterio adecuado para apreciar el carácter de subvención fue codificada en la legislación federal estadounidense por medio de la *Trade Agreement Act* de 1979, al incluir como subvenciones contra las que se podían adoptar medidas compensatorias las aportaciones de capital, préstamos o préstamos garantizados, *en condiciones incompatibles con las del mercado* («...*on terms inconsistent with commercial considerations*»).

La necesidad de perfilar en la práctica cuándo una aportación de capital responde o no a las condiciones de mercado, ha llevado a la Administración comercial norteamericana a desarrollar esta concepción abstracta con la noción de *creditworthiness* o *equityworthiness* de la empresa que recibe los fondos, según sean aportados a título de deuda o de capital. Una empresa es *creditworthy* si es capaz de obtener en el mercado privado de deuda los recursos que necesita, mientras que se considerará *equityworthy* cuando un inversor privado hubiera considerado comercialmente razonable invertir en ella. A tal efecto, resultaría imprescindible que la inversión sea comercialmente rentable al generar unos adecuados beneficios en función de los recursos aportados, a título de deuda o de capital¹⁸.

¹⁷ A juicio de PAPPALARDO («Public Undertakings...», op. cit., pp. 132), la aplicación de este criterio no era nueva, ya que había sido sostenido con anterioridad por la Administración antes de la adopción de la *Trade Agreements Act de 1979*, que en realidad procedía a codificarlo.

¹⁸ En este sentido, vid. HENDERSON, R. C.: «The Private Investor Theory...», op. cit., pp. 6 y ss.

A este respecto, como destaca Pappalardo, el DOC va a tener en cuenta más que el simple hecho de que en el momento en que se lleve a cabo la aportación la empresa tuviera pérdidas, que existiera la evidencia de serias o continuas dificultades de naturaleza estructural¹⁹. La consecuencia práctica de que una aportación de capital no satisfaga las exigencias de este test de solvencia es que pasa a ser considerada como una subvención que podría llevar aparejada la adopción unilateral por parte de las autoridades norteamericanas de las correspondientes medidas compensatorias²⁰.

En la práctica administrativa del DOC nos encontramos una definición más perfilada del concepto de *equityworthy* en el asunto *Cold-Roller Carbon Steel Flat-Roller Products from Argentina*²¹. El DOC expresó claramente este principio, señalando que «para que se diga que una empresa es *equityworthy* debe mostrar capacidad para generar una razonable tasa de retorno en un razonable período de tiempo. Para efectuar nuestro análisis de *equityworthiness*, valoramos la salud financiera presente y pasada de las cuentas de la empresa, de acuerdo con los diferentes indicadores obtenidos de sus correspondientes estados de cuentas y, cuando sea necesario de sus propios informes. Daremos gran peso a la reciente tasa de retorno de los recursos propios de la compañía, como indicador de su salud financiera y a las proyecciones, reflejadas

¹⁹ PAPPALARDO («Public Undertakings...», op. cit., p. 133) considera que el hecho de que el DOC empleara la expresión *posible subvención* implicaba que no se trataba de una regla absoluta, citando como ejemplos los llamados «*steel cases*», en los que el DOC admitió que el beneficio era sólo un indicador acerca de si la inversión respondía a los criterios comerciales, por lo que se debían de tener en cuenta otros factores, que podrían justificar la inversión en compañías que experimentaran serias dificultades financieras. A este respecto, apunta como las autoridades norteamericanas podrían llegar a admitir las ayudas a la reestructuración de empresas en crisis, respecto a las que su posición ha sido tradicionalmente restrictiva.

²⁰ Un repaso de la práctica de la Administración Federal norteamericana sobre esta cuestión durante la vigencia del marco creado por el ASMC de 1979 y por la *Trade Agreement Act* de 1979 puede verse, entre otros, en HENDERSON, R. C.: «The Private Investor Theory...», op. cit., pp. 7 a 27, y en PAPPALARDO, A.: «Public Undertakings...», op. cit., pp. 132 a 136.

²¹ 49 FR 18006, 18024 (DOC 1984. *Final determination. Subsidies appendix*), citado por HENDERSON, R. C.: «The Private Investor Theory...», op. cit., p. 6.

en estudios de mercado, previsiones nacionales o industriales, y proyectos y valoración de préstamos, cuando se disponga de estos tipos de análisis»²².

2.2. La nueva situación creada tras la aprobación del ASMC de 1994

El ASMC de 1994 aborda esta cuestión en su artículo 14, que tiene por objeto establecer con carácter general las reglas relativas al *cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor*.

Aunque en principio pueda parecer que la solución que adopta el artículo 14 del Acuerdo de 1994 es la de remitirse al método que establezca la legislación nacional del Estado miembro que se sienta perjudicado por las posibles subvenciones y que, por lo tanto, decida iniciar las actuaciones para adoptar medidas compensatorias, esta remisión general resulta notablemente matizada al exigir que su aplicación en cada caso particular sea transparente, adecuadamente explicada y compatible con las directrices específicas que ofrece para cada una de las modalidades de posibles subvenciones.

Por lo que se refiere en particular a las aportaciones de capital, el artículo 14 a establece al respecto que no se considerará que la aportación de capital social por el gobierno contenga un beneficio, a menos que la decisión de inversión pueda considerarse incompatible con la práctica habitual en materia de inversiones (inclusive para la aportación de capital de riesgo) de los inversores privados en el territorio de ese miembro.

²² Cfr. «To be equityworthy a company must show ability to generate a reasonable rate of return within a reasonable period of time. In making our equityworthiness determinations, we assess the company's current and past financial health, as reflected in various financial indicators taken from its financial statements, and, where appropriate, internal account. We give great weight to the company's recent rate of return on equity as an indication of financial health and prospects, as reflected in market studies, country and industry forecasts, and project and loan appraisal, when these types of analyses are available».

La redacción final de este apartado fue el resultado del panel de discusión que de manera específica trató de acercar las posiciones de los Estados Unidos y de la Unión Europea a proósito del modelo de inversor privado. Así, frente a la pretensión de la Unión Europea de que se siguieran tomando en consideración los factores que mencionaba el artículo 4.2 del Acuerdo de 1979, especialmente los objetivos de interés público que podían estar detrás de la inversión pública cuestionada, se optó finalmente, como destaca Didier²³ por la solución propugnada por la Administración Federal nortamericana que excluía dichos factores al precisar el comportamiento del «inversor privado razonable». No podemos olvidar, sin embargo, que la consideración de estos factores no incide en la aplicación misma del principio del inversor privado, sino en la mayor o menor amplitud con la que se reconozca la legitimidad para proceder a la adopción de medidas compensatorias por parte del Estado miembro perjudicado por las subvenciones.

Tanto la Unión Europea como la International Trade Administration nortamericana han trasladado este criterio a sus propias normas de aplicación en las que establecen los mecanismos internos para valorar las subvenciones y los correspondientes derechos compensatorios a imponer en su caso.

Por lo que atañe a la Unión Europea, primero el artículo 4²⁴ del Reglamento (CE) n° 3284/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994²⁵ y, posteriormente, el artículo 6 del vigente Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997²⁶, han recogido de manera casi

²³ DIDIER, P. («Le code...», op. cit., p. 695). El panel de discusión concluyó en este punto considerando que el Acuerdo de 1979 no obligaba a los signatarios a tomar en cuenta los objetivos de política económica perseguidos por el Gobierno que efectúase una toma de participación, si bien, como matiza este autor, no es posible anticipar cuál puede ser la aplicación que se haga de esta cuestión en el marco de la OMC.

²⁴ Este precepto tiene como rúbrica general la de «cálculo del importe de la subvención sujeta a derechos compensatorios».

²⁵ Sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (DOCE L 349 de 31.12.1994, p. 22, modificado por el Reglamento (CE) n° 1252/95 del Consejo (DOCE L 122, de 2.6.1995).

²⁶ Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (DOCE L 288, de 21.10.1997, p. 1).

idéntica²⁷ la literalidad del artículo 14 a ASMC de 1994, completándose su regulación en la Comunicación de la Comisión *Directrices para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios*²⁸. En concreto, respecto a las *aportaciones de capital social por los poderes públicos*²⁹, la Comisión va a exponer con gran claridad el principio del inversor privado en una economía de mercado, partiendo como veremos al analizar la práctica actual del DOC, de la existencia o no de un *precio de mercado*.

Por su parte, el cumplimiento de los compromisos asumidos por los Estados Unidos de América en el marco de la Ronda Uruguay del GATT de 1994 ha supuesto la necesaria modificación de la *Tariff Act* de 1930³⁰, así como la correspondiente adaptación de las reglamentaciones del DOC³¹. Debemos hacer, sin embargo, una mención especial a propósito de la *Final Rule* sobre medidas compensatorias aprobada el

²⁷ La única diferencia significativa es la de haberse reemplazado el término *gobierno*, por el de *poderes públicos*, adaptando el término empleado por el Acuerdo a la práctica comunitaria. En los apartados siguientes de este precepto se establecen las reglas de valoración para las subvenciones en forma de préstamos, garantías crediticias, el suministro de bienes o servicios o la compra de bienes por los poderes públicos.

²⁸ DOCE C 394, de 17.12.1998, p. 6. Estas directrices, que desarrollan las previsiones de los artículos 5, 6 y 7 del Reglamento (CE) n° 2026/97, tiene como objetivo «explicar más detalladamente la aplicación de estas disposiciones, con ejemplos en caso necesario, con el fin de aclarar la metodología que la Comisión utilizará normalmente para calcular el importe de la subvención en el marco de los derechos compensatorios, a no ser que existan circunstancias especiales que justifiquen la desviación de este método. El objetivo es aumentar la transparencia del proceso de cálculo y garantizar mayor seguridad a los operadores económicos y a los gobiernos extranjeros». Estas directrices serán también aplicables, como se especifica en la nota 2, a las investigaciones relacionadas con productos CECA realizadas con arreglo a la Decisión de la Comisión de 3 de septiembre de 1998 (DOCE L 245, de 4.9.1998, p. 3).

²⁹ Apartado E, letra f. Es preciso destacar que, aunque alude específicamente a la aportación de *capital social*, reconoce un concepto amplio de aportación de capital al referirse a la «práctica habitual en materia de inversiones (inclusive para la aportación de capital de riesgo (...))», por lo que incluye en el concepto de aportación de capital social los casos de aportación de capital de riesgo que no tenga reflejo directo e inmediato en la cifra de capital social.

³⁰ Sobre este punto, vid. *infra* capítulo primero, apartado 2.3 *in fine*.

³¹ La 19 CFR part 351 contiene los procedimientos y las reglas aplicables a los procedimientos en materia de derechos antidumping y de medidas compensatorias, conforme al título VII de la *Tariff Act* de 1930 (19 USC 1671 *et seq.*).

25 de noviembre de 1998³², por la que se añade una subparte E en la que se establecen las reglas para identificación y cuantificación de las subvenciones susceptibles de medidas compensatorias, entre las que se encuentran las aportaciones de capital riesgo (*equity infusions*).

El texto de esta *Final Rule*, cuya redacción fomentó un amplio debate³³, recoge la metodología que la Administración norteamericana va a aplicar para acordar la imposición de medidas compensatorias en los casos en que se aprecie la existencia de subvenciones conforme al Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias del GATT 1994, en forma de subvenciones, préstamos, aportaciones de capital, garantías, desgravaciones fiscales, etc.³⁴. En el presente análisis nos vamos a centrar únicamente en los supuestos de aportación de capital (*equity infusions*).

La nueva metodología propuesta para las aportaciones de capital incorpora importantes modificaciones, fruto en gran medida de los comentarios recibidos durante su elaboración³⁵, que llevaron a reevaluar ciertos aspectos fundamentales, como la naturaleza y las circunstancias que rodean la compra de acciones por las autoridades públicas

³² 19 CFR Part 351, subpart E (351.501 a 527), publicado en 63 FR at 65348 (1998).

³³ El texto final parte de un proyecto de Regulación de 17 de octubre de 1997, sobre el que se presentó un importante número de sugerencias a cuyo análisis y comentario se dedica una buena parte del documento.

³⁴ La *Final Rule* no regula, sin embargo, los híbridos financieros (*hybrid instruments*) por entender que no se correspondían con las categorías básicas de subvenciones, préstamos o recursos propios y reconocer prematura su codificación al no disponer de experiencia suficiente en relación con los mismos. La cuestión de los híbridos financieros había sido abordada en el asunto *Certain Steel Products from Austria* (General Issues Appendix), 58 FR 37062, 37254 (July 9, 1993) («GIA»), en el que el Departamento había realizado una aproximación jerárquica de los mismos que fue finalmente ratificada por los tribunales en el caso *Geneva Steel v. United States*, 914 F. Supp. 563 (CIT 1996). Como ya hemos señalado (capítulo segundo, apartado 2.4), esta cuestión sí es abordada en el Derecho comunitario.

³⁵ En la primera parte de esta *Final Rule*, el DOC analiza los diversos comentarios recibidos y expone los criterios que le han llevado a aceptar o a rechazar las diferentes soluciones propuestas. Las sugerencias presentadas en el marco de la modernización de la legislación norteamericana sobre medidas compensatorias puede consultarse en la dirección www.ia.ita.doc.org/cvd-cmts/ (última consulta realizada en noviembre de 2002).

con el propósito de reflejar mejor los principios recogidos en el ASMC de 1994 y enlazar con la práctica tradicional del propio Departamento en la materia.

La Sección 771(5)(E)(i) de la *Tariff Act* de 1930³⁶ establece en su parágrafo (a)(1) que, con carácter general existe un *beneficio* en una aportación de capital realizada por un Gobierno «si la decisión de invertir es inconsistente con las prácticas habituales de los inversores privados, incluyendo las relativas a la provisión de capital de riesgo en el país en el que la aportación se efectúa».

El método desarrollado para identificar y calcular el beneficio en los supuestos de aportación de capital público se divide en dos vías (*tracks*), cuya elección depende de que se disponga o no de la referencia de los precios pagados por un inversor privado³⁷.

2.2.1. *Primer método: private investor prices available*

El primer método de evaluación³⁸ que aplica el DOC parte del supuesto de que se disponga de la referencia del precio pagado por un inversor privado para una operación similar. En este caso, se considerará que la aportación de recursos no se corresponde con la práctica usual de un inversor privado «si el precio pagado por el gobierno por las nuevas acciones es mayor que el precio pagado por inversores privados para la misma o similar nueva emisión de acciones». En este caso y para determinar el precio de referencia pagado por inversores privados se tendrán en cuenta las nuevas emisiones de acciones que razona-

³⁶ Tal como quedó redactada tras la aprobación de *Trade Agreements Act* (1979), la *Trade and Tariff Act* (1984), la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (1988), y la *Uruguay Round Agreements Act* (URAA 1994).

³⁷ Sin embargo, por las razones que a continuación se detallan, ha cambiado el método propuesto para calcular el beneficio cuando no hay precios privados de referencia y no se puede construir el precio teórico que un inversor privado pagaría, por ello se ha suprimido la segunda frase que aparecía en el parágrafo (a)(1) de la propuesta de reglamentación de 1997.

³⁸ Cfr. 19 CFR Part 351.507.(2)(i)(ii)(iii)(iv).

blemente concurren con éstas, ajustando el precio, cuando sea preciso, para reflejar las posibles diferencias entre las acciones³⁹. El propio DOC reconoce que este método resulta, sin embargo, inaplicable si los posibles precios de referencia no son significativos⁴⁰. Es preciso además que la participación del sector privado sea asimismo significativa, pues de no serlo debería excluirse como referencia.

A pesar de que la práctica anterior del Departamento había sido la de utilizar preferentemente los «precios de mercado», incluyendo los del mercado secundario (*secondary-market*), cuando era posible y útil, el nuevo criterio establecido en esta reglamentación es el de acudir directamente al criterio de la *equityworthiness*. La propia reglamentación explica las razones de este cambio de criterio⁴¹, basadas en el hecho de que los mercados secundarios no reflejan necesariamente el valor de mercado de las nuevas acciones, teniendo en cuenta el momento en que se hace la comparación. El uso de los precios del mercado secundario, antes de una aportación de capital público no tiene en cuenta ni refleja el cambio de las relaciones de propiedad de la empresa ni las percepciones de los inversores privados de la compañía beneficiaria sobre el uso que pretenden hacer del nuevo capital recibido⁴². Además, el uso de los precios del mercado secundario, con posterioridad a la aportación del nuevo capital público, resultaría también problemático, a juicio del DOC, ya que la intervención pública puede incidir al alza en los precios de dicho mercado, elevándolo por encima de su valor, por lo que no considera razonable su utilización.

³⁹ Vid. *Certain Fresh Atlantic Groundfish from Canada*, 51 FR 10047 (March 24, 1986).

⁴⁰ El DOC observa en este punto un importante cambio frente a la versión del proyecto de 1997, al haber eliminado cualquier referencia al uso del precio de las acciones en el segundo mercado, optando por acudir directamente, en el caso de que no exista una operación que sirva de referencia, al criterio de la *equityworthiness*, en vez de a los precios en el mercado secundario.

⁴¹ Cfr. 19 CFR part 351 at pp. 65373 y 65374. En este punto, como veremos *infra*, la aplicación de este criterio no coincide con la realizada por la Comisión, que no excluye como referencia la cotización en el mercado secundario.

⁴² Cfr. 19 CFR section 351-507 at 65373.

2.2.2. *Método segundo*: actual private investor prices unavailable

El segundo método⁴³ propuesto nos resulta de más interés, ya que guarda mayor relación con el principio del inversor privado en una economía de mercado empleado en el Derecho comunitario y es, además, el que en la práctica de la administración comercial norteamericana se aprecia con más frecuencia, tanto en los asuntos analizados de acuerdo con las reglas aprobadas en 1998⁴⁴ como con las anteriores⁴⁵. Este método se aplica en el caso de que no exista una operación privada equivalente y se basa en la suficiencia o si la insuficiencia de recursos propios (*equityworthiness/unequityworthiness*) de la empresa en el momento en el que se produce la aportación de capital.

Como ya se venía analizando con anterioridad a la aprobación de la reglamentación de 1998⁴⁶, una empresa es *equityworthiness* si, desde la perspectiva de un inversor privado razonable que analiza en el momento en el que se realiza la aportación de capital público, ésta se muestra capaz de generar una adecuada tasa de retorno para la inversión en un plazo razonable de tiempo.

Para apreciar la *equityworthiness* de la empresa, en la actualidad, el Departamento deberá tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- 1) El análisis objetivo de las perspectivas financieras de la empresa o del proyecto, utilizando para ello, *inter alia*, estudios de mercado,

⁴³ Cfr. 19 CFR part 351.507.(3)(4)(5)(6)(7).

⁴⁴ A título de ejemplo, vid. *Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Cut-to-Length Carbon-Quality Steel Plate from Indonesia* [64 FR December 29, 1999, p. 73155] o la *Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Certain Cut-to-Length Carbon-Quality Steel Plate From France* (64 FR 73277 (December 29, 1999)), en relación con la empresa siderúrgica *Usinor*. La consulta de estas decisiones puede realizarse en la dirección de internet: www.access.gpo.gov/su_docs (National Archives and records Administration. Federal Register Online via GPO Access) (última consulta realizada en noviembre de 2002).

⁴⁵ En relación con la práctica del DOC anterior a la aprobación de la *Final Rule* de 25 de noviembre de 1998, resulta ilustrativa la *Final Affirmative Countervailing Duty Determination: Steel Wire Rod from Venezuela* (62 FR 55014 (october 22, 1997)).

⁴⁶ En relación con la práctica del DOC con anterioridad al ASMC 1994, vid. lo señalado en el apartado 1.1 de este capítulo.

proyecciones económicas, y proyectos o estudios de préstamos, elaborados con anterioridad a la aportación de capital en cuestión.

2) Los indicadores presentes y pasados de la salud financiera de la empresa receptora calculados a partir de los balances y cuentas de la empresa, ajustados, si resulta apropiado, a los principios contables generalmente aceptados.

3) Tasas de retorno del capital en los tres años anteriores a la aportación de capital público.

4) Finalmente, las aportaciones de capital efectuadas por inversores privados.

Para realizar esta evaluación de la salud financiera de la empresa supuestamente beneficiaria de subsidios, el DOC requerirá a los demandados la información y el análisis bajo los que el Gobierno adoptó su decisión de inyectar capital.

La ausencia de un verdadero análisis objetivo de la situación de la empresa, como el que emplean los inversores privados para valorar la oportunidad de la inversión, determina normalmente que se considere que la aportación pública efectuada contiene un beneficio y provocará, en su caso, la posible adopción de medidas compensatorias. El DOC no necesitará, sin embargo, hacer tal determinación, si la ausencia de un análisis objetivo es la práctica habitual del inversor privado razonable en el país de que se trate.

Para determinar si una empresa era *equityworthy* en el momento en el que se efectuó la aportación pública de capital, el DOC ignorará las subvenciones que con anterioridad o con posterioridad hubiera recibido la empresa analizada⁴⁷. Además, el hecho de que la empresa o el proyecto examinado resulte *equityworthy* no excluye que se deba indagar por otros medios, si la empresa o el proyecto no se corresponde con la conducta esperada de un inversor privado razonable. Si se llega a la conclusión de que la inversión era inconsistente con las prácticas habituales de un inversor privado, el importe del beneficio concedido se determinará caso por caso (*on a case-by-case basis*).

⁴⁷ 351.507.(4)(iii): «relevancia de subvenciones previas».

En el caso de que el *equitywirthiness test* arroje un resultado negativo y sea posible concluir que la conducta del inversor público no se corresponde con la que hubiera adoptado un inversor privado, se considerará como subvención el importe total de la aportación de capital público efectuada.

3. El principio del inversor privado en una economía de mercado aplicado en el Derecho comunitario

La remisión al mercado como criterio para apreciar la presencia de elementos de ayuda estatal aparece, por primera vez, en la normativa comunitaria sobre ayudas estatales a la industria siderúrgica⁴⁸ y a la construcción naval⁴⁹; si bien, como destaca Pappalardo⁵⁰, habría sido tenido en cuenta ya casi diez años antes con motivo del examen de la Ley italiana n° 184, de 22 de marzo de 1971, «que establecía la intervención gubernamental para apoyar la reestructuración y la reconversión de ciertas industrias»⁵¹.

A partir de estos precedentes, el principio del inversor privado en una economía de mercado ha sido recogido y desarrollado por la Comisión tanto en sus normas generales como en sus directrices o comunicaciones, sirviendo de fundamento para un importante número de decisiones en materia de ayudas estatales.

La jurisprudencia, por su parte, también reconoció con prontitud este principio, aunque no hay acuerdo entre los autores a la hora de fijar

⁴⁸ Decisión n° 2320/81/CECA de la Comisión, de 7 de agosto de 1981, por la que se establecían las reglas a que se debían someter la concesión de ayudas nacionales en el sector de la siderurgia (DOCE L 228, de 13.8.81, p. 14).

⁴⁹ Directiva del Consejo, de 28 de abril de 1981, sobre ayudas a la construcción naval Conocida como la Primera Directiva de las siete hasta ahora adoptadas para regular la concesión de ayudas en el sector naval (DOCE L 137, de 23.5.1981, p. 39). Cfr. ABBA-MONTE, G. B.: «Market Economy Investors Principle: A Legal Analysis of an Economic Problem», en *ECLR*, n° 4, 1996, pp. 258 a 268, en especial pp. 259 y 260; RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas...*, op. cit., p. 29.

⁵⁰ Cfr. PAPPALARDO, A.: «Government Equity...», op. cit., p. 231.

⁵¹ II IPC 1972, Apartado 122.

la primera sentencia del Tribunal de Justicia que confirma la validez de la aplicación de este principio. Así, mientras Pappalardo⁵² y Kovar⁵³ se remiten a la STJCE en el asunto *Leeuwarden Papierwarenfabriek BV*, de 13 de marzo de 1985⁵⁴, otros como Biancarelli⁵⁵, Abbamonte⁵⁶, Baudenbacher⁵⁷ o Keppenne⁵⁸, lo hacen a la STJCE en el asunto *Meura*, de 10 de julio de 1986⁵⁹. En ambos casos el Tribunal enjuiciaba aportaciones públicas de capital⁶⁰.

En el asunto *Leeuwarden*, la Comisión decidió⁶¹ que la toma de participación efectuada por el Gobierno holandés a través de un holding público de carácter regional constituía una ayuda de Estado incompatible, puesto que la situación financiera de la empresa, que tenía una urgente necesidad de proceder a realizar inversiones, y la situación del sector del cartón, constituían handicaps de tal magnitud que resultaba poco verosímil que la empresa pudiera obtener los recursos necesarios para su supervivencia en el mercado privado de capitales, destacando además la Comisión, que la empresa no disponía de margen bruto de autofinanciación (*cash flow*) para llevar a cabo la reestructuración sin acudir a las ayudas públicas.

⁵² PAPPALARDO, A.: «Les participations de l'Etat...», op. cit., p. 306.

⁵³ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 122.

⁵⁴ Reino de los Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek B.V. c. Comisión, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 809.

⁵⁵ BIANCARELLI, J.: « Le contrôle de la Court de Justice des Communautés Européennes en matière d'aides publiques », en *AJDA*, n° 6, de 20.6.1993, pp. 412 a 436, especialmente p. 415.

⁵⁶ ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy...», op. cit., p.260

⁵⁷ BAUDENBACHER, C.: *A Brief Guide to European State Aid Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 13.

⁵⁸ KEPPEPNE, G. P.: *Guide...*, op. cit., p. 39.

⁵⁹ Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 234/84, Rec. 1986-7, p. 2263. ARPIO SANTA-CRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., p. 69) se remonta incluso a la sentencia en el asunto *Inter-mills* (STJCE de 14 de noviembre de 1984, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 3809).

⁶⁰ En la STJCE de 15 de enero de 1986, *Boch I* (Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 52/84, Rec. 1986, p. 89) no se enjuiciaba la legalidad de la decisión sino su incumplimiento por parte de las autoridades belgas.

⁶¹ Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a una ayuda del Gobierno holandés en favor de una empresa de transformación de cartón (DOCE L 277, de 29.9.1982, p. 15).

Esta argumentación es aceptada por el Tribunal⁶², que reconoce que el carácter de ayuda de la participación litigiosa vendría determinado por la imposibilidad de la empresa de obtener financiación en el mercado privado de capitales partiendo del análisis de tres elementos: su estructura financiera, la urgente necesidad de inversiones de renovación y, finalmente, el exceso de capacidad del sector en el que operaba (transformación de cartón)⁶³.

Por su parte, en el caso *Meura*, el reconocimiento efectuado por el Tribunal es mucho más claro. El Tribunal enjuiciaba la decisión de la Comisión⁶⁴ de considerar como ayuda de Estado la suscripción de una ampliación de capital llevada a cabo por el Gobierno belga, en favor de una empresa que había tenido cuantiosas pérdidas en los últimos años, a través de una sociedad de desarrollo regional. En su apartado 14, el Tribunal señaló que «para comprobar si una de estas medidas (préstamos o aportaciones de capital) tiene un carácter de ayuda estatal, lo adecuado es aplicar el criterio indicado en la decisión de la Comisión (...) basado en las posibilidades de la empresa de obtener las sumas en cuestión en los mercados privados de capitales. En el caso de una empresa cuyo capital social está en manos de las autoridades públicas hay que examinar sobre todo si, en circunstancias similares, un socio privado habría procedido a una aportación de capital semejante, basándose en las posibilidades previsibles de rentabilidad y haciendo abstracción de cualquier consideración de tipo social o de política regional o sectorial»⁶⁵.

⁶² El TJCE estimó, sin embargo, por otros motivos, el recurso de anulación presentado contra la Comisión.

⁶³ Considerando 20.

⁶⁴ Decisión de 17 de abril de 1984, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de una empresa productora de instalaciones para la industria alimentaria, situada en *Tournai* (DOCE L 276, de 19.10.1984, p. 34).

⁶⁵ Con idéntica redacción y en el mismo apartado, la STJCE de 10 de julio de 1986, asunto Boch II, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 40/85, Rec. 1986, p. 2321. Recurso de anulación contra la Decisión de 24 de octubre de 1984 (DOCE L 59, de 27.2.1985, p. 21). Conclusiones del Abogado General CARL OTTO LENZ, de 16 de abril de 1986. A propósito de esta jurisprudencia, PAPPALARDO («Public Undertakings...», op. cit., p. 138) ha creído ver una interesante distinción según el carácter público o privado de la empresa

Las sentencias posteriores han subrayado la legalidad de este principio, limitándose a verificar su correcta aplicación⁶⁶ y a matizar su interpretación por parte de la Comisión, tanto en supuestos de participación en el capital como en otras modalidades de ayuda⁶⁷.

Para conocer con claridad y rigor la formulación y la aplicación de este principio, especialmente en el caso de las participaciones en el capital, vamos a analizar, en primer lugar, la posición de la Comisión,

beneficiaria, entendiendo que, en el caso de una empresa privada, la formulación del principio se centraría en la posibilidad de dicha empresa de obtener la suma en cuestión en el mercado privado de capitales, mientras que en el caso de que la empresa fuera pública la formulación del principio sería la de si en circunstancias similares un inversor privado, teniendo en cuenta la posibilidad de obtener un beneficio y dejando al margen consideraciones de carácter social, de política regional o sectorial, habría suscrito dicho capital.

⁶⁶ La jurisprudencia ha reconocido que la apreciación que ha de efectuar la Comisión acerca de si una inversión cumple el criterio del inversor privado requiere una valoración económica compleja, en consecuencia, cuando adopta un acto de dicha naturaleza, goza de un amplio poder de apreciación y el control jurisdiccional de dicho acto a este respecto se limita a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección nimpugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder (...), sin que quepa a los tribunales «sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia» (vid. por todas, STPI de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA) c. Comisión, asunto T-152/99, apartado 127 (pendiente de publicación)).

⁶⁷ STPI de 30 de abril de 1998. Cityflyer Express Ltd c. Comisión, asunto T-16/96, Rec. 1998, p. II-0757. Más recientemente en el ámbito del Tratado CECA, la STJCE de 21 de enero de 1999, Neue Maxhütte Stahlwerke Gmb y Lech-Stahlwerke GmbH c. Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. 1999, p. II-0017. Como destaca la Comisión en su XXX IPC 2000 (COM (2001) 694 final, apartado 312), el Tribunal de Justicia ha desarrollado en su Sentencia de 29 de abril de 1999 (Reino de España c. Comisión, asunto C-342/96, Rec. 1999, p. I-2459, apartado 46), relativa a las ayudas a Tubacex, el principio del «acreedor público», como una variante del principio del inversor privado en una economía de mercado, con objeto de determinar si existía ayuda estatal en los casos en los que el Estado alcanzase un acuerdo de reembolso y reprogramación de pagos. A juicio del Tribunal, en el caso de autos debía excluir el carácter de ayuda, ya que el Estado no había actuado como inversor público, cuya conducta se habría de comparar con la de un inversor privado que aportaba capital con vistas a obtener un beneficio sino como acreedor público que, como todo acreedor privado, trataba de recuperar los importes que se le adeudaban y, a tal efecto, había celebrado con el deudor convenios conforme a los cuales las deudas acumuladas se aplazarían o se fraccionarían para facilitar su devolución. Debemos destacar el hecho de que la Comisión alude a esta cuestión en el informe correspondiente al año 2000 y no al de 1999, que fue el año en que recayó la sentencia comentada, a pesar de que por error la Comisión la cite como de 29.4.2000.

expresada en diversos documentos y normas jurídicas y, en segundo término, la práctica decisoria de la misma, con las correcciones o concreciones establecidas por la jurisprudencia.

3.1. *El principio del inversor privado en las normas y documentos*

La Comisión, con el apoyo, en su caso, de las demás instituciones competentes, ha expuesto su posición a propósito de la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado en diversos documentos, con o sin valor normativo directo, en los que ha plasmado su posición y la de la jurisprudencia, acerca de las diversas cuestiones que su aplicación suscita.

La Comisión abordó, en primer lugar, el principio del inversor privado en una economía de mercado en su Comunicación de 17 de septiembre de 1984, relativa a la participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas, para proceder a su desarrollo, desde una perspectiva más general, en su Comunicación de 1993 relativa a las empresas públicas del sector de fabricación. Con posterioridad a estos dos documentos fundamentales, la Comisión ha introducido algunas precisiones o matizaciones en diversas comunicaciones o directrices en relación con la aplicación de este principio, desde una perspectiva sectorial, como en el caso de las adoptadas en relación con el transporte aéreo (1994) o con el sector financiero (1995), o con carácter horizontal⁶⁸,

⁶⁸ No se puede olvidar, sin embargo, que el criterio del mercado es aplicado también por la Comisión para apreciar la existencia de elementos de ayuda estatal en otros supuestos, como el de la venta de terrenos públicos. A este respecto, vid. Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos (DOCE C 209, de 10.7.1997, p. 3). En esta misma línea y a propósito de régimen británico de la *English Partnerships*, destinado a la financiación de proyectos de desarrollo de solares y edificios, vid. D'SA, R.M.: «When is Aid Not a State Aid? The Implications of the *English Partnerships* Decision for European Competition Law and Policy», en *ELR*, 25, 2000, pp. 141 a 156. Resulta también de interés la aplicación de este criterio a la hora de valorar la posible existencia de elementos de ayuda estatal en relación con la fijación de tarifas en sectores fuertemente intervenidos como el de la energía, por parte de los operadores públicos. En este sentido, vid. SLOT, P. J.: «State Aid in the Energy Sector in the EC: The Application of the Market Economy Investor Principle», en BILAL, S., NICOLAIDES, P. (ed.): *Understanding State...*, op. cit., pp. 143 a 157.

como en el caso de las directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (1994 y 1999) así como en sus directrices para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios (1998) o sobre capital-riesgo (2001).

3.1.1. *La Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984*

La Comisión va a desarrollar por primera vez el principio del inversor privado en una economía de mercado en su Comunicación sobre la «participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas» de 1984⁶⁹. En efecto, en esta Comunicación, la Comisión expone y analiza tres situaciones, en las que, siguiendo el método del semáforo⁷⁰, puede afirmarse *a priori* que no hay ayudas de Estado (*luz verde*), que hay una presunción de ayuda estatal (*luz amarilla*) o, finalmente, que la existencia de ayudas de Estado resultaría incuestionable (*luz roja*)⁷¹.

Para la Comisión *no existe ayuda de Estado (luz verde)*⁷² en la adquisición total o parcial de una participación en el capital de una empresa existente, cuando no haya, en realidad, aportación de capital nuevo o cuando, aún tratándose de capital nuevo, dicha aportación se realiza en condiciones que resultarían aceptables a un inversor privado que opere en condiciones normales de mercado⁷³.

⁶⁹ A propósito de esta Comunicación, vid. lo ya expuesto *supra* capítulo primero, apartado 5.6.

⁷⁰ Esta forma de exposición, que resulta especialmente gráfica, es equivalente a la empleada por HELLINGMAN («State Participation...», op. cit., p. 111 a 133), quien opta, sin embargo, por diferenciar entre negro-blanco-gris para identificar los supuestos en que hay ayuda, no hay ayuda o, finalmente, se presume la existencia de ayuda.

⁷¹ No se puede olvidar que, de acuerdo con el sistema diseñado por el apartado 1 artículo 87 CE, el hecho de que la medida pueda ser calificada de ayuda, en la medida en que confiera una ventaja a la empresa beneficiaria, no excluye que deban concurrir las demás circunstancias que enumera dicho precepto para la que la medida en cuestión pueda ser calificada en sentido estricto como «ayuda estatal». Sobre esta cuestión, vid. lo señalado *infra* en el apartado 3 del capítulo primero de este trabajo.

⁷² Apartado 3.1 de la Comunicación.

⁷³ Acerca de la noción de «capital nuevo», vid. *supra* capítulo segundo, apartado 1.2.

La Comisión incluye en este supuesto su primera referencia al comportamiento probable de un teórico inversor privado, y se ve en la necesidad de precisar una serie de supuestos para concretar cuál sería ese comportamiento previsible de un inversor privado en cada uno de ellos⁷⁴.

El primer supuesto es bastante indefinido, puesto que se refiere a la creación de una empresa nueva en la que las autoridades públicas «sean titulares de la totalidad del capital o de un interés mayoritario o minoritario, siempre y cuando éstas apliquen los mismos criterios como proveedores de capital en condiciones normales de economía de mercado»; es decir, una empresa pública o mixta, exigiendo en este último caso, de nuevo, que el inversor público se comporte como un inversor privado, lo que hay que entender en el sentido de que ambos aporten capital en idénticas o equivalentes condiciones.

El segundo caso condiciona la ausencia de ayuda estatal a que la aportación de capital nuevo en favor de una empresa pública responda efectivamente a sus necesidades de nuevas inversiones y a los costes directamente vinculados a las mismas, siempre que el sector en el que opere no sufra un exceso de capacidad estructural en el mercado común y la situación financiera de la misma sea saneada.

El tercer ejemplo plantea la hipótesis de una ampliación de capital, sin precisar cuáles puedan ser sus motivos. Para que la conducta del accionista público sea equiparable a la de un inversor privado, la Comisión considera necesario que concurren tres requisitos: 1) que el accionista público aporte capital en proporción a su previa participación; 2) que concorra el accionariado privado y, aunque no se exige que mantenga su previa participación, el capital no cubierto por los accionistas privados presentes no podría ser adquirido por el accionista público, salvo que, concurren las condiciones del supuesto anterior; y 3) que la participación del inversor privado resulte significativa desde el punto de vista económico: si la participación de los inversores privados, previa a la ampliación o como consecuencia de la misma, no es significativa, parece que sólo cabría excluir la presencia de ayuda estatal cuando concurren nuevamente las condiciones del segundo supuesto.

⁷⁴ Enumeración efectuada en el apartado 3.2, números i) a vi) de la Comunicación.

El cuarto supuesto es, en realidad, una excepción del anterior, cuando la empresa que amplie capital sea una PYME. En efecto, la Comisión excluirá también el carácter de ayuda estatal a pesar de que el inversor público amplíe su previa presencia en el capital frente a los accionistas privados o su importe exceda el valor real de la empresa (activos netos más valor del fondo de comercio o conocimientos técnicos), siempre que se trate de «...una pequeña o mediana empresa que, debido a sus dimensiones, no pueda aportar las garantías suficientes en el mercado financiero privado, pero cuyas perspectivas sean tales que justifiquen una participación pública superior a sus activos netos o la inversión privada». Como fácilmente se puede observar, la conducta que describe la Comisión no es la de un *inversor normal*, sino la de un *inversor de riesgo*, que actúa, en consecuencia, como una sociedad o fondo de capital-riesgo y que, por lo tanto, debe seguir el comportamiento *habitual* de tales entidades a la hora de valorar sus inversiones y de tomar sus riesgos.

El quinto supuesto exige también una valoración singular. Conforme al mismo, un inversor privado decidirá adquirir una participación en el capital, a pesar de que su rentabilidad no sea inmediata, siempre y cuando se trate de una adquisición de *naturaleza estratégica* para la empresa, por incidir bien en sus mercados o bien en sus suministros. Curiosamente, sin embargo, la Comisión no exige que se acrediten *a priori* estas circunstancias, sino que, al igual que las demás hipótesis de este apartado, se limita a prever un eventual control y justificación *a posteriori*⁷⁵.

Finalmente, la Comisión reserva una séptima hipótesis, para las empresas innovadoras. Para la Comisión, un inversor privado que opere en una economía de mercado, aportaría capital a una empresa cuando su «potencial de desarrollo..., reflejado en la capacidad de innovación procedente de inversiones de todo tipo, sea tal que la operación pueda considerarse una inversión especialmente arriesgada, pero con grandes posibilidades de resultar rentable en último término». Se trata, nuevamente, de una hipótesis de inversión de alto

⁷⁵ Cfr. apartado 4.2 y el capítulo tercero de este trabajo, apartado 2.2.2.1, letra a.

riesgo, a la que, en consecuencia, se debe exigir una mayor perspectiva de rentabilidad.

Por el contrario, para la Comisión *existen elementos de ayuda estatal (luz roja)*⁷⁶ cuando la aportación de capital se realiza «en circunstancias tales que no resultarían aceptables para un inversor privado que operase en condiciones de mercado normales». La Comisión se ve, nuevamente, en la necesidad de precisar una serie de supuestos.

Un primer caso se plantea cuando la situación financiera de la empresa y, especialmente, la estructura y volumen de su endeudamiento sean tales que no quepa esperar un rendimiento normal (en dividendos o valor de la empresa) del capital invertido en un plazo de tiempo razonable. En esta circunstancia, la aportación de capital sólo puede ser una ayuda.

Lo mismo sucedería cuando por cualquier motivo (por ejemplo, un flujo de tesorería insuficiente) la empresa no pudiera obtener los fondos precisos para el programa de inversión en el mercado de capitales.

En tercer lugar, habría también ayuda cuando la participación sea a corto plazo, fijándose de antemano su duración y su precio de venta, de forma que el rendimiento para el proveedor de capital sea considerablemente inferior del que hubiera podido obtener con una inversión en el mercado de capitales durante un período semejante.

Un cuarto supuesto es el que se produce cuando la participación de las autoridades públicas lleve consigo la asunción o continuación de todas o de parte de las operaciones inviables de una empresa en dificultades mediante la constitución de una nueva entidad jurídica⁷⁷.

Una quinta hipótesis es la que existe cuando la aportación de capital a empresas, cuyo capital esté repartido entre accionistas privados y públicos, sitúe la participación estatal en un nivel significativamente superior al original y la retirada relativa de accionistas privados se deba, en buena medida, a las escasas perspectivas de beneficio de las empresas.

⁷⁶ Apartado 3.3., números i) a vi). En estos supuestos, será el Estado miembro quien debería acreditar que no existe ayuda de Estado o que, de existir, sería compatible, de acuerdo con alguna de las excepciones de los apartados 2 y 3 del artículo 87 CE.

⁷⁷ En relación con este supuesto, vid. lo señalado en el capítulo segundo, apartado 2.2.1.

El último supuesto que plantea la Comisión es el de que el importe de la participación exceda del valor real de la empresa (activos netos más valor del fondo de comercio o conocimientos técnicos), con la excepción de que se trate de PYMES⁷⁸.

Un tercer grupo de supuestos es el constituido por aquellos casos en los que no se podría excluir *a priori* la existencia de ayudas estatales y que, por lo tanto, deben ser notificados previamente para ser examinados por la Comisión. A juicio de la Comisión *existe una presunción de ayuda (luz amarilla)*⁷⁹, en dos supuestos: primero, cuando la intervención de las autoridades públicas tenga forma de adquisición de participación combinada con otros tipos de intervención que deban notificarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 88 CE; y, segundo, cuando se adquiriera una participación en un sector en el que existan graves dificultades, cuando no concurren las circunstancias ya expuestas que determinaban la presencia de ayuda estatal (*luz roja*); en el caso de que la Comisión considere que la empresa beneficiaria opera en un sector en el que existe un exceso de capacidad estructural, aun cuando tales casos puedan considerarse, en principio, como ayudas estatales, la Comisión podrá analizar todas las adquisiciones de participación en el sector, incluidas aquéllas en que quedaba excluida la presencia de ayuda estatal (*luz verde*).

La Comisión ha continuado aplicando este documento a la hora de analizar los diversos supuestos de participación en el capital y, aunque por lo general, las remisiones al mismo son genéricas, no faltan supuestos en los que específicamente se concretan en una de las variadas hipótesis descritas⁸⁰.

⁷⁸ Vid *supra* apartado 3.2. de la citada comunicación.

⁷⁹ Apartado 3.4, números *i* e *ii*).

⁸⁰ Cfr. a título de ejemplo, los asuntos Renault (DOCE L 220, de 11.8.1988, p. 30), Enasa-Pegaso (DOCE L 367, de 16.12.1989, p. 62) o Nuova Cartiera de Arbatax (DOCE L 159, de 12.6.1992, p. 46), mencionan expresamente el supuesto de existencia de ayuda estatal referido por la Comisión en el apartado 3.3, número *i*).

3.1.2. La Comunicación dirigida a las empresas públicas del sector de fabricación

La Comunicación de 1993, relativa a las empresa públicas del sector de fabricación⁸¹, ofrece a su vez «algunas explicaciones complementarias», a propósito de la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado, a la vez que extiende su aplicación a otras modalidades de intervención estatal.

De manera especial, la Comisión va a abordar en sus capítulos V y VII⁸² la viabilidad de este principio, de acuerdo con su práctica consolidada, y va a exponer las reglas básicas para su aplicación en relación no sólo con las aportaciones de capital, sino también con otras modalidades de intervención estatal, como los préstamos o con las garantías públicas.

Sobre la aplicación de este principio, la Comisión afirma con claridad su intención de exigir que las empresas y las autoridades públicas que demanden financiación adicional analicen los riesgos y los resultados probables de sus proyectos de inversión en términos análogos a los empleados por los inversores privados⁸³.

A este respecto, advierte que, con carácter general, verificará un examen *a posteriori* de las operaciones, confirmando expresamente los criterios establecidos en su Comunicación de 1984 a propósito de las aportaciones de capital. En consecuencia, únicamente se considerarán

⁸¹ Comunicación a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DOCE C 307, de 12.10.1993, p. 3). Acerca de este documento, vid. también *supra* capítulo primero, apartado 5.7.

⁸² Apartados 27 a 31 y 34 a 44.

⁸³ Como apunta EVANS (*EC Law...*, op. cit., p. 67), en esta comunicación la Comisión reconoce que los inversores, tanto públicos como privados, deben realizar un análisis de los riesgos (*risk-analysis*) para el que se debe acudir a los conocimientos y técnicas gerenciales que dejan un amplio margen a la decisión de inversión. Por su parte, KOVAR («Les prises...», op. cit., pp. 112) destaca que la amplitud y la complejidad de la casuística y las importantes dudas suscitadas en su aplicación explican que la Comisión haya considerado útil codificar y precisar su doctrina en su Comunicación de 18 de octubre de 1991. Procede destacar que ambos autores se refieren a la comunicación de 1991, aunque sus trabajos sean posteriores a la sentencia del TJCE que la anuló y a la publicación de la comunicación que la reemplazó en 1993.

ayuda estatal los proyectos respecto de los que no existan motivos objetivos o de buena fe para esperar razonablemente un rendimiento suficiente en una empresa privada comparable en el momento de adaptarse la decisión de inversión o financiación, ya que sólo en estos supuestos se está ante una provisión de fondos a las empresas en condiciones económicas más ventajosas que las que gozaría una empresa privada. Para mayor claridad, el texto comunitario traslada este razonamiento a algunos supuestos prácticos y compara en ellos el comportamiento de los operadores privados con el de los públicos.

El primer caso que se analiza es el de los grupos de empresas públicas sin problemas de rentabilidad que aportan fondos a empresas del grupo no rentables. La Comisión reconoce que este supuesto se da también en los grupos privados cuando adoptan planes estratégicos con buenas expectativas de beneficios a largo plazo o cuando la provisión interna de fondos beneficia claramente al grupo en su conjunto, por ello sólo considerará que existe ayuda cuando pueda demostrar que no existe ninguna explicación razonable que justifique el flujo de fondos.

Otro supuesto controvertido es el de las empresas, públicas o privadas, que optan por dividirse en filiales, jurídicamente independientes, por razones fiscales o de otra índole. En este caso, la Comisión manifiesta que se atenderá únicamente a la información derivada del correspondiente informe consolidado, sin solicitar información adicional de los flujos de fondos entre las filiales.

También plantea dificultades desde la perspectiva del comportamiento de un inversor privado en una economía de mercado la naturaleza de la inversión. Así, no son idénticos los objetivos ni las expectativas de un inversor en una participación minoritaria en una empresa que en la adquisición del control de un importante grupo. En el primer caso, se tratará, por lo general, de una inversión especulativa que persiga la rentabilidad a corto plazo; por el contrario, en el segundo supuesto, la inversión admitirá una rentabilidad a largo plazo. Trasladando este razonamiento al caso del inversor público, resulta ajustado al mercado que una autoridad pública que controla una empresa o un grupo de empresas públicas esté normalmente menos interesado por la obtención de un

beneficio a corto plazo que si poseyera solamente una participación minoritaria en una empresa no controlada

Finalmente, a propósito de las peticiones de fondos adicionales por las empresas, es preciso distinguir según que los fondos se destinen a financiar la reestructuración de la empresa solicitante o que tengan por objeto proyectos específicos. Resulta evidente que un inversor que actúa con arreglo a los criterios de mercado estará más dispuesto a aportar nuevos fondos si las inversiones anteriores en la empresa o grupo que los solicita hubieran logrado una rentabilidad suficiente; por el contrario, cuando sus resultados hubieran sido peores que los de sus competidores, el inversor o propietario privado tenderá a considerar dicha posibilidad con mayor escepticismo y, si lo que estuviera en juego fuera toda la inversión realizada, precisaría examinar un mayor número de circunstancias para justificar empresarialmente cualquier nueva aportación de recursos. En el caso de que la decisión final que adoptara supusiera el abandono de una línea de actividad no rentable a largo o a medio plazo, lo más lógico sería que estableciera el calendario y la amplitud de la reducción, en función de sus efectos sobre la credibilidad global y sobre la estructura del grupo en su conjunto⁸⁴, debiendo disponer para adoptar esta decisión de información «suficiente y adecuada»⁸⁵.

La Comisión dedica su capítulo VII a exponer los elementos que tendrá en cuenta para evaluar diversas modalidades de intervención

⁸⁴ Como destaca EVANS (*EC Law...*, op. cit. p. 69 y nota 399), la financiación estatal de operaciones de reconversión, que incluyan recolocación de trabajadores y la mitigación de los efectos regionales de un recorte de plantilla, puede no ser tratada como ayuda, conforme al artículo 87 CE, ya que cada operación abarca un número de beneficios, como la reorientación de actividades, o beneficios materiales indirectos, o responde a la necesidad de mantener la «imagen de empresa». Cfr. Decisión de 27 de noviembre de 1991, sobre actividades de reconversión de grupos industriales públicos franceses fuera de la siderurgia, las explotaciones hulleras y la Compañía General Marítima con arreglo a los artículos 92 a 94 del Tratado CE (DOCE L 138, de 21.5.1992, p. 24). Un comentario de esta decisión puede verse *supra* capítulo cuarto, apartado 4.2.2. Asimismo, vid. la STJCE de 14 de septiembre de 1994, Reino de España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103.

⁸⁵ Esta misma información, *mutatis mutandis*, es la que la Comisión considera que ha de aportársele cuando deba evaluar, con carácter previo o *a posteriori*, una operación equivalente susceptible de constituir ayuda estatal.

financiera pública⁸⁶: aportaciones de capital⁸⁷, garantías⁸⁸, préstamos⁸⁹ y rendimientos de las inversiones⁹⁰. Atendiendo a los objetivos de este trabajo y a la noción de *participación en el capital* que mantenemos, vinculada al fortalecimiento de los recursos propios de la empresa, nos ocuparemos tanto de las aportaciones de capital como de los rendimientos de las inversiones.

Con respecto a las aportaciones de capital, la Comisión se centra en uno de los supuestos recogidos en su comunicación de 1984, considerando que existe ayuda estatal⁹¹ cuando la aportación cuestionada se efectúa en una empresa cuya estructura y perspectivas son tales que no quepa esperar la obtención de un rendimiento normal (en forma de dividendos o de ganancias de capital) en un plazo razonable en comparación con una empresa privada similar. Completa esta formulación inicial la exigencia de que el valor actualizado de los flujos de tesorería (*cash-flow*) que se espera obtener del proyecto (percibidos en forma de dividendos y/o ganancias de capital, y ajustados en función de los riesgos) sea superior a la aportación nueva.

La Comisión expone también su posición acerca de las aportaciones de capital que imponen algunas legislaciones nacionales a los accionistas⁹² de empresas cuyo capital haya descendido a causa de pérdidas

⁸⁶ La Comisión reconoce que dicha enumeración no es exhaustiva y que, en consecuencia, «procederá contra la concesión de cualquier otra ventaja a empresas públicas, de forma directa o indirecta, que pueda constituir una ayuda». Vid. nota 29 en relación con nota 24 de esta comunicación. No se puede olvidar que, aunque alude únicamente a la empresa pública, la Comisión procederá contra cualquier ventaja, beneficie a empresas públicas o privadas.

⁸⁷ Apartados 35 a 37.

⁸⁸ Apartado 38. Sobre esta modalidad de ayuda estatal se ha pronunciado también más recientemente, la 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 (DOCE C 71, de 11.3.2000, p. 14).

⁸⁹ Apartados 39 a 42.

⁹⁰ Apartados 43 y 44.

⁹¹ Cfr. Apartado 3.3, número i) de la Comunicación de 1984 con el apartado 35 de la Comunicación de 1993.

⁹² Aunque la Comisión habla de inversores y no de accionistas, entendemos que este último es el término correcto.

continuas por debajo de un nivel predeterminado⁹³. En su opinión, se trata de una obligatoriedad más aparente que real, ya que cualquier inversor que se encuentre en esa situación analizará previamente todas las opciones a su alcance, incluida la posibilidad de liquidar su inversión o de reducirla de cualquier otro modo; si la liquidación o disminución del capital fueran la opción económicamente más aconsejable desde la perspectiva de su posible impacto sobre el grupo y se optara por rechazarla, cualquier otra aportación posterior de capital o intervención estatal constituiría indudablemente una ayuda.

A estos efectos, la Comunicación identifica la ayuda, asociándola con el «coste de la inversión menos el valor de la misma, descontado de la forma pertinente» y ofrece una lista indicativa de los criterios básicos («indispensables, pero no necesariamente suficientes») que deben emplearse en cualquier análisis financiero para valorar la idoneidad de una inversión: 1) la situación de pérdidas y ganancias de la empresa; 2) los indicadores financieros; 3) la proyecciones financieras; y 4) la situación del mercado.

La renuncia total o parcial a los rendimientos normales de las inversiones por parte del inversor público puede constituir otro supuesto de ayuda estatal. La Comisión fija el tipo de rendimiento normal tomando como referencia la comparación con las empresas privadas cuando esto sea posible; pero en aras de la neutralidad, dicho rendimiento se fijará en función de los beneficios que resulten después de la amortización y antes de la imposición fiscal y de los gastos, expresados en porcentaje sobre los activos invertidos, en consideración al hecho de que con frecuencia las empresas públicas no son libre al elegir su forma de financiación.

Si no parece previsible la obtención de un rendimiento normal, aún a largo plazo, ni la empresa pública adopta medida alguna al respecto, será preciso concluir que la empresa está recibiendo una ayuda

⁹³ Como recuerda RODRÍGUEZ CUIEL («La nueva comunicación...», op. cit., p. 38), es la hipótesis de los artículos 163.1 y 260.4 de nuestra LSA. Acerca de este supuesto, vid. por todos, FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Aplicación de resultados...», op. cit., pp. 8543 a 8587.

indirecta del Estado. En el mismo sentido, si el Estado renuncia a los dividendos de una empresa pública y los beneficios no repartidos no obtienen un rendimiento normal, dicha empresa está recibiendo igualmente una subvención del Estado. Aunque es verdad que los Estados pueden considerar preferible renunciar a todos o a parte de sus dividendos en vez de efectuar aportaciones periódicas de capital, resulta coherente que esta «financiación regular» sea tratada de la misma forma que las nuevas aportaciones de capital y valorada con arreglo a los mismos principios⁹⁴.

3.1.3. *El principio del inversor privado en otras comunicaciones y directrices*

Desde una perspectiva sectorial, la Comisión abordó esta cuestión en una Comunicación de 1994 sobre la *aplicación de los artículos 92 y 93 del tratado CE y del artículo 61 del Acuerdo EEE a las ayudas estatales en el sector de la aviación*⁹⁵, que constituye el referente inmediato de las decisiones adoptadas por la Comisión acerca de las ayudas estatales a las compañías aéreas⁹⁶.

A propósito de las ayudas otorgadas en forma de participación en el capital y de la aplicación del principio del inversor privado en una eco-

⁹⁴ Sobre esta cuestión, vid. lo señalado supra en el apartado 2.3 del capítulo segundo respecto de las «aportaciones negativas».

⁹⁵ DOCE C 350, de 10.12.1994, p. 7. Estas directrices tienen como antecedente la Comunicación «*Aviation civile, Memorandum n° 2, état d'avancement des travaux en vue du développement d'une politique commune du transport aérien, communication et propositions par la Commission au Conseil*», COM (84) 72 final, de 15 de marzo de 1984, conocida como el *Memorandum n° 2*. En 1994 la Comisión encargó también un estudio específico a un «Comité de Sabios», que se publicó el 1 de febrero de 1994, bajo el título de *Expanding Horizons*, cuyas recomendaciones se recogen expresamente en las directrices de 1994 (apartado 1.3).

⁹⁶ A pesar de que las primeras decisiones adoptadas por la Comisión en relación con las grandes compañías aéreas de bandera europea son anteriores a su entrada en vigor, al amparo de estas directrices se han adoptado ya importantes decisiones, como la de 31 de enero de 1996 relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25) o la de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).

nomía de mercado⁹⁷, estas directrices son plenamente coincidentes con la posición expresada por la propia Comisión en las referidas comunicaciones de 1984 y 1993, añadiendo, no obstante, algunas precisiones derivadas de su carácter sectorial.

En este sentido, cuando señala que considerará ayuda estatal la diferencia entre las condiciones en que el Estado aporta capital a las compañías aéreas y las condiciones que un inversor privado consideraría aceptables, añade la precisión de que si la ayuda se destina a la amortización de pérdidas parciales, se deberá sumar al importe total de la ayuda todas las exenciones fiscales correspondientes a las pérdidas. La Comisión justifica este criterio en que si dichas exenciones fueran retenidas para ser compensadas posteriormente contra futuros beneficios, la compañía recibiría la ayuda dos veces.

Asimismo, para determinar si cabe esperar una rentabilidad normal en un plazo razonable, la Comisión incide en algunos aspectos singulares del sector del transporte aéreo, como la edad de la flota⁹⁸, que puede constituir un factor importante en la valoración de la eficacia económica y técnica de la compañía.

En el sector bancario, la Comisión aprovecha su Decisión de 26 de julio de 1995, en relación con las ayudas del Estado francés al banco público *Crédit Lyonnais*⁹⁹, para destacar algunas particularidades del comportamiento del inversor privado en una economía de mercado, sin perjuicio de remitirse con carácter general a las comunicaciones de 1984 y de 1993 y a las Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, en su versión

⁹⁷ Parte IV: «diferencias entre la función de los Estados como propietarios de una empresa y como prestadores de ayuda a estas mismas empresas», apartados 25 a 34. En particular, acerca de la participación en el capital, vid. los apartados 27 a 31.

⁹⁸ La Comisión reconoce que la edad de la flota puede constituir un factor importante en la valoración. Una compañía aérea cuya flota tenga una media de edad superior a la europea estará en inferioridad de condiciones debido a la considerable inversión que requiere su renovación. Esta situación suele estar asociada a una falta de inversión o a una inversión previa poco oportuna, y se considerará como un factor negativo con arreglo al principio del inversor en una economía de mercado.

⁹⁹ DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92. Sobre esta misma cuestión, vid. lo expuesto en el apartado 4.2.4 del capítulo cuarto de este trabajo.

de 1994¹⁰⁰. Dichas particularidades derivan principalmente de la obligación que se impone a estas entidades de mantener los coeficientes de solvencia y a las entidades de supervisión de velar por su respeto¹⁰¹. Esta nota singular suscita a la Comisión tres consideraciones básicas:

- 1) Las autoridades deben garantizar la adopción de las medidas apropiadas para restablecer la solvencia de estas entidades. No es suficiente la mera recuperación contable, sino que han de incluirse, en su caso, aquellas medidas que garanticen su reestructuración y saneamiento efectivo y duradero para evitar que vuelvan a surgir dichas dificultades.
- 2) La obligación de supervisar la observancia del nivel mínimo de solvencia se justifica tanto en la necesidad de prevenir cualquier posible crisis de confianza, minimizando sus posibles costes, como en la necesidad de mantener la igualdad en las condiciones de competencia entre las entidades, garantizando el respeto de las normas de la competencia y, en particular, de las relativas a las ayudas de Estado¹⁰².
- 3) La necesidad de garantizar el respeto de los niveles mínimos de solvencia no permite que se pueda restablecer «a toda costa y por cualquier medio»¹⁰³. En consecuencia, aunque la legislación na-

¹⁰⁰ DOCE C 288, de 9.10.1994, p. 2.

¹⁰¹ Conforme al apartado 3 del artículo 10 de la Directiva 89/647/CEE (DOCE, L 386, de 30.12.1989, p. 14), «en el caso de que el coeficiente (de solvencia) llegare a ser inferior al 8%, las autoridades competentes velarán por que la entidad de crédito de que se trate adopte las medidas adecuadas para que el coeficiente alcance el mínimo establecido lo antes posible».

¹⁰² En este sentido, la Comisión remarca que «las autoridades de supervisión deben velar por que las entidades de crédito no contraigan demasiados compromisos arriesgados que puedan afectar a su coeficiente de solvencia, aprovechando el apoyo explícito o implícito del Estado, al tratarse de entidades públicas o demasiado grandes para quebrar (*too-big-to-fail*). Una reconstitución automática del coeficiente de solvencia por medio de una inyección de fondos propios o de otra medida equivalente del Estado, tendría por efecto avalar las condiciones de competencia desleal practicadas antes de la crisis por la entidad que incumple el requisito de solvencia».

¹⁰³ Como recuerda la Comisión, de acuerdo con la letra d del apartado 1 del artículo 8 de la Directiva 77/780/CEE, del Consejo (DOCE L 322, de 17.12.1977, p. 30), la insuficiencia de fondos es condición suficiente para que las autoridades de supervisión competentes puedan retirar la autorización a la entidad de crédito.

cional pueda imponer la obligación de recapitalizar la entidad, dicha recapitalización podrá ser considerada como una ayuda estatal si no se efectúa en condiciones normales, aceptables en términos de remuneración para un inversor privado¹⁰⁴.

Entre las directrices horizontales, las relativas a las ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, tanto en su versión de 1994¹⁰⁵ como en la de 1999¹⁰⁶, contienen también algunas referencias a la aplicación de este principio. A este respecto, merece destacarse que la versión de 1994 utiliza ya la expresión *inversor racional* frente a la de *inversor normal*, tradicionalmente empleada hasta entonces para referirse al inversor que opera en una economía de mercado¹⁰⁷.

Resulta de interés también referirse a las Directrices de la Comisión para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios¹⁰⁸. Al abordar el contenido de estas directrices no se puede desconocer que en realidad responden a la necesidad de coordinar las concepciones que inspiran la regulación comunitaria sobre ayudas estatales, tanto respecto de países signatarios del GATT y del ASMC de 1994 como de terceros países.

En este contexto, la Comisión subraya que el criterio a seguir para determinar la existencia de una posible ventaja o beneficio en las aportaciones de capital será si un inversor privado habría invertido en la empresa en la misma situación en que los poderes públicos aportaron capital social, reconociendo, no obstante, que aplicará dicho criterio caso por caso, tratando de combinar la práctica comunitaria en mate-

¹⁰⁴ Aunque no se especifica, se refiere lógicamente a una recapitalización con fondos públicos, o con fondos privados que se puedan aportar por otras entidades, si no se efectúa de manera voluntaria. Sobre esta cuestión, vid. lo expuesto *supra* en el capítulo cuarto, especialmente, apartados 4.2.4. y 4.2.6.

¹⁰⁵ DOCE C 288, de 9.10.1994, p. 2.

¹⁰⁶ Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (comunicación a los Estados miembros en la que se proponen medidas apropiadas) (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2).

¹⁰⁷ Las comunicaciones y directrices anteriores hablaban de *plazo* o *período razonable* o de *explicación razonable*, pero no de *inversor racional*.

¹⁰⁸ DOCE C 394, de 17.12.1998, p. 6. En relación con este documento, vid. también lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo, en su apartado 2.3.

ria de política de ayudas de Estado en este ámbito y la práctica de los principales socios comerciales de la Comunidad.

La Comisión enuncia una serie de hipótesis para cuantificar el beneficio y, en definitiva, para acreditar su propia existencia, introduciendo algunas interesantes consideraciones. En este sentido, señala que cuando los poderes públicos adquieren participaciones de una empresa y pagan por encima del precio normal de mercado, será preciso tener en consideración cualquier otro factor que pudiera influir sobre un inversor privado, en aras de que el precio no sea el único criterio que se tome en consideración¹⁰⁹. El importe de la subvención será, en este caso, la diferencia entre ambos precios. Si no existiera un mercado libre de valores, deberá tenerse en cuenta la ganancia que los poderes públicos podrían esperar razonablemente sobre el precio pagado por el capital social. Claramente se manifiesta que es a los poderes públicos que aportan el capital a quienes incumbe demostrar sobre qué base puede justificar sus expectativas de una rentabilidad razonable de la inversión, apuntando como medio de prueba idóneo la elaboración de un estudio independiente.

La Comunicación aborda también el caso de que las aportaciones públicas de capital tengan su fundamento en un programa o régimen general de ayudas¹¹⁰. En este supuesto, la Comisión entiende que deberá analizarse cuidadosamente no sólo la empresa en cuestión, sino también la trayectoria general del programa en los últimos años de su ejecución. Si dicha trayectoria muestra que el programa ha obtenido una tasa razonable de rentabilidad, habrá que presumir que los poderes públicos están actuando con arreglo a la práctica inversora habitual de los inversores privados. En caso contrario, serán de nuevo los pode-

¹⁰⁹ En realidad, como veremos más adelante (*infra* apartado 3.2.2), la Comisión lo que hace es aplicar la jurisprudencia establecida en la STJCE de 24 de octubre de 1996 (República Federal de Alemania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG c. Comisión, asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Rec. 1996, p. I-5151, en especial apartados 23 a 39), a propósito del valor de las cotizaciones como referencia de mercado.

¹¹⁰ En relación con el concepto de *régimen de ayudas*, vid. *supra* el apartado 2.2.2 del capítulo tercero de este trabajo.

res públicos quienes deberán demostrar sobre qué base pueden justificar sus expectativas de una rentabilidad razonable de la inversión.

La Comisión introduce en este punto una consideración de interés que, aunque remite a su propia práctica, no aparecía explícitamente desarrollada en los documentos examinados con anterioridad, al afirmar que también será considerada como subvención la aportación efectuada a una empresa, aunque hubiera obtenido unos beneficios razonables, si en el momento en que se llevó a cabo «la perspectiva de obtener dichos beneficios era tan incierta que ninguna entidad privada hubiera realizado la inversión».

Por último, es preciso destacar el criterio que expresa la Comisión en este documento en relación con la cuantificación de la ventaja¹¹¹. En el caso de que no exista un precio de mercado para el capital social y que se aprecie la existencia de una subvención y, por lo tanto, de un beneficio, parte o la totalidad del capital aportado deberá considerarse una donación. Para decidir qué parte del capital debe tratarse como una donación habrá que considerar en qué medida los poderes públicos se han comportado como un inversor privado, circunstancia que se deberá determinar caso por caso y, solamente en supuestos extremos, cuando se determine que los poderes públicos no tenían la intención de obtener rentabilidad alguna con su inversión, se tomará la decisión de considerar todo el capital como una donación.

Con posterioridad, la Comisión ha tenido ocasión de volver nuevamente sobre este principio, al analizar en un documento específico, bajo el título *Ayudas estatales y Capital Riesgo*, la actividad de las entidades de esta naturaleza, partiendo de la distinción entre las ayudas a los inversores, a fondos intermediarios o a las empresas en que invierten los fondos¹¹².

¹¹¹ El interés de esta cuestión radica en que la Comisión se aparta, como veremos en el apartado 3.3 de este mismo capítulo, del criterio que sobre la misma cuestión mantiene en su práctica comunitaria. La comunicación habla expresivamente de una «donación disfrazada a la empresa en cuestión». Cfr. con las aportaciones negativas a las que hacemos referencia en el capítulo segundo, apartado 2.3.

¹¹² DOCE C 235, de 21.8.2001, p. 3.

3.2. *La práctica comunitaria sobre la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado a las aportaciones de capital*

Tras analizar de manera *histórica* los diferentes documentos en los que la Comisión ha formulado con carácter general el principio del inversor privado en una economía de mercado, procede ahora hacer un repaso sistemático de su aplicación concreta en los numerosos expedientes analizados por el organismo comunitario, completando o corrigiendo, en su caso, dicha apreciación a la luz de la jurisprudencia.

La primera observación que procede hacer al respecto es la de la dificultad de partida derivada de la imposibilidad de determinar, en términos abstractos y universales, cuál puede ser el comportamiento de un inversor privado más allá de la idea de maximizar el beneficio, puesto que en realidad el concepto de *inversor privado* no es único, sino que actuará de manera diferente ante cada una de las posibles circunstancias que se planteen. Resulta evidente que no es idéntica la situación ni los objetivos del inversor-empresario que los del inversor especulativo, puesto que el primero perseguirá, en principio, los beneficios a largo plazo, mientras que el segundo planteará su inversión y su perspectiva de beneficio a corto plazo. Tampoco es idéntica la perspectiva de quien ya ha comprometido capitales en una empresa a la de quien se plantea invertir por primera vez en ella, como no es indiferente que la empresa tenga beneficios o se encuentre en pérdidas.

En este sentido, es posible apreciar interesantes matices en la terminología empleada tanto por la Comisión como por la jurisprudencia, cuando hablan de *inversor normal*, *inversor racional*, *inversor perspicaz*¹¹³ o más recientemente, de *inversor prudente*¹¹⁴.

Como hemos señalado, la aplicación de este principio se basa esencialmente en la comparación entre el comportamiento de los poderes públicos, como accionista o inversor, con el comportamiento que, en

¹¹³ STPI de 12 de diciembre de 1996, *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, entre otros, apartado 110.

¹¹⁴ STJCE de 16 de mayo de 2002, *República francesa c. Comisión*, asunto C-482/99, apartado 30 (pendiente de publicación).

circunstancias comparables, cabría esperar de un inversor privado equivalente. Por esta razón, en algunas decisiones el Estado miembro implicado ofrece diversos ejemplos de comportamientos realizados por empresas privadas que considera equivalentes al cuestionado por la Comisión. Así sucede en los casos *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH*¹¹⁵ o *Head Tyrolia Mares*¹¹⁶, en los que las autoridades alemanas y austríacas, respectivamente, explican operaciones «equivalentes» a la que se les reprocha, sin que, en ninguno de los dos casos citados, la Comisión admita el paralelismo planteado.

Con carácter general, como destaca Keppenne¹¹⁷, la racionalidad de una aportación pública de capital puede apreciarse de diversos modos. Cuando coinciden en una misma operación financiera inversores públicos con inversores privados, el comportamiento de estos últimos será sin duda el parámetro más adecuado para establecer la comparación. En el caso de que no concurren en la operación inversores privados, la comparación debe efectuarse en relación con el mercado, y la posible existencia de elementos de ayuda estatal resultará de la comparación del precio que los poderes públicos están dispuestos a pagar por el capital suscrito, con el que fije libremente el mercado. En este supuesto, es posible distinguir, como señala Kovar¹¹⁸, dos posibilidades distintas: si la sociedad cotiza en un mercado oficial, el valor de mercado será el que resulte de su cotización; pero en el caso más habitual de que la empresa no cotice en un mercado oficial, la cuestión se vuelve más compleja e incierta, puesto que habrá que valorar la rentabilidad de la inversión en estrictos términos financieros, lo que incluye sin duda un cierto grado de subjetividad al tener que basarse en pre-

¹¹⁵ Decisión de 4 de abril de 1995 relativa a la ayuda que el land de Baviera tiene previsto conceder a las empresas CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg, Lench-Stahlwerke GmbH, Meitingen-Herberstshofen (DOCE L 253, de 21.10.1995, p. 22).

¹¹⁶ Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a las ayudas del Gobierno austríaco a la empresa Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital (DOCE L 25, de 28.1.1997, p. 26).

¹¹⁷ KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 47 a 49.

¹¹⁸ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 117.

sunciones¹¹⁹, aunque el grado de incertidumbre y de discrecionalidad que ello supone queda notablemente atemperado en la medida en que la Comisión tiende a emplear en su valoración las mismas técnicas que emplean los inversores para analizar sus proyectos. En el caso de sociedades con pérdidas, sería posible valorar, en términos estrictamente financieros y de oportunidad (coste de oportunidad), si la opción más ventajosa es la liquidación o una nueva aportación de capital.

3.2.1. *La participación de inversores privados*

La participación simultánea de inversores privados y públicos en un mismo proyecto empresarial es uno de los criterios que aparece mencionado expresamente en la Comunicación de 1984, tanto para excluir la existencia de ayuda estatal, como para afirmarla¹²⁰, en función de que concurren determinadas condiciones: 1) el carácter privado del inversor; 2) la proporcionalidad de la inversión, y 3) su significación económica.

3.2.1.1. El carácter privado del inversor

La primera condición que es preciso examinar para poder establecer la comparación entre el comportamiento del inversor público y el privado es que efectivamente se trate de un «inversor privado» y, por lo tanto, desvinculado directa o indirectamente de los poderes públicos¹²¹.

¹¹⁹ En este sentido, vid. KEPPELNE, G. P.: *Guide...*, op. cit., p. 41.

¹²⁰ Cfr. apartado 3.2. *iii*) y 3.3.v) de la Comunicación de 1984 y apartado 27 de las líneas directrices sobre ayudas al transporte aéreo. No podemos olvidar que suele ser precisamente la ausencia de inversores privados la causa que determina la presencia del capital público. A este respecto resulta especialmente ilustrativa la exposición de motivos de la Ley 2/1993, de 6 de abril, de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, por la que se autoriza a la empresa pública Parque Tecnológico de Boecillo, Sociedad Anónima, a participar mayoritariamente en el capital social de la empresa Crystaloid Europe, Sociedad Anónima (BOE, n° 116 de 15.5.1993), en la que, tras señalar que esta última, que es económicamente viable, atraviesa una crisis financiera, añade que «la actual coyuntura económica no es favorable a la inversión privada por lo que previsiblemente no va a responder a aquélla en la cuantía exigida, haciéndose necesario que transitoriamente, en tanto persistan estas circunstancias, sea asumida esta participación en cuantía mayoritaria por la Administración regional».

¹²¹ En relación con esta cuestión, vid. *supra* apartado 3.1 del capítulo cuarto.

En este sentido, en el examen de la decisión relativa a la ampliación de capital de Crédit Lyonnais¹²² de 1994 se constata como, a pesar de que participaban sus tres accionistas principales (el Estado francés, a través de SPBI, sociedad colectiva controlada por el Estado y Thomson SIEG, filial de Thomson CSF, la propia Thomson CSF y la Caisse des Dépôts et Consignations), y de que dichos accionistas mantenían su previa participación en la compañía, la condición pública y no privada de las compañías aportantes impedía que su presencia pudiera excluir por sí sola la existencia de elementos de ayuda estatal en la participación del Estado francés.

Este ejemplo nos ilustra también la cuestión que se suscita cuando la empresa beneficiaria es en la práctica exclusivamente pública. En este caso y salvo que se proceda a su privatización, no habrá accionistas privados cuya participación permita excluir la presencia de ayuda estatal.

Sin embargo, cuando el inversor público actúa efectivamente como un inversor privado, su participación puede excluir el carácter de ayuda estatal de las participaciones públicas que la acompañen, siempre que se den las demás circunstancias para ello. Así lo entendió la Comisión, como destaca Keppenne¹²³, en relación con su decisión de archivar el expediente abierto a propósito de las ayudas concedidas a la empresa alemana Klöckner Stahl GmbH, de Duisburg¹²⁴. El organismo comunitario consideró a estos efectos como un «accionista privado» a la empresa pública Sidmar, en atención a que su comportamiento se había ajustado a las reglas de mercado, ya que los Gobiernos belga y luxemburgués, que eran quienes compartían su propiedad, no tenían

¹²² Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco Crédit Lyonnais (I), (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92). La comunicación de incoación del expediente se había publicado en DOCE C 121, de 17.5.1995, p. 4. Vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades...», op. cit., p. 111.

¹²³ KEPPELNE, G. P.: *Guide...*, op. cit., p. 40.

¹²⁴ DOCE C 390, de 31.12.1994, p. 1. Vid. también sobre este mismo asunto, IP/95/24, de 10.1.1995 (*Commission Approves Purchase of Additional Shares by Sidmar in Klöckner Stahl GmbH*).

ningun interés en gastar recursos financieros públicos para mantener en Alemania la actividad de una empresa que competía con su propia empresa siderúrgica.

Por el contrario, en el caso *Verlipack*¹²⁵ el aparente comportamiento *privado* y por ello, en principio racional, de la empresa Heye-Glas, que comparte de forma mayoritaria el riesgo con la Región Valona en la recapitalización de la coimpañía, resulta cuestionado por la Comisión, al descubrir en virtud de diversas denuncias y noticias de prensa que esta empresa había recibido dos importantes préstamos de una entidad pública belga para financiar la aportación que efectuaba, en condiciones que reducían el riesgo que parecía asumir.

Tampoco consideró la Comisión como «contribución del inversor privado», la renuncia de la plantilla de Technische Glaswerke Ilmenau GmbH a la paga de Navidad de 1997 ya que aunque pudiera considerarse una contribución significativa del personal a la reestructuración de la empresa, dicha renuncia no implicaba ningún riesgo para éste¹²⁶.

No conviene olvidar en esta sede el fenómeno de los denominados *inversores institucionales e inversores de referencia*, destinados a integrar el grupo de control, especialmente en el caso de procesos de privatización, lo que suele denominarse el *núcleo duro*, o a reforzar empresarialmente la empresa al tratarse de entidades acreditadas en el sector. En estos supuestos será preciso examinar con detalle las condiciones concretas en las que se produce su participación en el capital, las contrapartidas que en su caso compensen el precio al que se les ofrece la participación, así como su independencia no sólo jurídica sino también económica, respecto de los poderes públicos.

¹²⁵ Decisión de 4 de octubre de 2000, relativa a las ayudas estatales en favor de Verlipack-Bélgica (DOCE L 320 de 5.12.2001, p. 28). Esta decisión revocaba otra anterior de 16 de septiembre de 1998 (DOCE C 29, de 4.2.1999, p. 13) por la que la Comisión decidía no plantera objeciones a la aportación de la Región Valona, atendiendo, precisamente, a la concurrencia de un inversor privado que asunía un riesgo todavía mayor en la empresa, declarando ilegales e incompatibles las ayudas aportadas.

¹²⁶ Decisión de 12 de junio de 2001, relativa a la ayuda estatal que Alemania tiene previsto conceder en favor de Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (Alemania) (DOCE L 62 de 5.3.2002, p. 30, apartado 104).

3.2.1.2. La proporcionalidad de la inversión

Supuesta la participación simultánea de inversores privados y públicos, es preciso valorar además la proporción con la que el inversor público y el privado participan en la financiación de la empresa, al objeto de poder apreciar la presencia de ayuda estatal.

Para la Comisión, la aportación pública no constituye una ayuda cuando no altera la proporción con la que dicho inversor público participaba en la empresa. En sentido contrario, cabría apreciar la existencia de elementos de ayuda cuando, tras la aportación examinada, la participación pública en el capital se elevase de manera significativa con respecto a la original y la correlativa retirada de accionistas privados se debiera en buena medida a las escasas perspectivas de rentabilidad de la empresa. En esta hipótesis, que exigiría un cierto análisis de las perspectivas de la empresa, el inversor público estaría asumiendo un riesgo mayor que el que estarían dispuestos a asumir los inversores privados, por lo que su comportamiento no se ajustaría al mercado.

Así, por ejemplo, la Comisión excluyó el carácter de ayuda estatal en la aportación de capital a una empresa de fabricación de remolques y semirremolques (Traylor, S.A.¹²⁷), tomando en consideración, entre otros extremos, que la inyección de capital para elevar el capital social en 10 mlls de FF, había respetado la proporcionalidad existente previamente entre los accionistas públicos y privados de la compañía (40/60%).

En el mismo sentido, en 1990¹²⁸ la Comisión cerró el procedimiento relativo al proyecto del Gobierno italiano de inyectar como accionista capital por valor de 120.000 mlls de Li en favor de la empresa de fabricación de tubos Dalmine, filial «del muy endeudado grupo Finsider», en la medida en que la participación pública de Finsider se había ajustado a su previa participación en la empresa¹²⁹.

¹²⁷ Decisión comunicada el 11 de mayo de 1987; XVII IPC 1987, apartado 221. Cfr. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 143 (entre otras); KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 121.

¹²⁸ DOCE C 198, de 7.8. 1990, p. 6.

¹²⁹ DOCE C 198, de 7.8. 1990, p. 6.

De acuerdo con las hipótesis que formula la Comisión, tampoco estaríamos, en principio, en presencia de elementos de ayudas si la participación de los inversores privados es mayoritaria y dicha proporción se mantiene o aumenta, a pesar de la participación pública, en la medidas en que son los inversores privados quienes asumen con la aportación un riesgo mayor.

Esta cuestión se planteó en el asunto *Maxhütte (I)*¹³⁰, en el que la medida enjuiciada por la Comisión era la adquisición por el land de Baviera de participaciones en el capital de una nueva empresa de actividades siderúrgicas (47,13%) y en una filial productora de tubos (40,2%) para reanudar actividades de una sociedad en quiebra¹³¹. La Comisión excluyó la existencia de ayuda estatal en la participación pública, por el hecho de que los inversores privados suscribían una parte mayoritaria del capital, al tiempo que ambas sociedades tenían perspectivas de rentabilidad y que contaban con un plan de reestructuración.

En el mismo sentido, la Comisión decidió no plantear objeciones respecto de una aportación de capital de 100 mlls FB y de un préstamo participativo de 100 mlls FB de la región de Valona en favor de la empresa Donnay¹³², de la que era un accionista minoritario, que como los demás accionistas privados contribuía a la financiación de la empresa.

3.2.1.3. La significación económica de la participación privada

Además de los dos requisitos anteriores, la Comisión ha venido exigiendo un tercer requisito para que la participación de inversores privados permita excluir la presencia de ayuda estatal: que la participación de los inversores privados sea «significativa desde el punto de vista eco-

¹³⁰ Decisión comunicada el 1 de agosto de 1988. Intervención estatal en la creación de la empresa Maxhütte Neu (Land de Baviera), productora de tubos. Inexistencia de elementos de ayuda en el sentido de los Tratados CECA y CEE. Cfr. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 167. Vid. también sobre este mismo asunto, XVIII IPC 1988, apartado 198.

¹³¹ Además de la participación en los respectivos capitales sociales, las autoridades del land de Baviera otorgaban un crédito participativo de 2 mlls. MD con lo que la intervención estatal representaba el 48,3% de la financiación de la operación.

¹³² XX IPC 1990, apartado 279. Cfr. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 65.

nómico»¹³³, tanto en términos relativos como absolutos¹³⁴. Ello supone que la participación privada ha de efectuarse en términos idénticos y no de una manera privilegiada respecto de la participación pública, tanto en relación con su remuneración como con las garantías o cualesquiera otras condiciones de la aportación.

En el caso *Air France-CDC*¹³⁵, el Gobierno francés informó a la Comisión de que los accionistas privados minoritarios de la compañía habían solicitado suscribir las emisiones controvertidas en una proporción superior a su participación en la empresa, pero que dicha solicitud no había podido ser atendida, ya que representaría de hecho su privatización encubierta. Por el contrario, en el curso de su investigación, pudo comprobar que algunos accionistas privados, entre los que se encontraban los empleados de la propia AF, el Bank of New York/London, Bankers Trust INT, PLC y Granite Capital LP, habían suscrito las ORA («*obligations remboursables en actions*») y, en menor medida, los TSIP-BSA («*titres subordonnés à intérêt progressif assortis de bons de souscription d'actions*»), aunque ninguno de los bancos había adquirido estos últimos.

En conjunto, la participación de los accionistas privados representaba sólo un 0,132% del capital de AF, y la parte de las ORA y de los TSIP que habían suscrito resultaba insignificante, por lo que para la Comisión «la participación de inversores privados en la suscripción de ORA y TSIP-BSA no excluye la posibilidad de que la aportación de capital constituya una ayuda de Estado con arreglo al artículo 92 del Tratado y al artículo 61 del Acuerdo EEE»¹³⁶.

¹³³ Vid. Comunicación de 1984, apartado 3.2.iii).

¹³⁴ FRÜLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., p. 311.

¹³⁵ Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26).

¹³⁶ En lo que se refiere a las ORA, la Comisión no puede atribuir una importancia decisiva al hecho de que, según alegan las autoridades francesas, las solicitudes formuladas por los inversores privados extranjeros no pudieran satisfacerse totalmente por razones jurídicas (se permitió a los tres bancos suscribir solamente ORA por valor de 1,7 millones de francos franceses frente a los 25,9 millones solicitados: el Bank of New York/London solicitó 9,9 millones; el Bankers Trust, 7,9 millones y Granite Capital, 7,9 millones). El número de ORA que los tres bancos pretendían suscribir (65.025) representa un pequeño

El TPI respaldó este criterio en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996¹³⁷, considerando razonable que la Comisión, con los elementos de apreciación de que disponía y en el marco de su facultad discrecional en la materia, apreciase que tanto el valor de los títulos que los inversores privados suscribieron efectivamente como el de los títulos que deseaban suscribir eran considerablemente menores que el valor total de los que suscribió la CDC-P, perteneciente al sector público. El Tribunal rechazó la existencia de un error manifiesto en la apreciación de la Comisión, dado que las intenciones que los inversores privados habían expresado no demostraban que un inversor privado perspicaz, equivalente a la CDC-P y la Caisse, se habría arriesgado a invertir 1.500 millones de FF en AF.

En el caso *Bull (II)*¹³⁸, la Comisión también negó carácter significativo a las aportaciones realizadas por sus accionistas privados sobre la base de los siguientes hechos.

El grupo francés Bull, fabricante de productos informáticos diversificados, pertenecía en el momento en que se produjo la intervención cuestionada, directa o indirectamente, al Estado francés, por medio de France Télécom. El sector privado, representado por NEC e IBM, tenía una participación minoritaria del 10,1% de su capital social.

El Gobierno francés procedió a efectuar en favor de la compañía un anticipo de 2.500 mlls de FF, sin requerir la participación de los accionistas privados, a quienes, no obstante, invitó a participar en una

porcentaje (3,3%) del número total de ORA que pretendía suscribir el total de inversores (1.942.760). Para diversificar su cartera, un banco de inversiones puede decidirse a efectuar algunas inversiones de riesgo. Las cantidades de 9,9 y de 7,9 millones de francos franceses no representan un desembolso importante si se tiene presente la cartera de inversiones total de un banco y, por consiguiente, no suponen un riesgo importante. El riesgo de los inversores privados es, dada la pequeña cuantía de su inversión en *Air France*, muy limitado, y la inversión relativamente pequeña de los inversores extranjeros no puede considerarse un testimonio de peso que excluya la posibilidad de que exista una ayuda de Estado.

¹³⁷ *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 148 y 149.

¹³⁸ Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p. 1).

posterior ampliación de capital. Al examinar dicha ampliación, se comprobó que IBM no la había suscrito, con lo que su participación en la compañía había pasado del 5,68% al 2,1%, lo que representa una reducción del 63%. Por su parte, NEC había mantenido su participación del 4,4%, con una inversión de 379 millones de FF. Era, pues, necesario examinar si esta participación tenía realmente significación económica, tanto desde el punto de vista de NEC como de Bull.

La Comisión apreció a este respecto que la aportación de capital realizada por NEC representaba un 3% aproximadamente de la aportación total de capital y que su inversión total en Bull, desde que pasó a ser accionista, suponía aproximadamente un 4% de la totalidad de las aportaciones de capital al grupo. Estos datos le permitieron concluir que aunque los importes invertidos eran en sí mismos considerables, no lo eran en comparación con las sumas totales. Y tampoco era relevante desde el punto de vista de la inversión total de NEC, ya que a finales del ejercicio de 1992 las inversiones de NEC en activos financieros habían ascendido a 14 000 mlls de FF y que durante el ejercicio financiero de 1992 NEC había invertido 12.000 mlls de FF en activos financieros y en capital fijo, mientras que el capital invertido en Bull era tan sólo de 379 mlls de FF.

A esta argumentación la Comisión añadió el hecho de que era más interesante para NEC que para otros inversores en una economía de mercado seguir invirtiendo en Bull, dado que le permitía acceder a los mercados franceses y europeos y, especialmente, al mercado de la contratación pública. Y así llegó a la conclusión de que «no se considera que tenga una relevancia económica real la inversión de NEC en Bull, por lo que no se elimina la naturaleza de ayuda de las aportaciones de capital procedentes del Estado».

Por el contrario, en el examen de la segunda recapitalización de la compañía aérea de bandera belga Sabena (caso *Sabena II*)¹³⁹ de 1995, la Comisión consideró que Swissair había participado en la operación

¹³⁹ Decisión de 19 de julio de 1995, intervención del Estado belga en el marco de la operación de concentración Sabena-Swissair (DOCE L 239, de 7.10.1995, p. 19). En relación con este caso, vid. FRÜLING, P.: «Le cōntrole...», op. cit., p. 312.

de manera significativa, tanto en términos relativos, puesto que había suscrito el 63% de las acciones emitidas con ocasión de la ampliación de capital, como en términos absolutos, ya que representaba un volumen de inversión de 6 millardos de FB, lo que suponía que pasar a detentar el 49,5% del capital de Sabena.

Similar apreciación se detecta en el expediente originado por la cesión de participaciones de Iberia¹⁴⁰ en las compañías sudamericanas Viasa, Ladeco y Aerolíneas Argentinas –las tres deficitarias, como destaca Fröling¹⁴¹– al holding creado para revender estos activos, ya que los bancos de negocios americanos habían aceptado participar significativamente en esta operación adquiriendo el 58% del capital del holding creado al efecto (Andes Holding BV).

Lo mismo ocurre en la decisión definitiva, parcialmente negativa, adoptada por aquélla en los dos procedimientos incoados en el mes de octubre de 1993¹⁴², con objeto de examinar la existencia y la compatibilidad de los elementos de ayuda estatal incluidos en las intervenciones públicas del Estado neerlandés y de la región de Flandes en favor del fabricante de camiones DAF¹⁴³, tanto antes como después de su quiebra.

DAF NV, junto con sus múltiples filiales en los Países Bajos, Bélgica y en el Reino Unido, había entrado en liquidación judicial en febrero de 1993. Un mes después, los Tribunales de Comercio de los Países Bajos y Bélgica autorizaron la compra de los activos principales de la antigua empresa DAF implantada en estos Estados miembros por parte de la empresa de nueva creación DAF Truncks NV, en la que el Estado neerlandés y la región de Flandes poseían una participación mayoritaria.

¹⁴⁰ Asunto Iberia (II). Decisión de 31 de enero de 1996 relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25).

¹⁴¹ FRÖLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., p. 312.

¹⁴² IPC XXIII 1993, apartado 508.

¹⁴³ Decisión de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por la región flamenca de Bélgica al fabricante de camiones DAF y Decisión de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por los Países Bajos al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 37).

Por lo que se refiere a la venta de los activos de DAF België NV y al papel de las autoridades públicas en ella, la Comisión consideró que los administradores habían intervenido con la independencia que exigía la legislación vigente. En cuanto a la participación estatal en el capital riesgo de DAF NV y de su filial DAF Truncks NV, la Comisión concluyó que las autoridades de ambos Estados miembros habían aportado capital riesgo en las mismas condiciones que los accionistas privados, cuya participación era realmente importante desde el punto de vista económico. El examen detallado del plan estratégico demostró que cabía esperar una rentabilidad razonable del capital social, por lo que no contenía ayuda estatal alguna.

El XXV IPC¹⁴⁴ correspondiente a 1995 recoge otros dos supuestos en los que la Comisión, atendiendo a la participación de inversores privados, llegó a la conclusión de que las aportaciones públicas de capital no constituían ayudas de Estado.

En el primero de los casos, la Comisión decidió que la inyección de capital y los préstamos facilitados por las autoridades de Valonia (Bélgica) a la empresa textil EM-Filature¹⁴⁵ se basaban en consideraciones comerciales normales y no constituían ayuda estatal. Esta intervención se había realizado conjuntamente con una inyección de capital efectuada por inversores privados gracias a la cual se convirtieron en accionistas mayoritarios de la empresa; y, en cuanto a los préstamos, determinados accionistas privados habían prestado capital en condiciones similares.

En el segundo caso, se llegó a igual conclusión a propósito de la aportación de capital efectuada por el Estado portugués en la empresa de reparación naval Lisnave¹⁴⁶ con motivo de su reestructuración, es decir, que no era constitutiva de ayuda estatal según lo dispuesto en el

¹⁴⁴ Apartado 159.

¹⁴⁵ Ayuda N321/95. Vid. IP/95/623, de 21.6.1995 (*Commission Approves Aid for Ewa-structuring Lisnave Shipyards in Portugal*) y DOCE C 267, de 14.10.1995-

¹⁴⁶ Lisnave. Ayuda N 96/95. IP/95/1076. 21.6.95 (*Commission Raises no Objection to a Plan by the Walloon Region to Assist the Takeover of Euromotte*). Ayuda a la construcción y reparación naval.

apartado 1 del artículo 87 CE, decidiendo tras su examen preliminar no plantear objeciones, sin necesidad de iniciar el procedimiento de investigación fomal previsto en el apartado 3 del artículo 88 CE.

En fechas más recientes, podemos destacar los asuntos *Alitalia* y *Duferco*. En relación con la recapitalización de la compañía aérea de bandera italiana *Alitalia*¹⁴⁷, la Comisión analizó la dotación de capital de 2,75 blns de Li, que el holding estatal IRI se proponía efectuar en ella, tras la oportuna notificación, rechazando que la participación de los inversores privados, que detentaban el 10% de la compañía, tuviera «significación económica real», ya que ningún inversor privado había aceptado participar en forma alguna en la ampliación de capital, debiendo excluirse de tal consideración a los trabajadores de la compañía, en la medida en que su participación (de 310.000 mlls de Li) era en realidad el resultado de un acuerdo previo con la empresa y que se efectuaba en condiciones muy diferentes a las que se ofrecían a los demás participantes.

En consecuencia, a falta de una participación sustancial de inversores privados en la operación, la Comisión reconoció expresamente que debía utilizar «un planteamiento más teórico» para apreciar la existencia de ayuda estatal.

El examen de esta apreciación de la Comisión fue uno de los motivos planteados por la compañía en el recurso de nulidad que interpuso contra esta decisión. El TPI¹⁴⁸, que estimó finalmente la demanda y que anuló la decisión controvertida por otros motivos¹⁴⁹, rechazó, sin embargo, que la participación de los trabajadores de la compañía en la ampliación de capital tuviera «significación económica real», respaldando el criterio de la Comisión, que razonablemente había considerado que la participación de los mismos se había efectuado en condiciones muy

¹⁴⁷ Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía *Alitalia* (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).

¹⁴⁸ STPI de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA* c. Comisión, asunto T-296/97, Rec. 2000, p. II-3871, apartados 76 a 94.

¹⁴⁹ En este sentido, la falta de motivación (cfr. apartado 137) y diversos errores manifiestos de apreciación (apartados 150 y 169).

diferentes a las del inversor público, por lo que dicha participación, impedía considerar, por sí misma, que la aportación que había realizado por su parte el IRI cumplía el principio del inversor privado en una economía de mercado.

En el caso *Duferco*¹⁵⁰, la Comisión consideró que la intervención financiera del Gobierno belga en favor de la empresa SA Duferco, sucesora de la antigua Forges de Clarberq¹⁵¹, que había sido declarada en quiebra, no contenía elementos de ayuda de Estado.

El grupo Duferco había comprado activos de Forges de Clarberq en condiciones que la Comisión había considerado correcta¹⁵². Con posterioridad a dicha adquisición, el comprador había constituido una nueva sociedad, Duferco Claberq, con la participación de la sociedad financiera pública SWS, perteneciente a la región de Valonia. Esta sociedad de inversiones pública adquirió el 25% de Duferco Claberq y le concedió, además, un préstamo subordinado de 550 mills de FB. La Comisión va a analizar a la luz del principio del inversor privado ambas intervenciones.

En relación con la participación del 25% en la nueva sociedad, la Comisión constató que se efectuaba en las mismas condiciones y de manera simultánea a la del inversor privado que aportaba la mayor parte del capital. Además, el socio privado poseía una estructura financiera sólida y la adquisición de esa empresa se integraba en su estrategia empresarial. La nueva empresa se administraba como un centro de beneficio independiente y se habían previsto inversiones para permitir la materialización de una estrategia industrial concreta, previendo el plan económico un margen de explotación positivo a partir del segundo año y beneficios a partir del quinto. Todas estas consideraciones llevaron a

¹⁵⁰ DOCE C 20, de 22.1.1998, p. 3.

¹⁵¹ La sociedad Forges de Clarberq había sido objeto con anterioridad de distintas intervenciones financieras públicas por parte de las autoridades belgas. Vid. Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1) y Decisión de 19 de diciembre de 1996, Acero CECA, Forges de Claberq (DOCE L 106, de 24.4.1997, p. 30).

¹⁵² Adquisición por el mejor postor, aceptación del expediente por el tribunal y acuerdo de los acreedores.

la Comisión a concluir que dicha aportación constituía una verdadera aportación de capital-riesgo conforme a la práctica normal de un inversor en una economía de mercado.

A propósito del préstamo subordinado, la Comisión consideró que se incluía entre los recursos propios de la empresa, por lo que en caso de quiebra las posibilidades de cobro de SWS eran casi nulas; sin embargo, ese riesgo se había compensado con una garantía del accionista mayoritario privado Duferco International Investment Holding Limited, sociedad holding del grupo Duferco, quien se había comprometido a avalar solidaria e indivisiblemente el 75% de todas las cantidades debidas, lo que significaba que el riesgo de pérdida de capital se repartía proporcionalmente entre los dos accionistas en función de sus respectivas partes en el capital, por lo que para la Comisión dicha operación también habría sido asumida por un inversor que actuase en una economía de mercado¹⁵³.

3.2.2. *La existencia de cotización en un mercado oficial*

Cuando no existe un inversor privado que aporte capital en idénticas condiciones al inversor público, la comparación con el comportamiento previsible del inversor privado debe ajustarse a otros parámetros. Una referencia básica es, sin duda, la del precio pagado por el capital. En el caso de que los títulos coticen en un mercado oficial¹⁵⁴, las posibles diferencias (al alza o la baja) de la referencia ofrecida por el propio mercado determinan, en principio, la existencia de una ventaja y su posible cuantificación.

¹⁵³ En la misma línea podemos citar una decisión posterior, también a propósito de otra empresa vinculada a este grupo (Duferco Belgium, S.A.) en la que la Comisión excluyó igualmente la existencia de ayuda estatal en la aportación de capital efectuada por SOGEPA, entidad sucesora de la Société Wallonne pour la Sidérurgie. Cfr. Decisión comunicada de 25 de julio de 2001. Aide d'Etat n° NN 121/2000. Belgique. Participation financière de la Région wallonne dans l'entreprise Duferco Belgium, S.A.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn121-00.pdf

¹⁵⁴ Sobre esta misma cuestión, vid. también el capítulo segundo, apartado 2.2.2.

En efecto, cuando una sociedad cotiza en bolsa su cotización será la referencia para determinar la posible existencia de ayuda estatal. Es precio destacar, no obstante, que en la adquisición de paquetes importantes de títulos, su adquisición se efectúa por lo general a través de la negociación directa entre comprador y vendedor y no por los mecanismos automáticos del mercado bursátil, sin perjuicio de su sumisión a las reglas de supervisión que imponen los organismos y las autoridades que tutelan el mercado.

De acuerdo con lo expuesto, cuando el precio al que el inversor público adquiere o vende las acciones sea superior o inferior al de su cotización¹⁵⁵, podrá existir ayuda estatal, ya que, como ha reconocido expresamente la Comisión, el mismo representa «una verdadera evaluación del valor de las acciones por parte del mercado, dado que refleja la relación entre la oferta y la demanda en condiciones de plena transparencia»¹⁵⁶.

Sin embargo, cuando el Estado ya posee prácticamente la totalidad de las acciones de una sociedad cotizada, la presencia de ayuda estatal no puede determinarse por el precio de la acción sino, como subraya Evans¹⁵⁷, en la perspectiva de rendimiento generada por la financiación adicional aportada por el Estado.

Por otro lado, el pago de un precio superior al de cotización puede considerarse ajustado al mercado, excluyéndose la presencia de ayuda estatal cuando se pretenda adquirir una minoría de control sobre una sociedad cotizada¹⁵⁸.

¹⁵⁵ En este sentido KOVAR, R. («Les prises...», op. cit., p. 112) y EVANS, A. (*EC Law...*, op. cit., p. 63), quien cita la Decisión de 24 de julio de 1991 relativa a las ayudas (en forma de inyecciones de capital y reducciones de capital) que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE L 300, de 31.10.1991, p. 48).

¹⁵⁶ Decisión de 6 de abril de 1993, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno alemán a Hiber y por Hiber a Bremer Vulkan AG, a través de Krupp GmbH, para facilitar la venta de Krupp Atlas Electronik GmbH a Bremer Vulkan AG por parte de Krupp GmbH (DOCE L 185, de 28.7.1993, p. 43).

¹⁵⁷ Evans, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 64, y Decisión de 25 de julio de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno italiano a una empresa de productos ópticos. Industrie Ottiche Riunite-IOR (DOCE L 183, de 3.7.1992, p. 30).

¹⁵⁸ Cfr. XIV IPC 1984, apartado 137. Esta hipótesis aparece también planteada en la

La cuestión examinada en este epígrafe se planteó con toda claridad en el asunto *Bremer Vulkan AG*¹⁵⁹, que sería posteriormente revisada por el Tribunal de Justicia¹⁶⁰. En esencia este complejo asunto puede resumirse del siguiente modo¹⁶¹.

Bremer Vulkan (BV) compró a Krupp (K) una participación del 74,9% en Krupp Atlas Elektronik GmbH (KAE). Como pago, BV entregó a K, 2,8 mlls de sus acciones y un mes después K canjeó dichas acciones con Hiber (H), empresa pública del Estado Federal de Bremen, y recibió a cambio 350 mlls de DM. H financió la operación recurriendo a un crédito bancario parcialmente cubierto por una garantía concedida por el Estado de Bremen.

Para la Comisión¹⁶², BV se habría beneficiado de una ayuda estatal, concedida por H y el Estado Federado de Bremen, destinada a facilitarle la adquisición de KAE, de acuerdo con los siguientes hechos y consideraciones.

El precio de emisión de las nuevas acciones suele ser, por lo general, inferior al de mercado, con el objetivo de que no fracase la emisión. En la medida en que el precio medio de las acciones de BV en noviembre y diciembre de 1991, período en el que se realizaron las principales transacciones, era aproximadamente de 80 DM por acción, este era el precio máximo en que comercialmente podía fijarse la emisión pública cuestionada. Sin embargo, el precio finalmente fijado para las

Comunicación a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DOCE C 307, de 12.10.1993, p. 3, apartado 30), al aludir a las participaciones de control en relación con los grupos empresariales.

¹⁵⁹ Decisión de 6 de abril de 1993, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno alemán a Hiber y por Hiber a Bremer Vulkan AG, a través de Krupp GmbH, para facilitar que la venta de Krupp Atlas Elektronik GmbH a Bremer Vulkan AG por parte de Krupp GmbH (DOCE L 185, de 28.7.1993, p. 43).

¹⁶⁰ STJCE de 24 de octubre de 1996, República Federal de Alemania, *Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG c. Comisión*, asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Rec. 1996, p. I-5151, en especial apartados 23 a 39.

¹⁶¹ Cfr. HEVIA RUIZ, J. (coord.): *Ayudas públicas a empresas: Decisiones de la Comisión CEE. Sentencias del Tribunal de Justicia*, Comunidad Autónoma de Madrid, 1995, p. 215.

¹⁶² Sobre este punto, vid. especialmente las secciones IV y VI de la Decisión.

acciones de BV fue sensiblemente superior, al elevarse hasta los 125 DM por acción. Dicha sobrevaloración sólo encontraba justificación en la garantía concedida por el Estado Federado de Bremen que cubría la diferencia entre los 125 DM en que valoraron las acciones y los 80 DM que, con arreglo a los criterios de mercado, podrían haber llagado a alcanzar como máximo sin que el Gobierno alemán hubiera podido presentar un análisis o informes que permitiesen justificar de otra manera una valoración tan elevada.

Las autoridades alemanas, por su parte, habían rebatido el valor de 80 DM por acción en el que la Comisión había fijado el valor medio de las acciones de BV, exponiendo que, si bien éste era efectivamente su precio de negociación de Bolsa a finales de 1991, la cotización bursátil no reflejaba la verdadera situación de la sociedad, al encontrarse dicha cotización fuertemente condicionada por la situación de la economía nacional e internacional. En consecuencia, para determinar el precio de emisión no debía tenerse en cuenta el valor coyuntural del mercado bursátil en aquel concreto período, sino la situación económica anterior y sus expectativas de futuro. Así, frente a los 80 DM por acción, para el Gobierno alemán las acciones de BV valían como mínimo 125 DM por acción.

Las autoridades alemanas habían justificado esta valoración de las acciones en las siguientes consideraciones:

- a) Los bancos habían atribuido a las citadas acciones un valor máximo de 125 DM, como quedaba reflejado en la concesión, por su parte, de un crédito de 350 mlls de DM¹⁶³. Además, el hecho de que dichos bancos hubieran mostrado su disposición a comprar las acciones de BV al precio de 80 DM por acción al vencimiento del crédito confirmaba que estimaban su valor, como mínimo, en 125 MD por acción¹⁶⁴. Sin embargo, al ser requeridas por la Comisión,

¹⁶³ Las autoridades alemanas señalan acerca de esta cuestión que los créditos de los bancos suelen limitarse al 50% o 60% de los valores para los que éstos se conceden. Para créditos que rebasen este 50%-60%, los bancos exigen una garantía suplementaria, materializada en este caso en la otorgada por el Estado Federado de Bremen.

¹⁶⁴ De acuerdo con la regla del 50%-60%, aludida en la nota anterior.

las autoridades alemanas no pudieron aportar los análisis o informes de los bancos en que figuraban tales estimaciones, limitándose a responder que no tenían acceso a ese tipo de documentos.

b) El precio de las acciones de BV fue, en promedio, de 130,8 DM por acción en 1990 y llegó a alcanzar los 170,5 DM el 1 de junio de 1990. Desde entonces, se habían registrado un descenso como consecuencia de la guerra del Golfo y, posteriormente, de la desaceleración de la economía.

c) El efecto de sinergia que derivaría de incorporar KAE a BV.

d) El atractivo que para un inversor tenía la adquisición de un gran paquete de acciones (2,8 mlls de acciones representan alrededor del 20% del total de acciones de BV) era mucho mayor que el que tendría si se tratara de acciones individuales.

e) El balance de la sociedad, aprobado por dos empresas independientes de auditoría y de asesoría fiscal, atestiguaba que el valor de los 2,8 millones de acciones de BV era de 350 mlls de DM.

En sede judicial, el Tribunal centró la cuestión controvertida en determinar si el valor total de las nuevas acciones emitidas por BV equivalía efectivamente al 74,9% del capital social de KAE, adquirido por BV, puesto que dicha emisión era el precio pagado por aquel porcentaje de acciones. Para el Tribunal, si los dos valores coincidían, debía excluirse la calificación de ayuda. Si, por el contrario, el valor total de las nuevas acciones de BV era inferior al valor del 74,9% del capital de KAE, procedía preguntarse, en una segunda fase, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, habida cuenta de todas las circunstancias y de todos los elementos pertinentes, qué comportamiento habría tenido un inversor privado que persiguiese una política estructural, global o sectorial y que se guiase por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo¹⁶⁵.

¹⁶⁵ El Tribunal cita expresamente la jurisprudencia Alfa Romeo (STJCE de 21 de marzo de 1991, Italia c. Comisión. C-305/89, Rec. p. I-1603).

Por su parte, las discrepancias entre las partes se concentraron básicamente en dos cuestiones: el momento en que debían compararse los dos valores, y los elementos o circunstancias que habían de tomarse en consideración como criterios de apreciación del valor de las acciones.

En relación con esta última cuestión, que es la que ahora nos interesa destacar, el Tribunal criticó que la Comisión se hubiera centrado exclusivamente en la cotización bursátil de las acciones y que no hubiera tenido además en consideración otros posibles parámetros¹⁶⁶. A juicio del Tribunal, la Comisión se había limitado sencillamente a considerar «sin ofrecer una explicación suficiente» que la cotización bursátil constituía el único elemento determinante para evaluar las acciones. Este criterio resultaba «demasiado formal, rígido y restrictivo», y que su aplicación absoluta e incondicional, con exclusión de cualquier otro elemento, llevaba consigo un automatismo difícilmente conciliable con el sistema de economía de mercado y con las decisiones económicas tomadas, como en el caso de autos, por empresas de gran tamaño y guiadas por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo. De ahí que prosperase el recurso, al estimar que la Comisión no había motivado suficientemente su decisión.

3.2.3. *La determinación de la rentabilidad probable de la inversión*

Como apunta Keppenne¹⁶⁷, en ausencia de una intervención paralela de inversores privados o de cotización bursátil, es necesario determinar la rentabilidad probable de la inversión al objeto de determinar

¹⁶⁶ A este respecto, el Tribunal señala en su apartado 33 que «en el caso de autos, además de la cotización bursátil de las acciones de BV, estos elementos pueden ser razonablemente la evolución en el pasado de dicha cotización, el acuerdo de 12 de julio de 1991, el valor intrínseco de la empresa BV, la plusvalía que generaría eventualmente el paquete de 2,8 millones de acciones, los efectos de sinergia esperados de la fusión de KAE y de STN en función de la situación del mercado afectado, las informaciones privilegiadas que poseían las partes en el acuerdo relativas al mercado de que se trata y a la situación de las empresas competidoras, así como las previsiones sobre la evolución de la cotización de las acciones de BV, a la vista, en particular, de la situación del mercado en el que opera la empresa.

¹⁶⁷ KEPPELNE; J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 48.

si un inversor privado que actúe en condiciones de mercado estaría dispuesto a hacer una inversión semejante o, por el contrario, nos encontramos ante la concesión de una ventaja gratuita en favor de la empresa que recibe la inyección financiera.

Este supuesto, que es el más frecuente en la práctica y, por ello, al que más atención ha dedicado la Comisión en sus documentos, exige concretar el valor de la participación, que se determinará en función del rendimiento presente y futuro de las acciones de la sociedad¹⁶⁸.

Conforme al principio del inversor privado en una economía de mercado se exigirá a la inversión pública un rendimiento equivalente al que obtendría un inversor privado comparable, que actuase como se espera de un inversor racional, es decir, buscando la rentabilidad adecuada al volumen de su inversión y al riesgo asumido. Por ello, la operación no sólo debe reportar para el inversor público un beneficio, sino que éste debe ser lo suficientemente atractivo como para decidir al inversor, en detrimento de cualesquiera otras posibles inversiones alternativas¹⁶⁹, ya que en caso de que el rendimiento previsto sea inferior¹⁷⁰

¹⁶⁸ EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 64 y *XII IPC 1982*, apartado 213.

¹⁶⁹ EN este sentido es especialmente ilustrativa la STPI de 12 de diciembre de 1996, *Air France-CDC* (Compagnie Nationale Air France c. Comisión, asunto T-358/94., Rec. 1996 p. II-2109) en cuyo apartado 98 señala el Tribunal que «en este contexto, la Comisión no estaba obligada, en el ejercicio de la facultad de apreciación que le corresponde en la materia, a atenuar el resultado negativo al que había llegado, tomando en consideración los pocos signos y perspectivas de mejora alegados por la demandante, dado que podían considerarse insignificantes en relación con la situación económica y financiera general de Air France. A este respecto, basta con remitirse a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de octubre de 1991, *Italia/Comisión* (C-261/89, Rec p. I-4437, apartado 14) en que dicho Tribunal, en lugar de obligar a la Comisión a proceder a una compensación minuciosa entre todos los elementos negativos y positivos, admitió, en el caso de la empresa *Aluminia*, una apreciación global conforme a la cual la existencia de un resultado positivo, suponiendo que hubiera sido previsible, no habría sido suficiente para inducir a un hipotético inversor privado a efectuar la aportación de capital de que se trataba, puesto que el citado resultado era demasiado reducido para compensar el aplastante volumen de endeudamiento y las enormes pérdidas».

¹⁷⁰ EN la Decisión de 16 de abril de 1997, relativa a las ayudas concedidas por Italia a *Enirisor* SpA (DOCE L 80, de 18.3.1998, p. 32), la Comisión señala expresamente que «(l)as recapitalizaciones efectuadas por el ENI para financiar el proceso de reestructuración de *Enirisor* están caracterizadas por un rendimiento financiero insuficiente, dado que la reestructuración consiste esencialmente en privatizaciones puras y simples, liqui-

o no sea previsible rendimiento alguno¹⁷¹, la intervención deberá ser calificada como ayuda.

En sus primeras decisiones, la Comisión se limitaba a remitirse de manera genérica al comportamiento previsible de un inversor privado para fundamentar su decisión de que las medidas controvertidas constituían una financiación privilegiada para las empresas beneficiarias. Si su situación financiera se encontraba muy deteriorada a causa de las continuas pérdidas sería poco verosímil que cualquier inversor privado hubiera decidido acudir en su auxilio y, en consecuencia, pudieran recibir otra financiación que la subvencionada¹⁷².

Esta argumentación, que resultaba suficiente cuando se trataba de empresas fuertemente endeudadas, con una carga financiera que sobrepasaba ampliamente sus posibilidades de autofinanciación y que hacían prácticamente imposible el acceso a los recursos ajenos, se mostró, sin embargo, insuficiente para valorar algunas de las operaciones que eran objeto de examen por la Comisión¹⁷³.

daciones y privatizaciones a raíz de inversiones. Por lo tanto, no se podía contar con un rendimiento proporcional al importe de la recapitalización y, así pues, no puede sostenerse que el ENI haya actuado como un inversor privado».

¹⁷¹ Decisión de 7 de junio de 1995, relativa a la ayuda concedida por el Estado italiano a la empresa Iritecna SpA (DOCE L 300 de 13.12.1995, p. 23), en la que la Comisión señala que «(n)inguna de las inversiones realizadas por el Estado con vistas a la reestructuración de Iritecna producirá un rendimiento adecuado en el futuro».

¹⁷² En este sentido y a título de referencia, vid. la Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales, caso Balamundi (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18); Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papalero, caso Intermills, (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30); Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a una ayuda del Gobierno holandés en favor de una empresa de transformación de cartón, caso Leeuwarder Papierwarenfabriek, BK (DOCE L 277, de 29.9.1982, p. 15). Es preciso advertir, que tanto la decisión Intermills como la Leeuwarder fueron anuladas por el Tribunal de Justicia, quien juzgó insuficiente la motivación de la Comisión, aunque, dicha falta de motivación no afectaba a su carácter de ventaja, sino a la concurrencia de las condiciones de su incompatibilidad (falsoseamiento de la competencia o afectación del mercado intracomunitario).

¹⁷³ El fruto más importante de la Comunicación de 1984 fue, sin duda, el de clarificar los supuestos en que era precisa la notificación previa, por lo que, a partir de su remisión a los Estados miembros, la notificación de estas operaciones comenzó a hacerse frecuente, sin perjuicio de los supuestos de los que conocía la propia Comisión, de oficio o en virtud de denuncia de terceros.

La necesidad de ofrecer una más sólida fundamentación a sus decisiones, unida a la mayor complejidad de las operaciones que la Comisión tiene que examinar¹⁷⁴, le ha llevado en la práctica a utilizar en numerosos expedientes de manera explícita y detallada¹⁷⁵ las mismas técnicas que emplean los inversores privados cuando se plantean una inversión¹⁷⁶.

Este nuevo enfoque adoptado por la Comisión, más riguroso y técnico, le va a permitir evaluar no sólo las operaciones de empresas en crisis, que siguen siendo la mayoría, sino las posibles intervenciones en empresas viables y rentables, en que participan o desean participar los Estados como accionistas o como inversores, hipótesis esta última que tampoco es infrecuente y sobre la que resulta imprescindible ofrecer asimismo la necesaria seguridad jurídica¹⁷⁷.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que cualquier inversor que compromete su capital lo hace para obtener un beneficio y que este beneficio está necesariamente en función del riesgo asumido en dicha

¹⁷⁴ La razón de que las operaciones sean cada vez más complejas hay que verlas en la propia evolución de los mercados financieros y, por lo que respecta a los casos de potenciales ayudas de Estado, en los intentos efectuados por los Estados miembros para eludir el control de la Comisión, tratando de hacer pasar como operaciones de mercado verdaderas ayudas estatales.

¹⁷⁵ Con las limitaciones que para su estudio ofrece el necesario respeto al secreto comercial y profesional. Acerca de esta limitación, en sede de ayudas estatales, vid. lo expuesto en el apartado 2.2.2.8 del capítulo tercero de este trabajo.

¹⁷⁶ Debemos destacar, sin embargo, que la profundidad del análisis de la Comisión está en función de la propia complejidad del expediente y de la situación financiera de la concreta empresa beneficiaria, ya que si ésta es especialmente grave y evidente puede resultar innecesario un estudio especialmente detallado. Además, procede señalar que la Comisión suele emplear en su análisis el asesoramiento de expertos independientes, además de los que el Estado miembro interesado, la empresa beneficiaria o los terceros suelen aportar al expediente.

¹⁷⁷ La dificultad de aplicar el principio del inversor privado en una economía de mercado para enjuiciar las aportaciones públicas de capital en el caso de empresas sin dificultades financieras es apuntada por PAPPALARDO («Les participations de l'Etat...», op. cit., pp. 309 y 310) quien, tras analizar la aplicación de este principio por parte de la Comisión y de los tribunales en relación con empresas en dificultades, señalaba ya la necesidad de profundizar en su aplicación en la medida en que el simple hecho de que una empresa estuviera saneada no impedía que determinadas aportaciones de capital de que fuera beneficiaria no pudieran contener algún elemento de ayuda estatal.

inversión¹⁷⁸, de acuerdo con el axioma de que a mayor riesgo corresponderá la expectativa de una mayor rentabilidad. Por ello, el inversor privado, guiado por el objetivo de maximizar su beneficio, estudia el grado de riesgo de cada operación y la rentabilidad correspondiente, buscando la opción que permita equilibrar ambos parámetros, tomando como referencia la inversión en renta fija o *inversión sin riesgo*.

El análisis de todo inversor parte, como destaca Suárez¹⁷⁹, del estudio de la naturaleza y del coste de los recursos que va a emplear en la operación. Cada recurso o fuente de financiación tiene su *coste*¹⁸⁰, que es lo que se denomina *coste del capital*, expresado con carácter general como la media aritmética ponderada del coste de los diferentes recursos financieros o *coste del capital medio ponderado*, concepto que, como apunta Alexander¹⁸¹, es el corazón mismo del principio del inversor privado en una economía de mercado empleado por la Comisión.

Desde la perspectiva de los recursos propios, el coste del capital propio puede definirse, siguiendo a Suárez¹⁸², como la «tasa de retorno o

¹⁷⁸ Dentro del riesgo, entendido como previsibilidad de un mal, de una inversión es preciso distinguir y valorar el *riesgo general o de mercado*, que afecta a toda inversión financiera y que es la tendencia de los valores individuales a variar en la misma dirección que el mercado en general, y el *riesgo específico*, ligado a cada concreta inversión y que viene determinado por el propio sector o empresa singular en que se realice la inversión. En la actualidad y dada la interconexión de los mercados, esta tendencia se refiere no sólo al mercado local en que se realice la inversión sino que puede venir determinada por los demás mercados de referencia.

¹⁷⁹ SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, Pirámide, Madrid, 1996, en particular p. 547.

¹⁸⁰ Es preciso partir de la idea básica de que no hay financiación sin coste, ya que toda fuente de financiación tiene un coste de oportunidad que debe ser evaluado a la hora de acudir a una u otra fuente de financiación. A diferencia del endeudamiento, el capital propio carece de coste explícito o coste contractual, aunque sí tiene un coste implícito o coste de oportunidad que viene definido por las ganancias que demandan los accionistas de la empresa, en función del riesgo que tienen que soportar y del rendimiento por unidad de riesgo de mercado financiero, ya que como mínimo habrán de obtener un rendimiento por unidad de riesgo igual al que pierden de ganar por no haber invertido sus ahorros en activos alternativos; en otro caso, los accionistas venderían sus acciones, con lo que caería la cotización de la empresa, en detrimento de su valor. En este sentido, vid. SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Decisiones óptimas...*, op. cit., pp. 551 y 552.

¹⁸¹ ALEXANDER, I.: *Cost of Capital: The Applications of Financial Models to State Aid*, The Osera Press, Oxford, 1995, en concreto p. 11.

¹⁸² SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Decisiones óptimas...*, op. cit., p. 547.

tipo de rendimiento interno mínimo que la empresa ha de obtener sobre la parte de cada proyecto de inversión financiada con capital propio, a fin de conservar sin cambios su cotización». De una adecuada retribución del capital propio dependerá que los accionistas no decidan abandonar su inversión en favor de otras más rentables.

El cálculo de cuál sería la tasa de retorno mínima que un inversor privado estaría dispuesto a recibir para asumir una determinada inversión es el que, en consecuencia, se debe exigir a las inversiones efectuadas por los poderes públicos para considerarlas ajustadas a mercado y excluir la existencia de ayudas. Con carácter general, para evaluar cada operación financiera se debe valorar el coste de las distintas fuentes de financiación alternativas¹⁸³. No obstante, entendemos que en los supuestos examinados por la Comisión es preciso partir del hecho de que la empresa ya ha decidido la fuente o fuentes de financiación necesarias (recursos propios o ajenos), por lo que el análisis del organismo comunitario se centra básicamente en el estudio del coste de la operación concreta y de su racionalidad financiera, tomando en consideración los riesgos asumidos y las expectativas de rentabilidad generadas.

3.2.3.1. El modelo de valoración de activos financieros (Capital Asset Pricing Model)

La Comisión acude al análisis financiero para valorar el proyecto de inversión pública evaluando su riesgo y la rentabilidad esperada, de acuerdo con la información que le es suministrada. Con ello, como expresa en su Comunicación de 1993¹⁸⁴, no pretende sustituir al inversor, sino poder valorar la inversión en términos de racionalidad financiera.

La economía financiera ofrece cuatro métodos diferentes para estimar el coste del capital-recursos propios: 1) el modelo de valoración de activos financieros (Capital Asset Pricing Model), al que en lo sucesivo

¹⁸³ Este análisis exige valorar y medir el *coste de la deuda o recursos ajenos* y el *coste de los recursos propios*, cuestión a la que no es ajena la dificultad que en el plano jurídico-financiero plantea la naturaleza de títulos híbridos de deuda-capital propio.

¹⁸⁴ Apartado 27.

denominaremos CAPM; 2) la teoría de la valoración por arbitraje (TVA); 3) la teoría de la valoración de opciones; y 4) el modelo de crecimiento de los dividendos. De ellos, el más usual para determinar el coste del capital es el CAPM, que es, como veremos, el que expresamente utiliza la Comisión a la hora de analizar las operaciones de aportación de capital-riesgo, en sede de ayudas de Estado¹⁸⁵.

La propia Comisión, en una decisión reciente relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a las empresas CECA, Salzgitter AG, Preussag Stahl AG y las filiales siderúrgicas del grupo, Salzgitter AG-Stahl und Technologie (SAG)¹⁸⁶, expuso con claridad el funcionamiento de este método¹⁸⁷, afirmando que «(d)e acuerdo con este modelo, el coste del capital propio es igual al tipo sin riesgo en el mercado de que se trate más la prima de riesgo correspondiente a ese mercado multiplicada por un *coeficiente beta*. El coeficiente beta corresponde al rendimiento exigido por el mercado en el sector correspondiente, medido directamente como la relación entre los resultados de las empresas de este sector y sus valores en bolsa, corregida por la estructura de financiación (*gearing*) de la empresa en cuestión».

El CAPM expresa el coste del capital para una empresa determinada, calculando el premio atribuido a la inversión en el mercado de capitales del Estado donde la empresa está establecida. La prima de riesgo de invertir en el capital de dicha empresa, el denominado *coeficiente beta*, mide el riesgo comparado con la inversión en el mercado local de capitales, añadiendo a la suma de los dos la prima de la inversión sin

¹⁸⁵ ALEXANDER, I.: *Cost of Capital...*, op. cit., pp. 31 y ss. En el mismo sentido, vid. ABBAMONTE, G.B.: «Market Economy...», op. cit., p. 263.

¹⁸⁶ Decisión de 28 de junio de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a Salzgitter AG, Preussag Stahl AG y las filiales siderúrgicas del grupo, en lo sucesivo «Salzgitter AG - Stahl und Technologie» (SAG) (DOCE L 323, de 20.12.2000, p. 5, en particular apartado 102).

¹⁸⁷ A pesar de que esta Decisión no tiene por objeto una aportación de capital, sino un mecanismo de amortizaciones extraordinarias y de reservas exentas de impuestos, la formulación que hace de este método es igualmente válida. En esta Decisión, la Comisión consideró incompatible las ayudas concedidas a estas empresas en forma de amortizaciones extraordinarias y de reservas exentas de impuestos, sobre una base subvencionable de 484 millones o de 367 millones de marcos alemanes, respectivamente, de conformidad con el artículo 3 de la *ZonenRFG*.

riesgo. La tasa resultante se ajusta con la inflación y los impuestos en orden a obtener el coste real del capital, después de impuestos para la empresa¹⁸⁸.

Si la inversión pública ofrece unos beneficios más altos que el coste del capital, no hay ayuda de Estado en la operación; por el contrario, si el margen de beneficios está por debajo del coste del capital, la operación financiera constituye una ayuda de Estado. Los beneficios deben apreciarse en términos de dividendos o plusvalías.

La determinación del coste del capital, de acuerdo con este método, resulta, sin embargo, especialmente compleja si la empresa no cotiza en un mercado oficial, puesto que es preciso encontrar un término de comparación de los beneficios del capital invertido¹⁸⁹.

No puede olvidarse, en definitiva, que este método no deja de ser, como subraya Abbamonte¹⁹⁰, un modelo matemático que como tal no tiene en cuenta el riesgo específico de la inversión en una concreta empresa. En efecto, el coeficiente beta mide en realidad los riesgos del mercado o del sistema, que son los que derivan de factores que afectan a la economía general de un Estado¹⁹¹, como la recesión o la guerra; sin embargo, no toma en consideración los riesgos específicos o riesgos asistemáticos, que vienen determinados por las circunstancias particulares de cada empresa, individualmente considerada, como huelgas, problemas de aprovisionamiento, equipo directivo, etc.¹⁹².

¹⁸⁸ La prima de mercado y el coeficiente beta son calculados por los grandes bancos de inversión. El coeficiente beta es desarrollado y fijado sobre las bases del movimiento del precio de las acciones en particular, en relación con el índice del mercado de valores en el que cotiza.

¹⁸⁹ En el asunto Iberia (II), a falta de cotización en bolsa de las acciones de Iberia, no es posible determinar directamente el valor del coeficiente beta de la empresa. El coeficiente beta utilizado de 1,39 (*equity beta*) procede de un análisis que incluye una veintena de compañías aéreas de Europa y del mundo y que tiene en cuenta también la estructura financiera de Iberia en 1999, así como las consecuencias sobre dicha estructura de las cesiones de activos a Andes Holding BV.

¹⁹⁰ ABBAMONTE, G. B.: «Market Equity...», op. cit., p. 264. En este punto seguimos, con carácter principal, las reflexiones de este autor.

¹⁹¹ Por este motivo se denomina también a menudo «riesgo-país».

¹⁹² La diferencia entre estos dos tipos de riesgo es importante, ya que mientras que el riesgo específico de una compañía puede ser eliminado diversificando las inversiones,

Así, aunque a los inversores ordinarios les será, por lo general, suficiente el coeficiente beta, puesto que pueden adoptar sus decisiones valorando el riesgo de mercado, en el caso de un holding o de una empresa que desee adquirir el control de un negocio, deberá valorar también la estabilidad del negocio y su rentabilidad a largo plazo, por lo que le será imprescindible calcular también su riesgo específico. En consecuencia, el coeficiente beta debe ajustarse para tomar en cuenta la especificidad de la compañía, ya que estos factores singulares pueden afectar significativamente al coste del capital. En estos supuestos, el análisis financiero se hace aún más teórico y deja en manos del analista financiero un mayor margen de discrecionalidad.

Esta perspectiva es justamente en la que será preciso situarse para evaluar la provisión de capital por parte de un holding público a sus filiales, a la luz del principio del inversor privado en una economía de mercado.

La primera decisión en la que la Comisión calculó de manera explícita el coste del capital fue la adoptada en 1994¹⁹³ con motivo del segundo expediente abierto a la Compagnie des Machines Bul (Caso *Bull II*), si bien, como advierte Abbamonte¹⁹⁴, al no hacer público, por ra-

el riesgo del mercado no puede ser eliminado a través de la diversificación puesto que depende de factores que afectan simultáneamente a todas las empresas.

¹⁹³ A finales de 1993 la Comisión tuvo conocimiento de la intención del Gobierno francés de invertir, a través de la compañía pública France Télécom, 11.100 mlls de FF en Bull. Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p.1). Con anterioridad, la Comisión había archivado un anterior expediente abierto en 1991 (cfr. DOCE C 202, de 1.8.1991, p. 7), al decidir que las medias proyectadas por Francia no contenían elementos de ayuda estatal (Comunicación de archivo DOCE C 244, de 23.9.1992, p. 2). En realidad, la Decisión Bull (II), a la que nos vamos a referir, va estar precedida por otra decisión, en la que la Comisión insta la suspensión de la ejecución del pago por haberse incumplido la obligación de notificación previa: se trata de la Decisión de 26 de enero de 1994, por la que se exige a Francia que suspenda el pago de una ayuda al grupo Bull, concedida en infracción del apartado 3 del artículo 93 Tratado CE (DOCE L 107, de 28.4.1994).

¹⁹⁴ ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy...», op. cit., p. 265. Para este autor, esta Decisión «representa un modelo en si misma», ya que la Comisión no se habría limitado, como en otras decisiones anteriores, a analizar la situación general de la empresa y sus perspectivas de futuro, sino que determinó el valor neto actual sobre la base de las proyecciones disponibles para calcular la tasa de retorno de la inversión.

zones de secreto comercial, el coste de capital elegido para descontar el futuro *cash-flow* generado por Bull, resulta imposible examinar cómo valoró el riesgo de la inversión.

El análisis llevado a cabo por la Comisión puede resumirse del siguiente modo:

- 1) La situación financiera de la compañía en el momento en que se adoptó la decisión de invertir no era sólida, a la vista de sus pobres resultados económicos, caída de ventas, pérdidas operativas y alto nivel de endeudamiento, que contrastaban con la de sus competidoras.
- 2) La participación de accionistas privados no era suficiente para excluir la posibilidad de que existieran ayudas de Estado¹⁹⁵.
- 3) A partir de las proyecciones financieras para el período 1994-1995, se concluyó que la tasa interna de retorno medida en términos del valor presente del *cash-flow* de Bull era insuficiente para convencer a un inversor que operase en condiciones normales de una economía de mercado para realizar tal inversión.

Otro ejemplo de especial interés es el relativo a la recapitalización de Iberia, autorizada por la Comisión en 1996¹⁹⁶. Este caso, que resultó especialmente controvertido¹⁹⁷, supuso indudablemente una conti-

¹⁹⁵ Sobre este punto, vid. *supra* el apartado 2.2.1.3 de este mismo capítulo.

¹⁹⁶ Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, 27.4.1996, p. 25); resulta de interés la lectura de la extensa nota de prensa de la Comisión sobre la resolución de este expediente (IP/96/102, de 3.1.1996). «Commission Authorizes Capital Increase in the Spanish Airline Iberia on Commercial Grounds»). Con anterioridad, la Comisión había autorizado ya una previa recapitalización, llevada a cabo en 1992 (Iberia I), aunque sólo publicó una relación estándar de datos sobre la misma (DOCE C 236, de 15.9.1992, p. 2 e IP/92/606, de 22.7.1992, con el expresivo título de «Commission Says Yes to State Aid for Iberia»).

¹⁹⁷ Como destaca FRÜLING («Le contrôle...», op. cit., p. 315), la singularidad de esta decisión y de las controversias que ha suscitado radican en el hecho de que la Comisión autorizara una nueva inyección de capital por un importe final de 87.000 mlls de ptas como una transacción financiera normal en vez de reputarla como ayuda de Estado y someter su autorización a las condiciones de la letra c del apartado 3 del artículo 88 CE, como en el caso del segundo plan de reestructuración de Air France, a pesar del fracaso de un primer plan autorizado por la Comisión en 1992 que incluía una aportación de 120.000 mlls de ptas, bajo la condición de que fuera la última. A propósito de la aplica-

nuación de la línea marcada por la decisión Bull, en la medida en que la Comisión no se limitó a evaluar la situación general de la compañía y sus perspectivas futuras, sino que procedió, además, a valorar activamente el rendimiento que un inversor privado esperaría obtener sobre la base de los modelos matemáticos empleados por los bancos de negocios, mencionando también de manera explícita el CAPM¹⁹⁸.

3.2.3.2. El momento en el que se tomó la decisión de invertir

La determinación del momento en el que el inversor público decide acometer la inversión controvertida constituye para la Comisión una cuestión de singular relevancia a la hora de valorar la posible existencia de ayuda estatal.

En efecto, si se parte de que un inversor racional debe conocer con la mayor precisión posible la situación de la empresa en la que va a invertir, resulta lógico que el control comunitario incida en este punto para poder valorar si el comportamiento del inversor público se ajusta al que es usual en el mercado en el que opera. Esta cuestión ha sido

ción que en este caso realizó la Comisión de esta condición, conocida comúnmente por el término anglosajón «*one time, last time*», es preciso destacar, como hace MARAÑÓN HERMOSO («Ayudas de Estado...», op. cit., pp. 37 a 40), que en muchas ocasiones las razones políticas por las que la Comisión adopta determinadas decisiones pueden oscurecer su justificación desde un punto de vista jurídico, añadiendo a este respecto que «si la actuación de la Comisión al exigir una parcaial privatización de la compañía y aplicar el principio del inversor privado fueran examinadas bajo una perspectiva estrictamente jurídica, difícilmente podría garantizarse una correcta aplicación del principio *one time, last time* por el que las ayudas han de ser concedidas una vez».

¹⁹⁸ Como subraya FRÜLING («Le contrôle...», op. cit., pp. 309 y 310), este modelo era el utilizado para calcular el coste del capital en función del riesgo asumido por el inversor en el caso de sociedades cotizadas en bolsa, lo que no sucedía con la mayoría de las compañías aéreas europeas que se encontraban en dificultades; a pesar de ello, la Comisión no dudó en emplearlo en el caso *Iberia*, comparando su situación financiera con la de los otros transportistas. Al acudir a las técnicas de análisis financiero empleadas en el mercado, la Comisión goza de mayor independencia para valorar los planes de reestructuración que le son presentados. En su decisión relativa a *Iberia*, la Comisión habría continuado la línea marcada por la Decisión Bull y había procedido a calcular el rendimiento que un inversor privado habría esperado de su inversión. Para este autor, esta aproximación, más intervencionista y que, paradójicamente, privilegiaba las leyes del mercado, entraría, sin embargo, en contradicción con las líneas directrices que la propia Comisión había aprobado en noviembre de 1994 sobre las ayudas estatales en el sector

planteada por la Comisión en diversos casos, alguno de los cuales ha sido objeto de revisión posterior por los tribunales.

En el caso *Air France-CDC*¹⁹⁹, la Comisión expresó claramente que la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado implicaba determinar en qué momento adoptó CDC-P la decisión definitiva de invertir en el capital de Air France, puesto que para la Comisión «(e)l momento en que se produjo dicha decisión resulta importante para valorar si CDC-P, basándose en datos objetivos, podía esperar razonablemente un rendimiento adecuado de su inversión», atendiendo especialmente a la naturaleza de los títulos objeto de suscripción por parte de la CDC-P, cuyo rendimiento dependía por completo del comportamiento de la compañía²⁰⁰.

De acuerdo con la información suministrada por las autoridades francesas, CDC-P habría tomado la decisión de invertir en Air France a

del transporte aéreo, cuyo apartado 26 consagraba claramente que no le correspondía probar que el programa financiado por el Estado sería rentable más allá de toda duda antes de aceptarlo como una transacción comercial normal, y que tampoco podría pretender sustituir el juicio del inversor, sino que únicamente debía establecer, con una razonable certeza, que el programa financiado por el Estado sería aceptable para el inversor en un régimen de economía de mercado.

¹⁹⁹ Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France (DOCE L 258 de 6.10.1994, p. 26).

²⁰⁰ Como destaca la Comisión «antes de su conversión, las ORA tienen un componente fuertemente relacionado con los beneficios, ya que los tipos de interés varían en función de los márgenes de flujo de caja registrados por la compañía (los tipos de interés actuarial varían entre un 5,5% y un 7,42%). Los intereses (4%) se pagaban por vez primera el 1 de mayo de 1994. Con posterioridad a su conversión, las ORA se convierten en acciones y su rendimiento depende exclusivamente de los beneficios. Los tipos de interés de los TSIP-BSA no están directamente relacionados con los beneficios, pero si, en cualquier ejercicio, Air France experimentara una pérdida consolidada superior al 30% de los recursos propios, podría suspenderse el pago de los intereses correspondientes a dicho ejercicio. Además, en caso de liquidación o disolución, los titulares de TSIP-BSA disfrutarían de una protección muy limitada, porque el reembolso de estas obligaciones tiene lugar después del de los demás acreedores. La Comisión «ha señalado que existe ayuda de Estado cuando la posición financiera de una compañía, y en particular la estructura y el volumen de sus deudas, es tal que no cabe esperar una rentabilidad normal (en dividendos o en aumento del capital) del capital invertido en un plazo razonable». La Comisión «consideró que cuando se tomó la decisión de invertir, como muy pronto el 17 de febrero de 1993, CDC-P conocía (o por lo menos debía conocer) el acusado deterioro de la estructura financiera de Air France».

finales de 1992, en función del «*plan de retour à l'équilibre*», lo que suponía que la decisión se habría tomado «en un momento en que no cabía esperar el acusado descenso que en 1993 iba a experimentar el tráfico de pasajeros de Air France»²⁰¹.

Por el contrario, para la Comisión, teniendo en cuenta la práctica habitual de los inversores, la decisión de invertir de CDC-P había tenido lugar en el momento en que se suscribieron las obligaciones (es decir, en abril de 1993), sin que, a su juicio, las autoridades francesas hubieran demostrado que CDC-P estuviera legalmente obligada a suscribir la emisión antes de dicha fecha.

La Comisión reflexiona del siguiente modo: «en ausencia de acto jurídico vinculante, cualquier manifestación de CDC-P previa a la fecha de suscripción debe considerarse una mera declaración de intenciones. En cualquier caso, aún suponiendo que CDC-P tomara la decisión de invertir antes de abril de 1993, y que no pudiera volverse atrás de dicha decisión, la fecha relevante sería, como muy pronto, el 17 de febrero de 1993 (es decir, la fecha en la que el consejo de administración propuso emitir las obligaciones). Antes de dicha fecha, no estaba fijada la forma definitiva que revestiría la emisión y, por consiguiente, CDC-P no disponía de información suficiente para adoptar una decisión definitiva ni para adquirir ningún compromiso».

Por lo expuesto y a la vista del deterioro de la estructura financiera de Air France, la Comisión rechazó que un inversor privado en una situación comercial normal hubiera estado dispuesto a suscribir un acuerdo económico importante con Air France como lo hizo CDC-P, por lo que dicha suscripción debía considerarse una ayuda.

El TPI²⁰² ratificó el criterio de la Comisión, negando que ésta hu-

²⁰¹ De acuerdo con la citada decisión, el consejo de administración de Air France fijó, previa negociación con CDC-P, los detalles de la emisión de obligaciones y propuso a los accionistas que aprobaran dicha emisión el 17 de febrero de 1993, que no sería finalmente aprobada hasta la junta extraordinaria de accionistas, que fue la que aprobó la emisión de las obligaciones el 24 de marzo de 1993, así como la forma definitiva que iba a revestir la operación.

²⁰² Vid. STPI de 12 de diciembre de 1996, *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 74 a 81, en especial apartado 79.

biera incurrido en error manifiesto de apreciación, en la medida en que «un inversor privado perspicaz no habría tomado, en circunstancias normales, una decisión que le obligase irrevocablemente a efectuar una inversión de una cuantía como la del presente asunto o a garantizar su buen fin hasta que los detalles de tal inversión no se hubiesen fijado definitivamente».

Por lo tanto, en el caso de autos, un *inversor perspicaz* no habría adoptado la decisión de invertir antes del 17 de febrero de 1993 y en una situación como la que era objeto del litigio, en la que la suscripción de los títulos, producida en abril de 1993, había venido precedida de varios meses de negociación entre el emisor y el suscriptor. Un inversor privado perspicaz habría tenido la precaución, además, de observar atentamente durante dicho período de negociación la evolución económica y financiera de la empresa afectada por su proyecto de inversión y, en el supuesto de que hubiera sucedido un acontecimiento negativo importante, no habría dudado en renunciar a este proyecto, mientras no estuviese jurídicamente obligado a llevarlo a cabo. En consecuencia, el Tribunal respaldó la tesis de la Comisión según la cual la decisión de invertir se había tomado en abril de 1993 o, como muy pronto, el 17 de febrero de 1993.

La cuestión del momento en que se adoptó la decisión de invertir se planteó también en la decisión Bull (II)²⁰³, a propósito del anticipo de 2.500 mills FF sobre una aportación futura de capital, que fue abonado a Bull en febrero de 1993 y la decisión de realizar una inversión adicional de 8.600 mills FF, adoptada por Francia en diciembre de 1993. La Comisión va a analizar la situación financiera de la compañía en ambas fechas para determinar si un inversor privado que operase en las condiciones normales de una economía de mercado habría tomado la misma decisión que el Estado francés.

En su decisión, la Comisión señaló que a finales de 1992, fecha límite en la que podía obtenerse una información financiera antes de

²⁰³ Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p. 1).

decidir la inversión, se podía constatar que Bull había registrado durante tres años una caída de sus ventas y de su volumen de negocios consolidado en un 14% aproximadamente. Además durante los años 1990, 1991 y 1992, Bull había registrado pérdidas de explotación y su resultado neto había sido negativo durante ese período. Los últimos beneficios netos de la compañía se habían registrado en 1988 y ésta no había pagado dividendos desde su compra por el Estado. Estos datos financieros, unidos al nivel de pérdidas de la empresa no permitían considerar que hubiera aumentado el valor de las acciones de la empresa²⁰⁴.

En relación con la posterior decisión de invertir 8.600 mills FF, la Comisión consideró que Francia debía disponer de los resultados de Bull relativos al semestre que finalizó el 30 de junio de 1993 y tener indicaciones fiables sobre los resultados del ejercicio hasta el 31 de diciembre de 1993, que no hacía prever la obtención de un rendimiento adecuado en un plazo razonable²⁰⁵.

Esta cuestión también se suscitó en el caso *Thomson SA-Thomson Multimedia*²⁰⁶, en el que la Comisión analizó, además de una aportación de capital, la posible presencia de elementos de ayuda estatal en forma de sobrevaloración del precio de compra de la participación de un 3,01% del capital de Crédit Lyonnais, propiedad de la empresa Thomson SA²⁰⁷.

²⁰⁴ La Comisión va a comparar incluso estos datos financieros con los de otra compañía del sector: IBM.

²⁰⁵ «(H)abida cuenta de los resultados financieros recientes de Bull, de la disminución de sus ventas, de sus pérdidas de explotación y de su alto nivel de endeudamiento, no puede considerarse que su situación financiera fuera sana en el momento en el que se adoptaron las decisiones de inversión. Además, si se considera la estructura y el volumen de las deudas de Bull, en relación con sus resultados pasados y con las previsiones, no parece que en la fecha de la inversión pudiera esperarse en un plazo razonable un rendimiento adecuado de los capitales invertidos. Por último, habida cuenta de su margen bruto de autofinanciación, no parece que Bull pudiera conseguir fondos por un importe equivalente en el mercado de capitales».

²⁰⁶ Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson Multimedia (DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31). Resulta también de interés la decisión de incoar el procedimiento de investigación formal (DOCE C 90, de 20.3.1997, p. 3). Sobre este asunto y a propósito de esta cuestión, vid. lo señalado *supra*, en el capítulo segundo, apartado 2.2.2.

²⁰⁷ La Comisión en su breve referencia a este asunto en el XXVII IPC 1997 (SEC(97)

En este caso, como en el ya referido relativo a Air France, la Comisión partió de la diferente valoración de los activos adquiridos por el Estado francés, entre la fecha en que se decidió la adquisición (el 20 de mayo de 1996) y aquella en la que se efectuó materialmente (a comienzos de 1997), período en el que su valor se había devaluado notablemente.

La Comisión había tenido acceso a un informe especializado sobre el precio de la operación, realizado en noviembre de 1996, que analizaba las condiciones del pacto alcanzado entre el Estado y Thomson el 20 de mayo, en el que se consideraba que la prima del 30% entre acción y certificado de inversión²⁰⁸, que se había utilizado para evaluar la operación, era correcta. Sin embargo, antes del desenlace material de la operación, acaecido a comienzos de 1997²⁰⁹, el Estado habría tenido todavía la posibilidad de ver que la operación atentaba contra sus intereses patrimoniales y que convenía denunciarla, algo que habría sido posible puesto que era propietario de la mayor parte del capital de Thomson SA (76%), por lo que podía controlar completamente la empresa.

La autoridad comunitaria rechazó el argumento del Gobierno francés que justificaba la fecha del 31 de diciembre de 1995 para la valoración de los CI del Crédit Lyonnais, señalando que esta fecha podría

636 final, apartado 217) apunta su deseo de mayor transparencia por parte de los Estados miembros en las operaciones relativas al capital que poseen en las empresas.

²⁰⁸ Las acciones ordinarias de Crédit Lyonnais no cotizaban en bolsa, por lo que el título que sirvió de base para la evaluación de la operación fue el certificado de inversión (CI) que tradicionalmente alcanza una cotización más baja que la acción al carecer de derecho de voto.

²⁰⁹ La Decisión indica en nota que como medida de precaución, tras la incoación del procedimiento de investigación formal, que tuvo lugar el 18 de diciembre de 1996, en febrero de 1997 las autoridades depositaron los fondos de la operación en una cuenta bloqueada. Procede recordar que en el caso de Air France-CDC, había sido la Comisión la que, tras dictar la decisión final en la que declaraba la incompatibilidad de la ayuda otorgada a la compañía aérea francesa, imponía el depósito de su importe en una cuenta bloqueada, mientras no se resolvieran los recursos interpuestos contra la misma. Cfr. Decisión de 4 de abril de 1995, por la que se modifica la Decisión de 27 de julio de 1994 relativa a la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France (DOCE L 219, de 15.9.1995, p. 34).

convenir, en su caso, como también había subrayado el Gobierno francés, para cerrar las cuentas del año 1995 y valorar a 31 de diciembre la participación de Thomson SA en Crédit Lyonnais, pero no para una operación que se había firmado el 20 de mayo de 1996, cuando el valor del título había descendido ya en un 30%, probablemente por la información llegada a los mercados financieros sobre la situación real de Crédit Lyonnais.

Los datos disponibles acreditaban que cuando se llevó a cabo la operación, el Estado francés, como accionista, estaba perfectamente informado del deterioro de la situación de CL, que hizo necesarias con posterioridad las medidas urgentes que le fueron notificadas en septiembre de 1996. Por lo tanto, podía ya suponer que el valor real del título CI-CL era inferior al cálculo realizado sobre la cotización del CI anterior, y que la prima de la acción sobre el CI, calculada en un 30%, era excesiva.

3.2.3.3. Plazo razonable de recuperación de la inversión

La exigencia de que el rendimiento de la inversión se produzca en un *plazo razonable* constituye también un elemento esencial en la evaluación que efectúa la Comisión²¹⁰, al valorar con criterios de mercado la conducta del inversor público. La dificultad de este análisis radica en determinar cuándo se considera *razonable* el plazo en el cual el inversor tiene derecho a descontar un rendimiento normal de su inversión.

En el caso *Iritecna-Fintecna*²¹¹, la Comisión verificó que los fondos aportados y las conversiones de deudas en capital habían sido efectuadas sin ninguna perspectiva de rentabilidad, por lo que «ningún accionista privado hubiera aceptado semejantes resultados durante un período tan largo y habría procedido mucho antes a una liquidación o reestructuración en profundidad».

²¹⁰ A este respecto, vid. FRÜLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., p. 310, y CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 53 y 54. La exigencia de este requisito se recoge ya en la Comunicación de 1984. Cfr. apartado 3.3.i).

²¹¹ Decisión de 7 de junio de 1995, relativa a la ayuda concedida por el Estado italiano a la empresa Iritecna SpA (DOCE L 300, de 13.12.95, p. 23).

A este respecto, la autoridad comunitaria se ha apoyado en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia a partir de las sentencias ENI-Lanerossi²¹² y Alfa Romeo²¹³, que permiten superar la referencia al inversor privado *ordinario*, que busca por lo general la rentabilidad a corto plazo y comparar la actuación del inversor público con la de los grandes holding industriales privados, cuya política financiera suele estar guiada por perspectivas a más largo plazo²¹⁴.

Como apunta Abbamonte²¹⁵, esta jurisprudencia amplió la perspectiva con la que se analiza el principio del inversor privado en un doble sentido. En primer lugar, porque ya no exige que el inversor público haya de optar siempre y necesariamente por la inversión más rentable, sino que un holding público puede aportar apoyo financiero a empresas menos rentables, sin que su actuación pueda considerarse automáticamente como una ayuda de Estado, siempre que la inversión permita prever una *rentabilidad suficiente* en el momento en que se adopte la decisión de invertir.

En segundo término, permite excluir que constituya necesariamente una ayuda estatal el apoyo financiero que un holding público presta a una filial, con el objetivo de evitar su quiebra, en aras de mantener la imagen del grupo²¹⁶. En estos casos, la operación en su conjunto vendría motivada por la lógica específica del negocio y podría resultar rentable desde el punto de vista de la contabilidad consolidada del grupo. Recae, sin embargo, sobre el Estado miembro la carga de probar, con auxilio de proyecciones financieras, que el beneficio obtenido con la supervivencia de la empresa afectada o, en su caso, el per-

²¹² República de Italia c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. 1433.

²¹³ República de Italia c. Comisión, asunto C-305/89, Rec. 1991, pp. 1603.

²¹⁴ La necesidad de comparar, en términos homogéneos, el comportamiento del Estado-inversor con el de los grandes grupos industriales privados había sido ya planteada con anterioridad por la doctrina. En este sentido resultan especialmente ilustrativos los argumentos expuestos por RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 46 a 54.

²¹⁵ ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy...», op. cit., p. 260.

²¹⁶ STJCE de 14 de septiembre de 1994, Reino de España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103, apartado 27.

jucicio que le habría causado su quiebra, excedería del coste de la inversión efectuada²¹⁷.

La línea fijada por estas sentencias, que tiene su continuidad en otras muchas²¹⁸, ha marcado decisivamente la actuación de la Comisión en expedientes posteriores. A título de ejemplo podemos resaltar²¹⁹ la decisión por la que se autorizaban condicionalmente las ayudas otorgadas al grupo irlandés Air Lingus²²⁰ por su propietario público. Esta decisión consideró que la inyección de capital proyectada constituía una ayuda de Estado, atendiendo al hecho de que la situación financiera, la estructura y el volumen de las deudas de la compañía eran de tal magnitud que ningún inversor privado que operase en condiciones de mercado podría esperar un rendimiento normal del capital invertido en un plazo razonable.

²¹⁷ Sobre esta cuestión volveremos *infra* apartado 3.2.3.3.

²¹⁸ Cfr. STJCE de 14 de septiembre de 1994, España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92 a C-280/92, Rec. p. I-4103, apartados 20 a 22; STPI de 15 de septiembre de 1998, BFM y EFIM c. Comisión, asuntos acumulados T-126/96 y T-127/96, Rec. p. II-3437, apartado 79; STPI de 29 de junio de 2000. DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH c. Comisión, asunto T-234/95, Rec. 2000 p. II-2603, apartado 120; STPI de 12 de diciembre de 2000, Alitalia c. Comisión, T-296/97, Rec. p. II-3871, apartado 96 y de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA) c. Comisión, asunto T-152/99, apartado 126 pendiente de publicación.

²¹⁹ Además de las decisiones mencionadas en el texto, cabe citar, sin carácter exhaustivo, las siguientes: Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Hilaturas y Tejidos Andaluces, S.A. denominada actualmente Mediterráneo Técnica Textil, S.A. y a su comprador (DOCE L 171, de 26.6.1992, p. 54); Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Industrias Mediterráneas de la Piel SA (Imepiel) (DOCE L 172, de 27.6.1992, p. 76); Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce, S.A. (antes Industrias Textiles de Guadalhorce, S.A.) denominada actualmente GTE General Textil de España, S.A. fabricante, de propiedad estatal, de tejidos de algodón (DOCE L 176, de 30.6.1992, p. 57); Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a las ayudas del Gobierno austriaco a la empresa Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital (DOCE L 25 de 28.1.1997, p. 26); Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44); Decisión de 8 de julio de 1999, relativa a una medida ejecutada por la República Federal de Alemania en favor de West-deutsche Landesbank Girozentrale (DOCE L 150, de 23.6.2000, p. 1).

²²⁰ Decisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus, suministrador principalmente de servicios de transporte aéreo (DOCE L 54, de 25.2.1994, p. 30).

En el caso de la ayuda otorgada por el Estado Federado de Baviera a la compañía CECA, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (NMH)²²¹, en forma de un préstamo articulado en diez tramos, la Comisión subrayó, de acuerdo con dicha jurisprudencia, que la aportación de capital por parte de dicho Estado, tampoco se correspondía con el comportamiento normal de un inversor privado, por cuanto no cabía prever ningún tipo de ventaja económica, ni siquiera indirecta o inmaterial, resultante de las aportaciones de capital. Al concurrir en el Estado Federado de Baviera la condición de accionista, en caso de que NMH se hubiese declarado en quiebra, los préstamos que le había concedido se hubieran tratado como capital propio, de modo que únicamente habría recuperado sus aportaciones después de haber sido satisfechos los demás acreedores, lo que, a juicio de la Comisión, resultaba altamente improbable. Por ello, las autoridades comunitarias consideraron finalmente que que la financiación aportada por el Estado Federado de Baviera era constitutiva de una ayuda de Estado incompatible con el mercado común y prohibida en virtud de las disposiciones del Tratado CECA y de la Decisión n° 3855/91/CECA²²².

3.2.3.4. El coste de oportunidad: la elección entre liquidar la empresa o efectuar una nueva aportación de capital

El análisis, desde una perspectiva financiera, del comportamiento del inversor, público o privado, exige diferenciar claramente la situación del inversor puramente financiero, que dispone de un capital para invertir y que decide libremente dónde lo invierte, del inversor que ya ha comprometido capital en una iniciativa empresarial y se encuentra en la encrucijada de desinvertir con una posible pérdida o de incrementar su riesgo con una mayor inversión para alcanzar la rentabilidad

²²¹ Decisión de 18 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado del Estado Federado de Baviera a la empresa siderúrgica CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosenberg (DOCE L 53, de 2.3.1996, p. 41).

²²² Decisión n° 3855/91/CECA de la Comisión, de 27 de noviembre de 1991, por la que se establecen normas comunitarias relativas a las ayudas para la siderurgia (DOCE C 368, de 31. 12. 1994, p. 12).

esperada o minorar las pérdidas. Ambas situaciones son claramente distintas y deben tener también, por tanto, un tratamiento diferenciado en este contexto²²³.

Esta cuestión ha sido frecuentemente invocada por los Estados miembros, tanto ante la Comisión como ante los tribunales comunitarios, argumentando que, desde la perspectiva de un inversor racional, la aportación de capital controvertida constituía una opción menos gravosa, en términos estrictamente financieros, que la liquidación de la compañía, y mencionando también a menudo los costes sociales que la desaparición de la empresa acarrearía para el Estado²²⁴. Pero, como destaca Fröling²²⁵, tanto la Comisión como los tribunales han rechazado esta argumentación porque la lógica del mercado impone que en el instante en que un inversor privado constata que no puede conseguir ni aún a largo plazo que la sociedad de la que posee una participación vuelva a ser rentable, opte por su liquidación²²⁶.

²²³ Parece necesario destacar que la Comisión circunscribe en sus Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2) la aplicación del principio del inversor privado a los supuestos en los que los poderes públicos están ya en el capital de la empresa. Así, puede leerse textualmente en su apartado 16 que «a fin de determinar si encierran elementos de ayuda las aportaciones de capital por parte de las autoridades públicas a empresas que ya son propiedad estatal, el criterio aplicado es el principio del inversor privado en una economía de mercado», remitiéndose expresamente a su Comunicación relativa a las empresas públicas del sector manufacturero (DOCE C 307 de 13.11.1993, p. 3).

²²⁴ Esta argumentación es sostenida por ejemplo, por las autoridades francesas en el asunto *Boussac* (STJCE de 14 de febrero de 1990, República Francesa c. Comisión, asunto C-301/87, Rec. 1990, p. 307. En este punto son especialmente ilustrativas las conclusiones del Abogado General F. G. JACOBS, de 4 de octubre de 1990, en particular sus apartados 59 y 60. Vid. también la Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a las ayudas del Gobierno austríaco a la empresa Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital (DOCE L 25, de 28.1.1997, p. 26).

²²⁵ FRÖLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., pp. 325 a 327.

²²⁶ Cfr. Decisión de 21 de junio de 1995, relativa a la ayuda concedida por el Estado italiano a la empresa Enichem Agricoltura SpA (DOCE L 28, de 6.2.1996, p 18). La opción de la recapitalización, aún con fondos públicos, frente a la liquidación puede presentar ciertas particularidades en el caso de entidades de crédito, en la medida en que la crisis individual de una entidad ha sido tradicionalmente considerada como el posible desencadenante de una crisis del sistema en su conjunto, poner en peligro la solvencia y credibilidad del sector bancario. Sobre este particular, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., «Las entidades...», op. cit., pp. 81 a 124.

En este sentido, el Tribunal de Justicia estableció, en su Sentencia de 14 de noviembre de 1994²²⁷, en la que enjuiciaba la legalidad de las aportaciones de capital efectuadas por el Estado español, a través de Patrimonio del Estado, en favor de tres empresas públicas en crisis para facilitar su privatización, que era necesario distinguir entre las obligaciones que el Estado debía asumir en tanto que propietario/accionista de una sociedad y aquéllas que le incumbían en tanto que poder público.

A juicio del Tribunal, en la medida en que las tres empresas de que se trataba habían sido constituidas bajo la forma de sociedad anónima, el Patrimonio del Estado, en tanto que propietario del capital social de las mismas, sólo debía responder de sus deudas hasta el valor de liquidación de sus activos, lo que significaba que «las obligaciones derivadas de los costes de despido de los trabajadores, del pago de las prestaciones por desempleo y de las ayudas para la regeneración del tejido industrial no deben tenerse en cuenta a efectos de la aplicación del criterio del inversor privado».

Menos de un mes después de esta sentencia, la Comisión va a aplicar esta jurisprudencia²²⁸ en su Decisión de 12 de octubre de 1994, a propósito del caso *Bull (II)*²²⁹, al considerar que las nuevas aportaciones de capital al grupo informático francés Bull constituían ayudas estatales, para lo que tuvo especialmente en cuenta que la venta de las ramas de actividad viables de Bull habría superado el coste de su liquidación y que, incluso en esta última eventualidad, el riesgo del Estado en tanto

²²⁷ Reino de España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103, apartados 17 a 22. A propósito de esta sentencia, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Comentario de algunas sentencias de 1994 sobre ayudas de Estado», en *GJ*, B-109, enero, 1996, pp. 13 a 18. Como apuntamos en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: El Principio del inversor privado en una economía de mercado», en *GJ*, n° 221, septiembre-octubre, 2002, pp. 59 a 75, p. 73, esta línea encuentra su continuación en sentencias como la reciente STPI de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA) c. Comisión, asunto T-152/99, apartado 136.

²²⁸ FRÜLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., p. 325) subraya la diligencia de la Comisión en aplicar esta jurisprudencia.

²²⁹ Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p.1).

que accionista estaba limitado a su aportación, ya que la sociedad era de responsabilidad limitada²³⁰.

Uno de los principales argumentos expuestos por las autoridades francesas para defender que no existía ayuda estatal había sido, como recuerda Abbamonte²³¹, que entre las tres opciones posibles para el Estado, en su condición de accionista la liquidación, la venta o la reestructuración financiera, esta última sería la más adecuada para proteger el valor de la participación del Estado. Para la Comisión, sin embargo, resultaba claro que en una sociedad de responsabilidad limitada, el accionista es responsable por su cuota de capital suscrito. Por consiguiente, en una liquidación, el riesgo del accionista queda limitado a dicho importe.

Para calcular el valor de liquidación de la compañía, las autoridades francesas habían considerado, en su calidad de accionistas, que serían responsables de la totalidad de las deudas de Bull que figuran en el balance y en las cuentas de orden. La Comisión rechazó este análisis señalando que esa solución mezclaba las funciones del Estado como propietario/accionista y como organismo responsable de la política social, ya que, de acuerdo con la jurisprudencia expuesta, resultaba obvio que la responsabilidad del Estado quedaba limitada a su participación en el capital, sin que, como había señalado el Abogado General²³² en dicho asunto, los acreedores sociales pudieran recurrir al Estado para compensar sus créditos, en el caso de que las deudas de la empresa fueran superiores a su activo.

En consecuencia, y dado que las autoridades francesas habían calculado que el producto de la cesión de las partes rentables de Bull superaría el coste legal del despido y los costes inmediatos de liquidación del grupo, se consideró erróneo incluir la totalidad de las demás deudas de

²³⁰ Como subraya FRÜLING, P. («Le contrôle...», op. cit., pp. 326), podemos encontrar otro ejemplo de la aplicación inmediata de esta jurisprudencia por parte de la Comisión en la Decisión de 30 de noviembre de 1994, relativa a la transferencia por los Países Bajos de una escuela de vuelo a KLM (DOCE L 379, de 31.12.1994, p. 13).

²³¹ ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy...», op. cit., pp. 265 y 266.

²³² Conclusiones del Abogado General JACOBS, presentadas el 23 de marzo de 1994, en los asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103.

Bull (sobre todo teniendo en cuenta que ninguna de ellas estaba cubierta por la garantía del Estado) en el cálculo del coste de liquidación y compararlo con el coste de una reestructuración realizada por medio de una aportación de capital. Para la Comisión «un inversor privado que opere en las condiciones normales de una economía de mercado no seguiría este análisis, sino que se limitaría a comparar la disminución del valor resultante de la pérdida de capital en acciones en caso de liquidación con el coste de la reestructuración»²³³.

En suma, como apunta Chérot²³⁴, deben rechazarse las consideraciones de orden económico y social, en la medida en que son ajenas al funcionamiento del principio del inversor privado en una economía de mercado²³⁵.

²³³ La Comisión añade también que «aunque los tribunales nacionales impongan una responsabilidad que exceda de la responsabilidad nominal del accionista, tal como aducen las autoridades francesas en el presente asunto, el hecho de que Bull no se haya reestructurado ni liquidado en una fecha anterior es contrario al comportamiento de un inversor privado que opere en las condiciones de una economía de mercado. En efecto, este inversor habría adoptado las medidas adecuadas en cuanto hubiese comprobado que las deudas de la empresa podrían poner en peligro su responsabilidad limitada. Por consiguiente, si una legislación nacional establece una garantía sin límite, los Gobiernos deben tenerlo en cuenta y actuar como inversores privados que operen en condiciones normales de una economía de mercado al adoptar sus decisiones de inversión». La Comisión apoya esta afirmación en su doctrina en relación con la responsabilidad patrimonial universal de las autoridades públicas en relación con aquellas empresas de las que fuera el único titular, citando al respecto su posición en las Decisiones de 25 de julio de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno italiano a una empresa de productos ópticos (Industrie Ottiche Riunite-IOR) (DOCE L 183, de 3.7.1992, p. 30) y Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Italia tiene previsto conceder a las empresas siderúrgicas del sector público (Grupo ILVA) (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 64) y en su comunicación en el asunto *EFIM* (DOCE C 349, de 29.12.1993, p. 2).

²³⁴ Vid. CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 56. Este autor cita al respecto la Decisión de 26 de julio de 1995, relativa a la ayuda concedida por la región de Flandes a la empresa belga Vlaamse Luchttransporttransportmaatschappij NV (DOCE L 267, de 9.11.1995, p. 49). Este criterio fue respaldado por el TPI en sus Sentencias de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express Ltd c. Comisión*, asunto T-16/96, Rec. 1998, p. II-0757 y *Het Vlaamse Gewest (Región de Flandes) c. Comisión*, asunto T-214/95, Rec. 1998, p. II-0717.

²³⁵ Téngase en cuenta en este punto la posición de la Comisión, claramente contraria, en relación con la responsabilidad patrimonial universal de las autoridades públicas italianas respecto de las empresas en que poseían el 100 % del capital social (Acuerdo *Andreatta-Van Miert* de 27 de julio de 1993, IP/93/734, de 8.9.1993 y su prórroga posterior de 1996, IP/96/1197, de 18.12.1996). En aplicación de este acuerdo vid., entre otras,

3.2.3.5. La existencia de un plan de reestructuración

La falta de participación significativa de inversores privados en la operación, cuando la empresa es deficitaria, hace imprescindible la existencia de un plan de reestructuración «realista, coherente y de amplio alcance destinado a restablecer la viabilidad a largo plazo de una empresa»²³⁶, para recuperar su viabilidad financiera y económica a los ojos de un inversor privado²³⁷, haciendo con ello verosímil la obtención de una rentabilidad suficiente, al menos a largo plazo.

En este sentido, como destaca Fröling²³⁸, aunque en principio es imprescindible que la aportación de capital esté vinculada a un plan de reestructuración, no se excluye cierta flexibilidad, incluso cuando la operación aparece como un intento de suplir la insuficiencia o la ineficacia de las medidas autorizadas. Por el contrario, cuando la inversión

Decisión Industrie Ottiche Riunite-IOR (DOCE L 183, de 3.7.1992, p. 30) y Decisión Grupo ILVA (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 64) y EFIM (DOCE C 349, de 29.12.1993, p. 2).

²³⁶ Cfr. Apartado 11. Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2). STPI de 15 de septiembre de 1998, BFM y EFIM c. Comisión, asuntos acumulados T-126/96 y T-127/96, Rec. p. II-3437, apartado 86; STJCE de 22 de marzo de 2001, República francesa c. Comisión, asunto C-17/99, Rec. 2001, p. I-2481, apartado 43. STPI de 15 de marzo de 2001, Société Chimique Prayon-Rupel S.A. c. Comisión, asunto T-73/98, Rec. 2001, p. II-2769, apartado 70 y STPI de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA) c. Comisión, asunto T-152/99, apartado 132 (pendiente de publicación).

²³⁷ En este sentido, como recuerda el Abogado general Van Gerven en sus conclusiones de 11 de octubre de 1991 en el asunto Eni-Lanerossi (STJCE de 21 de marzo de 1991, República de Italia v. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. 1433, en particular pp. 1458 y 1459), la inexistencia de un plan de reestructuración efectivo y realista ha constituido un dato esencial para calificar la participación en capital como ayuda de Estado, citando al respecto las sentencias en los asuntos Boussac (STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa v. Comisión, asunto C-301/87, Rec. 1990, pp. 307 a 367, apartados 38 a 41 y 54) y Tubemeuse (STJCE de 21 de marzo de 1990, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-142/87, Rec. 1990, p. 951, apartados 26 a 30).

²³⁸ FRÖLING («Le contrôle...», op. cit., pp. 313 y 314). Destaca el citado autor que en la Decisión AF-CDC, aunque la emisión de obligaciones litigiosas no estaba directamente vinculada al plan de reestructuración de octubre de 1992 (PRE 1), «la Comisión se declaró preparada para admitir que lo estaban de manera indirecta, en la medida que esta operación refuerza los recursos propios de la empresa». Sin embargo, el PRE1 adolecía de graves lagunas y tanto la Comisión como el Tribunal han estimado que era manifiestamente insuficiente para restablecer, incluso a largo plazo, la viabilidad económica y la rentabilidad de AF.

no presenta otra vinculación con el plan de reestructuración que la de superar temporalmente las dificultades de la empresa, sin proponer nuevas medidas de reestructuración, la operación no puede ser autorizada²³⁹.

Es preciso subrayar, sin embargo, que el hecho de que la empresa beneficiaria tenga pérdidas no supone necesariamente que no pueda llegar a ser rentable y que, en consecuencia, la inversión proyectada no pueda ser considerada razonable desde la perspectiva de un inversor privado que opere en una economía de mercado. La línea divisoria, no siempre fácil de trazar, entre que la operación sea considerada como una ayuda estatal o una operación que se ajusta a la reglas del mercado, radica básicamente en el hecho de que tras el proceso de reestructuración la empresa esté en condiciones de ofrecer una rentabilidad suficientemente atractiva para un inversor privado. La simple expectativa de beneficio podría justificar su compatibilidad, al amparo de la excepción recogida en la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE²⁴⁰, pero no permitiría excluir su consideración como ayuda estatal.

Conviene igualmente que los planes de reestructuración sean elaborados por consultores financieros externos e independientes, después del estudio previo de la compañía y del mercado²⁴¹. La Comisión ha hecho uso de esta facultad con ocasión del examen del segundo plan

²³⁹ En el asunto AF-CDC, el TPI juzgó que no existía vinculación alguna entre la emisión de las obligaciones y el contrato-plan CAP93 de 1991 (STPI de 12 de diciembre de 1996, *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 104). En este contexto, FRÜLING («Le contrôle...», op. cit., p. 314) califica de «heroica» la iniciativa española de notificar a finales de 1994 un nuevo plan de reestructuración de Iberia, para el período 1995/6, cuando solamente tres años después de su puesta en marcha parecía que el programa 1992-1996, aprobado por la Comisión en 1992, manifestaba ya su fracaso.

²⁴⁰ Ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades. Sobre esta cuestión volveremos con detalle en el capítulo séptimo al abordar las excepciones a la regla general de incompatibilidad de las ayudas estatales.

²⁴¹ Esta consideración la hace FRÜLING («Le contrôle...», op. cit., p. 314) a propósito del transporte aéreo, pero la creemos perfectamente extensible a los demás sectores. El mismo autor alude a las recomendaciones del Comité de Sabios (p. 22) conforme a las cuales, la Comisión se reserva el derecho de solicitar a su propia iniciativa el informe de un experto independiente sobre la validez del plan.

de reestructuración de Iberia al solicitar expresamente a un consultor que explicase las causas del fracaso del primer plan de reestructuración y que formulase sus observaciones al nuevo plan presentado.

Altamente ilustrativas son la decisión relativa a la ampliación de capital notificada de Air France²⁴² y la correspondiente a la segunda²⁴³ y tercera²⁴⁴ recapitalizaciones de Iberia.

En el expediente sobre Air France, la Comisión consideró que la operación diseñada por las autoridades francesas contenía elementos de ayuda estatal, pero que podía declararse compatible, atendiendo a la existencia de un plan de reestructuración adecuado²⁴⁵. Por su parte, en el caso *Iberia*, la Comisión llegó a la conclusión de que la operación diseñada por las autoridades españolas, tras aceptar las estrictas condiciones impuestas por aquélla, no constituía ayuda estatal²⁴⁶.

En efecto, en el caso *Iberia*²⁴⁷, una de las condiciones impuestas por

²⁴² Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73).

²⁴³ Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25).

²⁴⁴ Carta de la Comisión al Gobierno español de 3.9.99. SG(99) D/7210, asunto: Ayuda de Estado n° N 368/99-España-Iberia-Ampliación de capital. Este documento está disponible en la dirección: http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport/n368-99.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2002).

²⁴⁵ La legalidad de esta decisión fue cuestionada ante el TPI que, en Sentencia de 25 de junio de 1998 (British Airways plc, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Air UK Ltd, Euralair International, TAT European Airlines SA y British Midland Airways Ltd c. Comisión, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, Rec. 1998, p. II-2405), resolvió anularla, atendiendo a la falta de motivación con la que la Comisión había razonado la compatibilidad de la medida con el mercado común. Con posterioridad, y como consecuencia de dicha sentencia, la Comisión dictó la Decisión de 22 de julio de 1998, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 63, de 12.3.1999, p. 66).

²⁴⁶ El plan aprobado finalmente por la Comisión reducía el importe de la aportación inicialmente proyectada, al autorizarse en una primera fase 87.000 mlls de ptas, una importante reducción de personal (14% cerca de 3500 empleados), la participación de inversores privados en una estructura creada para proceder a la cesión de las participaciones suramericanas, que eran la causa principal del riesgo que soportaba la compañía y la exigencia de un rendimiento del 30%.

²⁴⁷ Entendemos que, en realidad, la segunda y la tercera recapitalizaciones de Iberia constuyen un único caso, a pesar de que la Comisión tuvo que examinar las diferentes fases en las que finalmente se llevó a cabo el proyecto inicial de las autoridades españolas.

la Comisión fue la de desdoblarse en dos fases el importe de la aportación, inicialmente propuesto por las autoridades españolas, suspendiendo el pago de la segunda cuota para un momento posterior en el que previamente se verificaría el cumplimiento del plan de reestructuración y de las demás condiciones impuestas en la decisión de 1996, así como la situación financiera de la compañía.

La Comisión finalmente autorizó en 1999 el pago del segundo tramo de la ayuda, por importe de 20.000 mlls ptas, tomando en consideración la positiva evolución financiera de la compañía y sus expectativas a medio plazo, así como el compromiso en firme adquirido por importantes compañías aéreas privadas de que en el caso de que la SEPI²⁴⁸ no efectuase la aportación comprometida, cuya finalidad esencial era la de facilitar la privatización de la aerolínea, sería asumida por ellas.

3.3. La cuantificación de la ayuda aportada en forma de participación en el capital

El principio del inversor privado en una economía de mercado, además de permitir apreciar la presencia de elementos de ayuda de Estado en determinadas intervenciones financieras públicas, cumple una segunda misión: la de cuantificar el importe de la ventaja conferida por aquéllas.

Para garantizar el respeto del principio de neutralidad en el tratamiento de empresas públicas y privadas, consagrado en el artículo 295 CE (antiguo artículo 222 Tratado CE), el elemento de ayuda se calcula, según destaca Abbamonte²⁴⁹, como la diferencia existente entre las condiciones en las que los fondos son aportados por el Estado a la

²⁴⁸ La SEPI había sustituido a TENEO en la titularidad de la compañía.

²⁴⁹ Vid. ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy...», op. cit., en particular pp. 266 a 268. Cfr. lo establecido por la Comisión en su Comunicación relativa a la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 5 de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión a las empresas públicas del sector de fabricación (DOCE C 307, de 13.11.1993, p. 3), apartados 11 (con carácter general) y 37 (para el caso de las aportaciones de capital).

empresa y aquéllas que un inversor privado consideraría aceptable para aportar una cuantía equivalente a una empresa comparable²⁵⁰.

En el caso de las aportaciones de capital, la identificación del elemento de ayuda es relativamente sencilla si la empresa beneficiaria va a ser privatizada, ya que en tal hipótesis el precio de adquisición refleja equitativamente el precio de mercado²⁵¹. En estos supuestos, la Comisión ha valorado el elemento de ayuda como la diferencia entre los fondos inyectados durante la privatización y el precio de venta²⁵².

Por el contrario, cuando la aportación de capital no está vinculada a la privatización de la compañía, la Comisión ha optado en general por no cuantificar el elemento de ayuda, considerando que su importe íntegro constituye ayuda de Estado²⁵³.

²⁵⁰ Como ya hemos señalado en este mismo capítulo (*supra* apartado 3.1.2), la propia Comisión tuvo ocasión de referirse a esta cuestión, a propósito de las aportaciones de capital, en su Comunicación de 1993, definiéndolo como «el elemento de ayuda es el coste de la inversión menos el valor de la misma, descontado de la forma pertinente». En el caso de préstamos, vid. el apartado 41 de la citada Comunicación y la STPI de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express Ltd c. Comisión*, asunto T-16/96, Rec. 1998, p. II-0757, apartados 43 y 86.

²⁵¹ Cfr. Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Hilaturas y Tejidos Andaluces, S.A. denominada actualmente Mediterráneo Técnica Textil, S.A. y a su comprador (DOCE L 171, de 26.6.1992, p. 54); Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Industrias Mediterráneas de la Piel SA (Imepiel) (DOCE L 172 de 27.6.1992, p. 76); Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce, S.A. (antes Industrias Textiles de Guadalhorce, S.A.), denominada actualmente GTE General Textil de España, S.A. fabricante, de propiedad estatal, de tejidos de algodón (DOCE L 176, de 30.6.1992, p. 57).

²⁵² La Comisión expuso en su *XXIII IPC 1993* (apartado 403) los tres principios básicos bajo los que debe llevarse a cabo un proceso de privatización para que se pueda excluir la presencia de elementos de ayuda estatal. Estos principios básicos son los de apertura, transparencia y no discriminación. Conforme a dichos principios es posible excluir la presencia de ayuda estatal si el proceso se lleva a cabo mediante una oferta pública incondicional, sobre la base de condiciones transparentes, en términos no discriminatorios y la empresa es vendida a la oferta más alta. Sobre esta cuestión, vid. entre otras, la Decisión de 3 de mayo de 2000, referente a las medidas aplicadas por Francia en favor de *TASQ SA* (DOCE L 272, de 25.10.2000, p. 29).

²⁵³ Sin embargo, como destaca *ABBAMONTE* («Market Economy...», op. cit., p. 267), en el caso *Crédit Lyonnais (I)*, la Comisión estableció indirectamente el elemento de ayuda de la recapitalización del banco francés, calculando el coste neto de la transacción para el Estado, consistente en la ampliación de capital y en el mecanismo de separación

El criterio de cuantificar la ayuda como la diferencia entre las condiciones preferentes y las condiciones de mercado sólo es aplicable si existe un precio de mercado, esto es, si la empresa puede obtener el dinero del mercado de capitales; por lo que si ningún inversor privado estaría dispuesto a aportar los fondos a la compañía, la ayuda es equivalente al importe total de los fondos públicos aportados. En esta última situación, es en la que suelen encontrarse las empresas públicas en crisis; si los mercados no están dispuestos a prestarles dinero, excluyendo la garantía del Estado, a una tasa que pueda hacer rentable la operación, ésta no puede llevarse a cabo²⁵⁴.

La importancia de cuantificar el elemento de ayuda se plantea principalmente cuando la ayuda es declarada incompatible y la Comisión requiere su devolución. En este supuesto la Comisión debe instar únicamente la recuperación del elemento de ayuda y no necesariamente la totalidad de los fondos públicos aportados.

Esta cuestión no plantea problemas en el caso de préstamos o garantías, puesto que el elemento de ayuda es la diferencia entre el interés realmente fijado y el de mercado; sin embargo, en el caso de las aportaciones de capital, en la medida en que la inversión se efectúa sobre la base de la rentabilidad esperada de la compañía, que se calculan por medio de proyecciones financieras, el elemento de ayuda se determina como la diferencia entre el capital aportado y el valor actualizado de los rendimientos esperados.

Cuando la Comisión insta la recuperación de la ayuda, el capital de la compañía se reduce en su importe correspondiente. Esta reducción de capital y el correlativo incremento de las cargas financieras, modificará sensiblemente las proyecciones originales en las que la Comisión basaba su decisión. Si la cantidad que debe devolverse es importante, cambia profundamente la posición que podría haber adop-

de activos había sido correctamente valorado como la diferencia entre el valor presente del capital aportado y separado en la transacción.

²⁵⁴ ABBAMONTE («Market Economy...», op. cit., p. 267) cita al respecto la Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas (incluye inyección pública de capital) por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994, p. 22).

tado el inversor privado en el momento en que tuvo lugar su decisión de invertir, con lo que la rentabilidad inicialmente calculada se reducirá notablemente, incrementándose el importe de la ayuda.

Ante esta situación, la Comisión tiene dos soluciones alternativas. En primer lugar, requerir al Estado, como ha venido haciendo hasta ahora, el reembolso del importe total de la inyección de capital, lo que deja abierta al Estado la posibilidad de revisar el importe de la inyección de capital de acuerdo con las indicaciones de la decisión adoptada por la Comisión. En segundo término, elaborar por sí misma sus propios cálculos y proyecciones financieras fijando el importe máximo de la aportación de capital que efectuaría un inversor privado razonable, considerando únicamente como ayuda e instando, en su caso, sólo la recuperación de la cantidad que exceda de la estrictamente necesaria. Esta segunda posibilidad resulta, sin duda, más compleja y exigiría que la Comisión acudiese al apoyo de consultoras independientes. Sin embargo, desde la perspectiva de los Estados miembros tiene la ventaja de permitirles replantear por completo el programa de ayuda²⁵⁵.

El Tribunal de Primera Instancia tuvo ocasión de valorar este método en su Sentencia de 12 de noviembre de 1996²⁵⁶, en la que, frente a los argumentos de las autoridades francesas que imputaban a la Comisión «no haber adoptado la medida menos severa que consistía en ordenar únicamente la modificación de la ayuda objeto de litigio conforme al párrafo primero del apartado 2 del artículo 93 del Trata-

²⁵⁵ Tampoco aquí podemos olvidar la posición que mantiene la Comisión en sus «*Directrices de la Comisión para el cálculo del importe de la subvención en las investigaciones en materia de derechos compensatorios*» (DOCE C 394, de 17.12.1998, p. 6), en la que propugna que para decidir qué parte del capital debe tratarse como una donación habrá que considerar en qué medida los poderes públicos se han comportado como un inversor privado, circunstancia que se deberá determinar caso por caso y, solamente en casos extremos, cuando se determine que los poderes públicos no tenían la intención de obtener rentabilidad alguna con su inversión, se tomará la decisión de considerar todo el capital como una donación.

²⁵⁶ Decisión de de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations (filial de la Caisse de Dépôts et de Consignations) (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26) y STPI de 12 de diciembre de 1996, *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 165 y 166.

do²⁵⁷», el Tribunal afirmó con claridad que la Comisión no estaba obligada a calcular la ventaja económica real de la que se había beneficiado Air France en relación con las condiciones del mercado. Ello habría requerido apreciaciones económicas particularmente complejas, referentes en particular a los mercados de los empréstitos y obligaciones en Francia; por lo que consideró acertado que la Comisión se hubiera limitado «a la comprobación global de la desproporción entre los riesgos soportados y las ventajas concedidas», ya que no estaba obligada «a inventar otra emisión de títulos que un inversor privado perspicaz habría podido aceptar».

En realidad, al tratarse de una emisión de títulos muy complejos que ya habían sido suscritos y cuyas características intrínsecas ya no podían modificarse como tales, a la Comisión sólo le restaba ordenar la restitución de los capitales aportados. En atinada valoración de Abbamonte²⁵⁸ no correspondía al organismo comunitario entablar discusiones con la República francesa sobre la posibilidad de conceder ayudas a Air France bajo otras formas y en otras condiciones.

4. Las críticas al principio del inversor privado en una economía de mercado

Como destaca Arpio²⁵⁹, la invocación del mercado para determinar la existencia de una ayuda de Estado ha constituido uno de los elementos conceptuales más enérgicamente contestados por los Estados miembros. Dichos conflictos se han manifestado de manera especial a propósito de las participaciones públicas en el capital.

²⁵⁷ Las autoridades francesas citan en este punto la decisión adoptada en el asunto Renault (DOCE L 220, de 11.8.1988, p. 30) en la que a su juicio, «la Comisión no se limitó a ordenar dicha modificación; el artículo 2 de la Decisión conmina al Estado miembro afectado a suprimir el elemento de ayuda contenido en los préstamos reprochados, por lo que deberá solicitar el reembolso de los mismos o la adaptación de su tipo de interés al tipo de interés de mercado».

²⁵⁸ ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy...», op. cit., p. 267.

²⁵⁹ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 79 a 82, en concreto pp. 79 y 80.

Con carácter general, las críticas que han efectuado los Estados miembros a la formulación y aplicación de este principio se centran básicamente en dos aspectos. Por una parte, la aplicación de este principio coarta la libertad de los Estados miembros para orientar, mediante ayudas públicas, la actividad de las empresas hacia la consecución de objetivos de política económica. Por otro lado, la aplicación de este principio sitúa en una posición claramente discriminatoria a los poderes públicos, en su condición de empresarios, frente a los empresarios privados, al someter su actividad al férreo control de la Comisión.

A estas dos quejas tradicionalmente esgrimidas por los Estados miembros se ha unido recientemente una tercera, basada en el excesivo rigor con el que la Comisión hace uso de este principio, reduciendo su análisis a una valoración en términos excesivamente técnicos, con abundante apoyo matemático, para justificar sus decisiones. Esta crítica, basada en el excesivo empleo de métodos financieros²⁶⁰, aunque no esté exenta de verdad, debe entenderse como reacción a las críticas anteriores.

Una valoración de conjunto tanto de la aplicación de este principio por parte de los organismos encargados del control de las ayudas o subvenciones como de las críticas dirigidas a la misma no deben hacer olvidar que, aunque es cierto que sitúa a los empresarios públicos en una situación diferente respecto de los empresarios privados con quienes compiten, garantiza respecto de éstos últimos que las reglas de la competencia y en particular las relativas a las ayudas estatales no falsearán la competencia y los objetivos que la misma trata de garantizar.

Por otro lado, la aplicación excesivamente matemática que de este principio se ha venido efectuando en los últimos tiempos, permite analizar con idéntico rigor, las decisiones de la Comisión, cuya complejidad exigía también un esfuerzo mayor para asegurar un control eficaz que no mermase la seguridad jurídica.

²⁶⁰ En términos semejantes y a propósito de la aplicación que del criterio de mercado efectúa la Administración Federal norteamericana, vid. HENDERSON, R. C.: «The Private...», op. cit., pp. 25 a 27.

En suma, como la práctica ha venido a demostrar y ha manifestado la propia Comisión²⁶¹, este principio resulta un instrumento útil para resolver una cuestión de por sí compleja y delicada, ofreciendo una base más sólida, en la que pueden apoyarse tanto los organismos de control como las empresas y los Estados sometidos a él, sin perjuicio de reconocer la dificultades que su aplicación concreta puede plantear al tener que sustentarse en magnitudes no siempre precisas y homogéneas, a pesar de la creciente globalización de las economías.

²⁶¹ Comunicación de 1993, apartado 27.

Capítulo VI

LAS CONDICIONES DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES

1. Planteamiento

Para que una intervención financiera pueda ser considerada como una subvención o como una ayuda estatal no basta con que sea financiada directa o indirectamente con recursos públicos y que constituya una ventaja injustificada –en los casos examinados, una operación no de mercado–, sino que es preciso, además, que concurren otros requisitos adicionales.

Siguiendo el esquema que hemos establecido desde un principio nos detendremos, en primer lugar, en las particularidades que al respecto presenta el concepto de subvención acuñado en el marco del comercio internacional; y, en segundo lugar, tomando aquél como punto de contraste, nos centraremos en el examen de esta cuestión en el Derecho comunitario sobre las ayudas estatales.

2. La especificidad de las subvenciones en el comercio internacional

La exigencia de que las subvenciones fueran *específicas*, al objeto de que se pudiera acordar contra ellas la imposición de medidas compensatorias, aparecía recogida ya en el ámbito del comercio interna-

cional en el apartado 3 del artículo 11 ASMC de 1979¹. En dicho precepto los signatarios del Acuerdo admitían que los objetivos de política económica y social enunciados en su párrafo 1^o² podrían lograrse, entre otros medios, a través de la concesión de subvenciones destinadas a conferir una ventaja a «determinadas empresas».

Es, sin embargo, el ASMC de 1994³ el que procede a reconocer y a desarrollar en profundidad el carácter específico de las subvenciones, aunque no como un elemento definidor de las mismas, sino como una simple condición para la aplicación concreta de diversas partes del propio Acuerdo⁴.

En efecto, el ASMC de 1994, tras ofrecer una noción de subvención en el apartado 1 de su artículo 1⁵, proclama como regla general, que las

¹ Cfr. Acuerdo para la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT (BOE, nº 210 de 2.9.1982). Artículo 11: subvenciones distintas de las subvenciones a la exportación. Esta nota aparecía recogida también en la regulación comercial estadounidense, incluso con anterioridad a la aprobación de aquel instrumento internacional. A este respecto, vid. GREENWALD, J. D.: «US Law...», op. cit., pp. 33 a 41.

² En dicho párrafo señalaba que «los signatarios reconocen que las subvenciones distintas de las subvenciones a la exportación se utilizan ampliamente como instrumentos importantes para promover la consecución de objetivos de política social y económica y no pretender restringir el derecho de los signatarios de recurrir a la utilización de tales subvenciones a fin de lograr estos y otros importantes objetivos de su política que consideren convenientes. Los signatarios toman nota de que entre tales objetivos se cuentan los siguientes: a) eliminar las desventajas industriales, económicas y sociales de determinadas regiones; b) facilitar, en condiciones socialmente aceptables, la reestructuración de ciertos sectores, en especial cuando sea necesaria como consecuencia de modificaciones operadas en la política comercial y económica, con inclusión de los acuerdos internacionales que se traduzcan en la reducción de los obstáculos al comercio; c) en general, sostener los niveles de empleo y alentar la reeducación profesional y el cambio de empleo; d) fomentar los programas de investigación y desarrollo, en especial por lo que se refiere a las producciones de tecnología avanzada; e) aplicar políticas y programas económicos a fomentar el desarrollo económico y social de los países en desarrollo; f) efectuar una redistribución geográfica de la industria con objeto de evitar la congestión y los problemas del medio ambiente».

³ Como ya hemos señalado en la nota 10 del capítulo primero de este trabajo, la versión en castellano del *Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio de 1994*, conocido como GATT 1994, se recoge en el BOE, nº 20 supl. de 24.1.1995.

⁴ En este sentido, MONTAÑA MORA, M.: «El Acuerdo...», op. cit., p. 246.

⁵ Acerca de la noción de subvención recogida en el AMC de 1994, vid. lo expuesto *supra* en el apartado 2.2 del capítulo primero de este trabajo.

subvenciones sólo serán consideradas prohibidas o recurribles o, en su caso, que será posible adoptar contra ellas medidas compensatorias cuando sean consideradas específicas (párrafo 2º).

Por su parte, el artículo 2 del ASMC enuncia los criterios con arreglo a los cuales una subvención puede ser calificada como «específica» a los efectos del propio Acuerdo.

Conforme a dicho precepto, una subvención es específica en relación con una empresa, rama de producción, grupo de empresas o ramas de producción del país otorgante cuando la autoridad de dicho país o la legislación en virtud de la que actúe limite explícitamente el acceso a las mismas a determinadas empresas.

Por el contrario, una subvención no se considerará específica cuando dicha autoridad o la legislación que aplique establezca criterios o condiciones objetivas⁶ que fijen el derecho a su obtención o a su cuantía, con tal de que ese derecho sea automático y que se respeten estrictamente los criterios o condiciones fijados, que deberán estar claramente estipulados en una ley, en un reglamento o en otro documento oficial de modo que se puedan verificar.

El Acuerdo prevé también⁷ que si hay razones para creer que la subvención puede ser específica, aunque no concurren los requisitos enunciados anteriormente, podrán tomarse en consideración otros factores, entre los que enuncia, sin carácter exhaustivo, la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la utilización predominante por determinadas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, o la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en su decisión de conce-

⁶ El ASMC de 1994 señala en su nota interpretativa segunda que la expresión «criterios o condiciones objetivos» utilizada significa criterios o condiciones que sean imparciales, que no favorezcan a determinadas empresas con respecto a otras y que sean de carácter económico y de aplicación horizontal, citando como ejemplos el número de empleados y el tamaño de la empresa.

⁷ Al aplicar este apartado, se tendrá en cuenta el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones.

der una subvención, criterios éstos, como veremos en este mismo capítulo, muy similares a los que en la práctica emplea la Comisión para apreciar el carácter selectivo de una medida⁸.

Además de las subvenciones que puedan calificarse de específicas con arreglo a los referidos criterios, el Acuerdo considera *ipso iure* como específicas las siguientes subvenciones: 1) las que se limiten a determinadas empresas situadas en una región geográfica determinada de la jurisdicción de la autoridad otorgante, con la excepción de aquéllas que tengan por objeto el «establecimiento o la modificación de tipos impositivos de aplicación general por todos los niveles de gobierno facultados para hacerlo⁹», y 2) las subvenciones que se reputen como prohibidas en los términos regulados en el artículo 3¹⁰ del Acuerdo¹¹.

3. Las denominadas condiciones de la incompatibilidad de las ayudas estatales en el Derecho comunitario

De acuerdo con la regulación comunitaria sobre ayudas estatales, para que una intervención financiera pueda ser considerada como ayuda estatal no es suficiente que se nutra directa o indirectamente con recursos públicos y que pueda acreditarse que confiera una ventaja gratuita e injustificada, en los casos examinados, una aportación de capital en términos inaceptables para un inversor privado que obre con criterios de mercado, sino que es preciso, además, que concurren simultáneamente las demás condiciones que recoge el apartado 1 del artículo 87.1 CE) que favorezca a determinadas empresas o producciones; 2)

⁸ La nota interpretativa tercera aclara en este punto que se tendrá en cuenta, en particular, la información sobre la frecuencia con que se denieguen o aprueben solicitudes de subvención y los motivos en los que se funden esas decisiones.

⁹ A esta cuestión y a la controversia surgida en el ámbito comunitario nos referiremos *infra*, apartado 3.2.2.

¹⁰ A propósito de las «subvenciones prohibidas» en general, vid. *supra* el apartado 1.1 del capítulo tercero de este trabajo.

¹¹ El artículo 2 ASMC de 1994 recoge expresamente en su apartado 4º que la determinación de la especificidad de las subvenciones deberá estar claramente fundamentada en pruebas positivas, lo que resulta coherente con las graves consecuencias que derivan de la misma.

que falsee o amenace con falsear la competencia y, finalmente, 3) que afecte a los intercambios comerciales entre Estados miembros.

No hay acuerdo, sin embargo, en la doctrina¹² a la hora de valorar el alcance de estas condiciones. Mientras que para algunos autores las tres condiciones determinan la incompatibilidad de las ayudas¹³, para otros únicamente son relevante las dos últimas¹⁴, considerando que el requisito del favorecimiento a determinadas empresas o producciones sería en realidad un elemento más de la noción de ayuda estatal y no una condición de su incompatibilidad.

Esta cuestión no es baladí, puesto que, como recuerda Arpio¹⁵, el artículo 88.3 CE obliga a los Estados miembros a informar a la Comisión de todos los proyectos dirigidos a conceder o a modificar ayudas estatales, y, si se considera este último requisito como una condición de incompatibilidad en lugar de un elemento del concepto de ayuda estatal, los Estados miembros se verían obligados a notificar a la Comisión cualquier tipo de incentivo que confiera un beneficio económico, independientemente de quién fuera su beneficiario¹⁶.

¹² Sobre esta misma cuestión, vid. *supra* lo ya expuesto en el apartado 3.2 del capítulo primero.

¹³ Algunos autores consideran como condiciones de la incompatibilidad únicamente a estas tres, entendiendo que el hecho de que sean otorgadas por el Estado o mediante fondos estatales determina el carácter estatal de la ayuda, pero no su incompatibilidad. Cfr. VANDAMME, J.: «Section troisième: les aides accordées par les Etats (articles 92 à 94)», en CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R., SIMON, D. (dir.): *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992, pp. 489 a 508; WÄELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 457; DA CRUZ VILAÇA, J. L., ARAGAO MORAIS, T.: «Competition Policy...», op. cit., pp. 325 a 345, en especial p. 326.

¹⁴ Algunos autores como MEROLA («Introduction...», op. cit., pp. 277 a 323), consideran únicamente como condiciones de la incompatibilidad la segunda y la tercera. Un tercer grupo de autores, al clasificar las condiciones de incompatibilidad en origen, destinatario, forma y efectos, refunden bajo esta última denominación el estudio de la segunda y de la tercera condiciones. Tal es el caso, por ejemplo, de GARBAR («Aides d'Etat...», op. cit., pp. 665 a 674 y 36 a 45 o de ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., pp. 153 a 186, especialmente p. 183).

¹⁵ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 117 y 118, con un amplio análisis de las posiciones de la doctrina.

¹⁶ A propósito de la obligación de notificar los proyectos dirigidos a conceder o a modificar ayudas estatales, vid. lo expuesto en el apartado 2.2.2.1.a del capítulo tercero de este trabajo.

En cualquier caso, estos tres requisitos están estrechamente unidos entre sí y deben ser analizados también en relación con las ayudas otorgadas en forma de participación en el capital de las empresas.

3.1. El favorecimiento de determinadas empresas o producciones

De acuerdo con el tenor literal del artículo 87.1 CE, sólo son susceptibles de ser declaradas incompatibles con el mercado común las medidas que favorezcan «a determinadas empresas o producciones»¹⁷.

Este requisito tiene dos consecuencias básicas. En primer lugar, sólo pueden ser declaradas incompatibles aquellas medidas cuyos beneficiarios sean empresas o producciones¹⁸. En segundo término, las medidas cuestionadas deben beneficiar exclusivamente a *algunas* empresas o producciones, lo que supone que no cumplen esta condición aquéllas que beneficien a todas las empresas o producciones o, en términos más generales, a la economía en su conjunto.

El análisis de esta condición que, como reconoce la propia Comisión, resulta a menudo la más difícil de establecer¹⁹, puede plantearse desde la perspectiva del destinatario o del beneficiario de la ayuda²⁰, de

¹⁷ El artículo 4.c del Tratado CECA no menciona este requisito ni ningún otro a excepción del origen estatal y de la irrelevancia de la forma en que se otorgue, aunque, como señala el Abogado General FENELLY en sus conclusiones del 16 de julio de 1998 en la cuestión prejudicial planteada en el asunto C-200/97 (Ecotrade Srl c. Altiforni e Ferriere di Servola SpA, Rec. 1998, p. I-7907, apartado 25), la diferencia entre ayudas que son por naturaleza selectivas y las medidas estatales de aplicación general, en el campo de los tributos, de la seguridad social, de las reglamentaciones económicas, etc., resulta implícita en cualquier régimen comunitario de las ayudas estatales y, por lo tanto, también en el ámbito del carbón y del acero.

¹⁸ Como ya había apuntado FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 34), en la práctica este requisito vendría a restringir en alguna manera algo más el alcance de la previsión contenida en el precepto, ya que sólo serán calificables como ayudas incompatibles aquéllas que se dirijan a apoyar una actividad industrial de producción o de distribución de bienes o servicios.

¹⁹ XXVII IPC 1997. SEC (97) 636 final, apartado 227.

²⁰ Este hecho ha llevado a algunos autores a tratar en esta sede las ayudas a empresas públicas y dentro de ellas erróneamente los supuestos de participación en el capital. Entendemos que esta concreción a la empresa pública no es correcta puesto que la

la naturaleza «selectiva» o «específica»²¹ de la medida, o bien integrando ambas dimensiones por su carácter complementario²².

En suma, es necesario delimitar la figura del beneficiario y determinar qué cabe entender en este contexto por empresas o por producción; pero también conviene aclarar cuándo una medida resulta selectiva o específica o cuándo se trata de una medida de carácter general que, aunque pueda transferir una ventaja económica, no debe ser reputada como ayuda estatal ni, por lo tanto, someterse a su regulación.

3.1.1. *El beneficiario de la ayuda*

El apartado 1 del artículo 87 CE exige que las medidas que hayan de quedar sometidas a su ámbito de aplicación favorezcan a determinadas empresas o producciones, es decir, que tengan un beneficiario determinado o determinable. No cabe desconocer, sin embargo, como

empresa beneficiaria de la inyección de capital puede no ser inicialmente pública o incluso dejar de serlo (piénsese en el supuesto de existencia de elementos de ayuda en la venta por debajo de su valor) o sólo serlo tras la aportación de capital público. En este sentido consideramos acertada la delimitación efectuada por RODRÍGUEZ CURIEL («Ayudas de Estado...», op. cit., p. 17), quien, a pesar de centrarse en las ayudas de Estado a empresas públicas, refiere expresamente su análisis a «las aportaciones de capital y a otras medidas de financiación singulares de empresas públicas o que tienen participación pública, pasan a tenerla o dejan de tenerla como consecuencia de la aplicación de aquéllas».

²¹ El término especificidad es empleado, entre otros, GARBAR («Aides...», op. cit., p. 672) o ROBERTI («Le contrôle...», op. cit., p. 404).

²² Algún autor, como KOVAR («Les prises...», op. cit., pp. 112 y ss), omite incluso la referencia al destinatario como una verdadera condición, limitándose a señalar que quedan fuera del campo de aplicación del artículo 92 Tratado CE (artículo 87 CE) aquellas ayudas que no favorezcan a una empresa, a un grupo de empresas o a una actividad, mencionando al respecto las ayudas a la formación profesional destinadas a personas que no participen en el proceso productivo o las destinadas a la creación de empleo en sectores no relevantes del mercado. Entendemos que la explicación de que no se trate de manera singular este requisito podría encontrarse en la propia naturaleza del estudio, ya que las aportaciones de capital tienen siempre, por su propia naturaleza, un destinatario más o menos determinado, y en el hecho de que el análisis del destinatario lo hace a la hora de valorar su carácter de ayuda al exponer la aplicación del principio del inversor privado. No podemos desconocer, sin embargo, que algunos trabajos recientes, como los de KEPPENE (*Guide...*, op. cit., pp. 23 a 34) o HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, pp. 29 a 33), se limitan a abordar la selectividad o la especificidad de la medida, sin entrar ya en el carácter del beneficiario. Otros, como ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., pp. 117 a 153), analizan, aunque de una manera crítica, las dos dimensiones de este requisito.

apunta Slocock²³, que el análisis tradicional de la figura del beneficiario parte de la premisa de que el otorgamiento de cada ayuda tiene un beneficiario individual. Pero este dato no deja de ser una ficción, puesto que, además de la empresa directamente beneficiaria como tal, de la ayuda otorgada se benefician también sus accionistas, proveedores, acreedores, clientes, trabajadores, en la medida en que gozan de una situación mejor que si la ayuda no hubiera sido otorgada.

El estudio de la figura del beneficiario en el ámbito de la regulación comunitaria de las ayudas estatales plantea dos cuestiones básicas: por una parte, la delimitación de las nociones de empresa y de producción, que emplea el artículo 87 CE²⁴; por otro lado, la determinación del beneficiario efectivo de la ventaja en que consiste la ayuda cuando ésta transita por varios sujetos, lo que en la práctica puede obligar a diferenciar entre el eventual receptor directo de la medida y quién realmente se beneficia de la misma.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, es sin duda la noción de empresa la que reviste un mayor interés desde la perspectiva del control comunitario de las ayudas estatales²⁵. A pesar de que los diferentes tratados constitutivos utilicen en diversas ocasiones el término *empresa*, en realidad ninguno de ellos define este concepto, sino que, como destaca Arpio²⁶, contienen simplemente una delimitación de las catego-

²³ SLOCOCK, B.: «Who can be the Beneficiary of a State Aid?», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 2000, pp. 7 a 12, en particular p. 7.

²⁴ No podemos olvidar, en lo que respecta al concepto de empresa, que como ha destacado entre nosotros el profesor FERNÁNDEZ-NOVOA («Reflexiones preliminares sobre la empresa y sus problemas jurídicos», en *RDM*, n° 95, enero-marzo, 1964, pp. 7 a 40), la empresa es ante todo un fenómeno económico-social con el que tropieza la ciencia del derecho, una «*realidad vital*» difícilmente aprehensible.

²⁵ Por lo general, los autores suelen abordar el concepto de empresa en sede de ayudas estatales al analizar la figura del beneficiario de la ayuda; no obstante, no faltan autores, como KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., pp. 127 a 131), que lo hacen al tratar el requisito del falseamiento de la competencia.

²⁶ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 122 a 132, especialmente p. 119. Este mismo autor destaca lo paradójico que resulta este hecho, especialmente cuando son las propias empresas las destinatarias de las normas, como ocurre con las normas de la competencia aplicables a las empresas –artículos 81 a 86 CE (antiguos artículos 85 a 90 Tratado CE)–.

rías de empresas que entran en su respectivo ámbito de aplicación. Por ello, han sido la práctica de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria las que han tenido que colmar esta laguna, delimitando la noción de empresa.

Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han mantenido una posición coincidente. Para ambas instituciones, la forma jurídica que adopte su titular, público o privado²⁷, o las peculiaridades que puedan concurrir en la misma son irrelevantes a los efectos de la aplicación de las normas comunitarias de la competencia. Se trata, en definitiva, como señala Keppenne²⁸, de una noción de empresa basada más en criterios económicos y funcionales que estrictamente jurídicos²⁹.

Es preciso destacar, sin embargo, que las particularidades que caracterizan la modalidad de ayuda estatal examinada en el presente trabajo (participación en el capital) implica que, a estos efectos, las empresas beneficiarias hayan de ser casi en exclusiva sociedades mercantiles³⁰, sin perjuicio de admitir, con carácter general, que el artículo 87 CE se refiere a cualquier persona o entidad que desarrolle una actividad económica, independientemente de su tamaño, de su organización económica, de su ánimo de lucro o de su tipo de actividad económica³¹.

²⁷ En este contexto y, a propósito de la dualidad iniciativa privada/iniciativa pública y de las formas de manifestación de esta última, vid. por todos, SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: *Derecho, Economía, Empresa. Elementos de teoría general del Derecho patrimonial*, Civitas, Madrid, imp. 1992, especialmente pp. 51 a 70.

²⁸ KEPPELNE, G. P.: *Guide...*, op. cit., p. 127.

²⁹ Una crítica a esta concepción funcional de la noción de empresa, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, puede verse en ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., pp. 128 a 132).

³⁰ Téngase en cuenta que dicha posibilidad se plantea también en relación con otras entidades mercantiles como las sociedades cooperativas respecto de las que cabe igualmente la participación pública en el capital, como «socio» o «socio colaborador», previéndose expresamente en el caso de la Ley gallega de cooperativas [Ley 5/1998, de 18 diciembre (DOG, nº 252 de 30.12.1998 y BOE, nº 72 de 25.3.1999)], cuyo artículo 18.2 dispone expresamente que «Cualquier Administración o ente público con personalidad jurídica podrá ser socio de una cooperativa para la prestación de servicios públicos y el ejercicio de la iniciativa económica pública, siempre que no suponga ejercicio de autoridad pública».

³¹ No debemos olvidar, sin embargo, la aplicación a algunas de ellas de reglas especiales en función del sector en que operen, como en el caso del transporte, de la agricul-

Quedan, sin embargo, excluidas del ámbito de aplicación del artículo 87 CE aquellas entidades o personas que tanto desde un punto de vista objetivo como desde la perspectiva de su actividad no pueden ser calificadas como verdaderas empresas. Tal es el caso, por ejemplo, de las universidades o de los institutos de investigación –sin perjuicio de admitir que sí quedarían sometidas si desarrollan su actividad en beneficio de una empresa o en colaboración con ella–, de los organismos gestores de la Seguridad Social, o de los que ejerzan actividades típicas del Estado –como la seguridad, la justicia, etc.³² –.

Mención especial merecen las empresas que tienen encomendada una actividad de interés económico general³³. El artículo 86 CE (ex 90 Tratado CE) contempla un régimen excepcional para dichas empresas, en la medida en que la aplicación estricta de las reglas de la competencia pudiera poner en peligro el cumplimiento de la misión a ellas encomendada. En este punto es preciso destacar como la Comisión, al amparo de las facultades que le atribuye el artículo 86.3 CE, ha podido extender progresivamente su control sobre sectores que tradicionalmente habían permanecido al margen de dicha regulación, con el auxilio inestimable del Tribunal de Justicia. No resulta por ello extraño que el proceso liberalizador haya afectado, aunque todavía en desigual medida, a todos aquellos sectores calificados de «estratégicos» y, por ello, reservados a los Estados en régimen de monopolio o cuasi-monopolio o, en todo caso, profundamente intervenidos.

Este es el caso de sectores como el transporte aéreo, los servicios postales, las telecomunicaciones, la radio y la televisión, la energía o la

tura, de la energía atómica, del carbón o del acero, respecto de las que los propios tratados fundacionales prevén reglas singulares. A este respecto, por todos, vid. ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., pp. 125 a 127).

³² En este punto es de especial interés la lectura de los apartados 28 a 30 de la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa (DOCE C 17, de 19.I.2001, p. 4). No pueden olvidarse, sin embargo, como apunta ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., pp. 128 y 129), las dificultades que se presentan hoy en día para determinar cuándo una actividad es una función típica del Estado y cuándo es una actividad económica.

³³ A propósito de las relaciones entre ayudas estatales y los servicios públicos, vid. lo expuesto en el apartado 3.4 del capítulo primero de este trabajo.

banca³⁴. Sin ánimo exhaustivo, vamos a referirnos brevemente a alguno de ellos.

Por lo que se refiere al transporte aéreo, fue la jurisprudencia, a partir de la STJCE de 30 de abril de 1986³⁵, conocida como la sentencia «*Nouvelles Frontières*», la que inició el camino para un profundo proceso liberalizador del sector³⁶, al reconocer su sometimiento a las reglas de la competencia y, por tanto, también a las reglas sobre ayudas estatales.

Las profundas transformaciones operadas en este sector, a pesar de llevarse a cabo de manera paulatina, pusieron de manifiesto la debilidad de los grandes operadores europeos en manos públicas, impulsando un proceso de reestructuración del sector y de desarrollo de alianzas entre sus operadores, acompañado por importantes ayudas estatales, principalmente en forma de aportaciones de capital, por parte de sus

³⁴ No es casual que la primera versión de la Directiva 80/723/CEE de la Comisión, de 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, excluyera estos mismos sectores de su campo de aplicación y que sus modificaciones posteriores, en particular las de 1985 y 1993, fueran progresivamente extendiendo su aplicación a los mismos.

³⁵ STJCE de 30 de abril de 1986, *Ministère Public c. Lucas Asjas et al.*, asuntos acumulados 209 a 213/84, Rec. 1986, p. 1425.

³⁶ La bibliografía sobre esta sentencia, así como sobre este proceso iniciado a finales de la década de los ochenta, con notables influencias del proceso homónimo llevado a cabo en los Estados Unidos, es prácticamente inabarcable. A título de referencia pueden verse las siguientes obras: LICALZI, J. O.: «Competition and Deregulation: *Nouvelles Fontières* for the EEC Air Transport Industry?», en *Fortham Int. L. J.*, vol. 10, 1987, pp. 808 a 841; DUTHEIL DE LA ROCHERE, J.: «Interventions publiques et Marché Unique de transport aerien en Europe», en DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., VANDAMME, J. (dir.): *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, París, 1988, pp. 154 a 174; QUINTANA CARLO, I.: «La aviación civil española ante el derecho comunitario», en *GJ*, D-11, n.º 68, julio, 1989, pp. 193 y ss.; QUINTANA CARLO, I.: «Transporte aéreo (Dº mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, op. cit., vol. IV, pp. 6659 a 6666; BOTANA AGRA, M.: «Las reglas de la competencia de la CEE y el transporte aéreo intracomunitario», en VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 189 a 202; BUSTI, S.: «La nuova disciplina comunitaria dei servizi aeri», en *DCSI*, n.º 1-2, 1993, pp. 187 a 211; ADKINS, B.: *Air Transport and E.C. Competition Law*, European Competition Law Monographs, Sweet & Maxwell, London, 1994; MORALES RODRÍGUEZ, J. R.: *El transporte aéreo y la Unión Europea*, Colección de Temas Aeronáuticos, n.º 12, Dirección Técnica de Vuelo, Iberia, Madrid, 1994

accionistas públicos³⁷ y, en último término, la privatización de muchas de ellas³⁸.

En el mismo sentido, el servicio público de radiotelevisión³⁹ y de manera particular las televisiones públicas⁴⁰, han sido motivo de aten-

³⁷ Específicamente sobre esta cuestión, vid., además del ya citado FRÜLING («Le contrôle...», op. cit., pp. 275 a 365), MORILLAS JARILLO, M. J.: «El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje...*, vol. III, pp. 3989 a 4046; SOAMES, T., RYAN, A.: «State Aid and Air Transport», en *ECL-Rev*, vol. 16, n° 5, july-august, 1995, pp. 290 a 309.

³⁸ No podemos desconocer que, a pesar de los esfuerzos liberalizadores llevados a cabo en los últimos años y de la progresiva privatización de las más importantes aerolíneas de bandera, las propias particularidades de este sector lo hagan sensible a múltiples acontecimientos, como ha ocurrido en estas fechas tras los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001, que han hecho necesaria la intervención de los diferentes Estados, tanto europeos como de los propios Estados Unidos, en auxilio de un sector cuyo carácter estratégico no es posible obviar. En este sentido, vid. IP/01/1399, de 10 de octubre de 2001 («Atentados: medidas de urgencia en favor del transporte aéreo»).

³⁹ Vid. CHINCHILLA MARIN, C.: «El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión» en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, pp. 944 a 972; MUÑOZ MACHADO, S.: «La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje...*, op. cit., vol. IV, pp. 4651 a 4666; LAGUNA DE PAZ, J. C.: «Derecho comunitario europeo y televisión», en *Not. UE*, n° 145, febrero, 1997, pp. 73 a 81

⁴⁰ La preocupación de los Estados miembros y de las instituciones comunitarias, especialmente de la Comisión, por la delicada situación de las televisiones públicas en el contexto de la libre competencia tuvo su plasmación en la incorporación de un protocolo específico en el Tratado de Amsterdam. Se trata del *Protocolo (n° 32) sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros* (1997), en el que se señala lo siguiente: «LAS ALTAS PARTES CONTRATANTES, CONSIDERANDO que el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación, HAN CONVENIDO en las siguientes disposiciones interpretativas, que se incorporarán como anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público». Vid., asimismo, la comunicación sobre aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DOCE C 329, de 15.11.2001, p. 5).

ción por parte de la Comisión, que ha reconocido explícitamente⁴¹ que no hay ninguna base jurídica para excluir la radiodifusión de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales⁴².

Como recuerda Piffaut⁴³, el sector bancario y de las entidades de crédito en general no es un terreno fácil para las autoridades de la competencia, ya que hasta época reciente la reglamentación interna de los Estados limitaba fuertemente las posibilidades de competir entre los pro-

⁴¹ En este sentido, vid. la pregunta escrita P-3036/00, de Lisbeth Grönfeldt Bergman (PPE-DE) a la Comisión y la respuesta del Comisario Monti en nombre de la Comisión (DOCE C 112 E, p. 233).

⁴² El TPI resolvió los recursos por omisión interpuestos contra la Comisión por diversas empresas privadas de televisión a causa de la inactividad de ésta en dar curso a sus denuncias sobre la financiación pública de la TVE (STPI de 15 de septiembre de 1998, *Gestevisión Telecinco SA c. Comisión*, asunto T-95/96, Rec. 1998, p. II-3407) y las francesas *France 2* y *France 3* (STPI de 3 de junio de 1999, *Télévision Française 1 SA (TF1) c. Comisión*, asunto T-17/96, Rec. 1999, p. II-0757). Por su parte, la Comisión resolvió que no existía ayuda estatal (*auxilio estatal NN 141/95*) en la financiación de la televisión pública portuguesa, sobre la que había iniciado una investigación en virtud de la denuncia presentada por una compañía privada de televisión portuguesa. Dicha Decisión (comunicada a las autoridades portuguesas mediante carta SG/96)D/9555, de 7.11.1995) fue recurrida en nulidad por la denunciante ante el TPI, el cual, mediante Sentencia de 10 de mayo de 2000 (SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125), estimó en parte el recurso, anulando la Decisión controvertida en la parte en la que se refería a las medidas adoptadas por el Estado portugués a favor de RTP Radiotelevisão Portuguesa, SA, consistentes en dotaciones financieras abonadas en concepto de indemnizaciones compensatorias, de exenciones fiscales, de facilidades de pago para la utilización de la red de teledifusión y en un aplazamiento de una deuda derivada del impago de cotizaciones de Seguridad Social, junto con la exención de los intereses de demora. La Comisión ha solicitado también información a las autoridades nacionales en relación con la financiación de las compañías de radiotelevisión pública en España, en Italia y en Francia (IP/99/79, de 3 de febrero de 1999); TVE y canales autonómicos (IP/99/82, de 3 de febrero); RAI (IP/99/80, de 3 de febrero de 1999) y, en algunos casos, ha iniciado el procedimiento de investigación formal, como en los casos de la RAI (IP/99/532, de 20 de julio de 1999 y respuesta del Comisario Monti en nombre de la Comisión a la pregunta escrita E-1701/99 de Raffaele Costa (PPE-DE) a la Comisión –DOCE C 203 E, de 18.7.2000, p. 28–) y *France 2* y *France 3* (IP/99/531, de 20.7.1999).

⁴³ PIFFAUT, H.: «Banque-concurrence», en *L'Observateur de Bruxelles*, n° 21, 1997. (Este artículo puede consultarse también en las páginas de internet de la Comisión en la dirección <http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/seven/fr/sp97006.htm> (página web de la DG IV, en la sección correspondiente a «Artículos, discursos y conferencias». Última consulta realizada en noviembre de 2002).

prios bancos, quienes eran, a su vez, conscientes de su propia fortaleza y especificidad, dando lugar en la práctica a un mercado tradicionalmente autorregulado⁴⁴. Fue nuevamente la jurisprudencia comunitaria, a partir de la STJCE de 14 de julio de 1981, conocida como la *Sentencia Züchner*⁴⁵, la que reconoció el sometimiento de estas entidades a las reglas de la competencia.

Una mención final merece, por su particular singularidad, el caso del deporte profesional⁴⁶, sobre el que la Comisión ha intensificado su atención singularmente a partir de la STJCE de 15 de diciembre de 1995⁴⁷, conocida como la *Sentencia Bosman*. Por lo que se refiere al

⁴⁴ Vid. *supra* el apartado 4.2.4 del capítulo cuarto de este trabajo, con la bibliografía y asuntos en él mencionados.

⁴⁵ Asunto 172/80, Rec. 1981, p. 2021. Comentado por TESAURO («Disciplina comunitaria...», op. cit., p. 488) y por PIFFAUT («Banque...», op. cit. p. 1). Una valoración reciente del alcance de la sentencia puede verse en BOTANA AGRÁ («La aplicación...», op. cit., pp. 349 a 362, en concreto pp. 358 y ss.). Una enumeración de otro comentario a esta sentencia puede verse en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. («El sistema bancario español ante el Mercado Único», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario...*, op. cit., vol. I, pp. 745 a 770, nota 5) y en GARCÍA CACHAFEIRO (*El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de precios y de intercambio de información en el sector bancario*, tesis de licenciatura inédita, A Coruña, 1999, pp. 16 a 18) La importancia de esta sentencia es equiparable a la sentencia conocida como *Nouvelles Frontières* (STJCE de 30 de abril de 1986, asuntos acumulados 209 a 213/84, Ministère Public c. Lucas Asjas et al., Rep. 1986, p. 1425) en relación con la aplicación de las normas de la competencia al sector del transporte aéreo.

⁴⁶ Sobre esta cuestión, vid. MIERT, K. V.: «Sport et concurrence; développements récents et actions de la Commission» (Conferencia pronunciada el 27 de noviembre de 1997 en el *Forum Européen du Sport*, celebrado en Luxemburgo), pp. 1 a 12; PONS, J. F.: «Sport and European Competition Policy», en *Fordtham Corp. L, XXVI Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, New York, 14-15 october 1999, pp. 1 a 20; RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Algunas cuestiones básicas sobre las relaciones entre el deporte y el Derecho comunitario de la competencia», en *XVIIIª Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 1999, pp. 232 a 236; PONS, J. F.: «Formule 1, transferts de footballeurs: deux nouvelles illustrations de l'application de la politique européenne de la concurrence au secteur du sport», en *EC. Comp. News Pol.*, n° 1, february, 2001, pp. 1 y 2 (*Latest: Stop Press*) y, del mismo autor, «Le sport et la politique de la concurrence: règles de jeu et exemples récentes», Lille, 10 mai 2001, pp. 1 a 7. Un caso que alcanzó singular relevancia pública fue el de las competiciones de Formula 1, que la Comisión concluyó archivando finalmente. A este respecto, por todos, GIPPINI FOURNIER, E.: «Droit communautaire de la concurrence et sport automobile: épilogue des affaires FIA/Formula One», en *RAE*, 2001-2002, pp. 361 a 371.

⁴⁷ Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL c. Jean-Marc Bos-

tema de las ayudas de Estado, podemos reseñar que la Comisión llevó a cabo una encuesta entre los distintos Estados miembros para recabar información, la cual le permitió sustraer del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 87 CE las ayudas de que se beneficiaban algunas pequeñas entidades deportivas de carácter aficionado y de dimensión local frente a las que benefician la actividad deportiva profesional que estaba en manos de sociedades anónimas, plenamente mercantiles y cuyos efectos sobre la competencia podían ser más apreciables⁴⁸.

Muchas menos dificultades presenta la expresión *producciones* que emplea también el artículo 87 CE. Con ella se alude tanto a la producción de bienes como a la prestación de servicios. Además, las ayudas en favor de producciones tienen el carácter de regímenes generales de ayudas⁴⁹, calificándose como tal la creación de entidades especializadas en el apoyo de sectores productivos⁵⁰.

La segunda gran cuestión que se suscita a propósito del beneficiario de la ayuda es la relativa a la determinación del beneficiario efectivo de la misma. Como hemos adelantado, esta situación se plantea cuando el valor económico de la medida cuestionada transita por varios sujetos, lo que exige diferenciar entre el eventual receptor directo de la ayuda y el beneficiario efectivo o destinatario de la misma⁵¹, ya que pueden no coincidir en un mismo sujeto.

man, Royal Club Liégeois SA c. Jean-Marc Bosman y otros y Union des Associations Européennes de Football (UEFA) c. Jean-Marc Bosman, asunto C-415/93, Rec. p. I-4921. Esta sentencia ha dado origen a múltiples comentarios. Vid., entre otros, MERINO MERCHANT, J. F.: «El caso *Bosman* y el arbitraje deportivo», en *La Ley*, de 12.4.1996, D-129, pp. 1533 a 1534.

⁴⁸ Como subrayaba el Comisario VAN MIERT («Sport et concurrence...», op. cit., p. 6), ciertas disciplinas deportivas ofrecen un buen soporte para mensajes publicitarios comerciales. Estas mismas disciplinas venden muy caros los derechos de retransmisión de los eventos deportivos, por lo que la influencia del mundo de la publicidad y de los medios de comunicación generan importantes flujos de capital en su favor. Esta profesionalización convierte a ciertos clubs en verdaderas empresas a los efectos del Tratado CE, que pugnan por la contratación de jugadores y por contratos de patrocinación.

⁴⁹ Cfr. apartado 2.2.2 del capítulo tercero de este trabajo.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, vid. capítulo cuarto, apartado 4.2.1.

⁵¹ ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., p. 404.

Como apunta Arpio⁵², cabe diferenciar dos situaciones distintas. En la primera de ellas el beneficio es recibido por una empresa que, con posterioridad, lo repercute a otras terceras. Tal es el caso, por ejemplo, de las ventajas fiscales concedidas a algunos bancos u otras instituciones financieras para que realicen operaciones de reflotamiento de empresas en crisis, que son en último término las beneficiarias de la medida⁵³ y también se plantea de manera especialmente interesante en relación con los grupos de empresas, puesto que las ayudas destinadas a una de las que forman parte del mismo en la práctica pueden favorecer a otras distintas del beneficiario aparente, o incluso, en el caso de grupos de empresas que operan simultáneamente en sectores sometidos a competencia y en sectores especiales, provocar el fenómeno de la *cross-subsidization*⁵⁴. Concretamente en el caso *Thomson SA-Thomson Multimedia*⁵⁵, la Comisión tuvo ocasión de analizar la compra a una empresa (Thomson Multimedia) por parte del Estado francés de alguna de sus participaciones en una tercera compañía (Crédit Lyonnais), pagando por ellas un sobreprecio, destinado a favorecer el proceso de recapitalización de su matriz, la también pública Thomson, SA⁵⁶.

⁵² ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 132 y 133.

⁵³ Cfr. X IPC 1980 (apartados 163 y 220), a propósito de un proyecto italiano que preveía ventajas fiscales para los bancos que crearan consorcios destinados a la adquisición de acciones u obligaciones de empresas industriales que acometiesen procesos de reestructuración. Como destaca ROBERTI («Le contrôle...», op. cit., pp. 397 a 411, en especial p. 404), el problema se plantea también cuando hay interdependencia entre varios sectores, así la ayuda acordada a los productores de un producto de base puede permitir una reducción artificial de su precio de venta, con la consecuencia de favorecer a las empresas de transformación que compran estos productos por las necesidades de su actividad. Se trata de los denominados *upstream subsidies*.

⁵⁴ HANCHER, L., BUENDÍA SIERRA, J. L.: «Cross-Subsidization...», op. cit., pp. 901 a 945.

⁵⁵ Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson Multimedia (DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31).

⁵⁶ Vid. también la Decisión de 22 de diciembre de 1999, sobre el régimen de ayuda C 39/99 (ex E 2/97) del Reino Unido a *English Partnerships (EP) Under the Partnership Programme (PIP)*, en adelante denominado «régimen EP/PIP» (DOCE L 145, de 20.6.2000, p. 27, apartado 22).

Aunque no es frecuente que llegue a conocerse, no resulta impensable el supuesto en que una empresa reciba fondos destinados a una tercera, que sería la verdadera beneficiaria de la ayuda. Así sucedió, por ejemplo, en relación con la recapitalización de la compañía Verlipack, en el que la Comisión decidió inicialmente no plantear objeciones, considerando que no existían elementos de ayuda estatal, al concurrir, en circunstancias comparables, capital público y capital privado en la operación⁵⁷. Sin embargo, con posterioridad, la Comisión pudo conocer que la aportación privada había sido previamente financiada con préstamos de un organismo público, lo que reducía notablemente el riesgo de la empresa privada y, con ello, la racionalidad aparente de la participación pública⁵⁸.

El segundo supuesto al que alude Arpio surge cuando la ventaja no se concede directamente a una empresa, sino a un tercero, que no es propiamente una empresa, siendo en último término una empresa la que se beneficia. El caso más clásico es el de las ayudas al empleo⁵⁹. Aunque la ayuda se dirija al trabajador, con el objetivo de fomentar nuevo empleo o de mantener el existente, quien se beneficia realmente es la empresa contratante, si bien este efecto es el pretendido y amparado desde la política europea de empleo, siempre que se cumplan determinadas condiciones⁶⁰.

En este contexto se deben destacar igualmente los problemas suscitados cuando la empresa beneficiaria desaparece o cambia de actividad y, por lo tanto, si debe considerarse como tal a la persona jurídica

⁵⁷ Decisión de 16 de septiembre de 1998 (DOCE C 29, de 4.2.1999, p. 13).

⁵⁸ La constatación de estos extremos llevó a la Comisión a revocar su primera decisión y adoptar una nueva, declarando la existencia de ayudas estatales ilegales e incompatibles en la operación.

⁵⁹ La alusión de este autor a las Directrices sobre ayudas al empleo (DOCE C 334, de 12.12.1995, p. 4) debe entenderse hecha hoy al texto que las reemplazó, el Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337, de 13.12.2002, p. 3).

⁶⁰ A propósito de las ayudas al empleo, vid. COX, G.: « Horizontal Guidelines: Do They Facilitate Job Creation? The Example of Employment Subsidies », en BILAL, S., NICOLAIDES P.: *Understanding State Aid...*, op. cit., pp. 119 a 128.

o a la actividad económica. Estas cuestiones han sido abordadas por Slocock⁶¹, especialmente a propósito de la aplicación de la cláusula «*one time, last time*»⁶² y de la recuperación de las ayudas ilegales, cuando los activos o las acciones de la empresa ayudada han pasado a terceras manos⁶³, planteando la necesidad de conciliar el enfoque estrictamente jurídico con el económico, y evitando una posición excesivamente rígida o dogmática, que sería en la práctica más fácil de burlar.

3.1.2. *La selectividad de la medida: la distinción entre ayudas de Estado y medidas de carácter general*

La exigencia del apartado 1 del artículo 87 CE de que las medidas sometidas al mismo favorezcan a «determinadas» empresas o producciones plantea también en la práctica notables problemas, basados en la dificultad de precisar cuándo una medida de origen estatal favorece a una pluralidad indeterminada de beneficiarios y, por lo tanto, escapa del campo de aplicación de dicho precepto o, por el contrario, delimita de alguna manera sus posibles beneficiarios, concediéndoles una ventaja competitiva frente a los demás.

La singular trascendencia de esta cuestión obliga a dilucidar cuándo una medida es selectiva o cuándo se trata de una «medida de carácter general»⁶⁴, adoptada dentro del margen de apreciación reservado a los

⁶¹ SLOCOCK, B.: «Who can be the Beneficiary...», op. cit., pp. 8 a 12.

⁶² A esta cláusula nos referiremos en el capítulo séptimo de este trabajo, a propósito de las ayudas a la reestructuración de empresas en crisis.

⁶³ A propósito de la «*pass-through doctrine*» o del «tránsito», vid. SLOCOCK («Who can be the Beneficiary...», op. cit., p. 10) analiza una decisión adoptada en el seno de la OMC de fecha 21.12.1999 sobre imposición de medidas compensatorias (Asunto *on certain hot-rolled lead and bismuth carbon steel products from the UK*), disponible en el servidor de la OMC en la dirección: <http://www.wto.org/wto/ddf/ep/public.html> (última consulta realizada en noviembre de 2002).

⁶⁴ Algún autor, como ORLANDI (*Gli aiuti di Stato nel Diritto comunitario*, Napoli, 1995, pp. 189 a 197), a quien cita RODRÍGUEZ CUIRIEL («Las ayudas...», op. cit., p. 107, nota 24), trata de distinguir también las «medidas generales» de las «ayudas de carácter general», lo que para este último autor constituye una cuestión «asimismo difícil, sobre la que la jurisprudencia no ha sentado criterio alguno».

Estados miembros en materia de política económica, política industrial o mercado de trabajo⁶⁵.

La necesidad de abordar esta delicada distinción se planteó de manera temprana y no ha dejado de ocupar a la Comisión desde entonces⁶⁶. En efecto, en su respuesta a la pregunta del Sr. Dehousse respecto de un colector de aguas usadas⁶⁷, ya señaló la Comisión que, para que una ayuda entrase en el ámbito de aplicación del artículo 92.1 Tratado CE (hoy 87.1 CE), debía favorecer a «ciertas» empresas o a «determinadas» producciones, lo que no sucedería cuando la ayuda beneficiase genéricamente al conjunto de la economía, como en el caso, por ejemplo, de la construcción de infraestructuras o de equipamientos colectivos⁶⁸. Sin embargo, reconoce que no puede descartarse absolutamente tal calificación, si se demuestra que la obra pública beneficia exclusivamente y de manera directa a una empresa o a unas empresas determinadas⁶⁹.

⁶⁵ Sobre esta cuestión general, vid. por todos el ya clásico trabajo de GONDRA ROMERO, J. M.: «Integración económica e integración jurídica en el marco de la CEE. (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea desde una perspectiva sistemática funcional)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado...*, op. cit., vol. I, pp. 275 a 312.

⁶⁶ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 34. Al respecto resulta interesante ver la atención que dedica a la cuestión la Comisión en la primera y segunda encuesta anual sobre ayudas de Estado (COMISIÓN EUROPEA: *Primera encuesta anual sobre ayudas de Estado en la Comunidad Europea*, 1988, pp. 5 a 8; COMISIÓN EUROPEA: *Segunda encuesta anual sobre ayudas de Estado en el sector de los productos manufacturados y en otros sectores*, 1990, pp. 4 a 7).

⁶⁷ DOCE 118, de 20.6.1967, citado, entre otros, por FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 34.

⁶⁸ En el caso de que medidas de carácter general adoptadas por algún Estado miembro en materias de su competencia pudieran tener un efecto distorsionador al falsear las condiciones de competencia, la Comisión podría acudir al artículo 101 del Tratado CE (hoy artículo 96 CE).

⁶⁹ A este respecto, vid. XXX IPC 2000. SEC (2001) 694 final, apartado 316. La Comisión destaca, a propósito del caso *Lenzing Lyozell* (Asunto C 61/98, Decisión de 19 de julio de 2000) que una ventaja económica se puede conferir como resultado de las condiciones en las que las empresas tienen acceso a la infraestructura o la explotan; por ejemplo, creando un parque empresarial y ofreciendo infraestructura. Vid. asimismo la Pregunta Escrita P-1144/02, de bill Newton Dunn (ELDR) a la Comisión, de 15 de abril de 2002, relativa al hecho de si la aportación de 150 000 libras esterlinas realizada de

Ahora bien, el hecho de que una medida sea formulada como general, por dirigirse a una pluralidad indeterminada de destinatarios, no impide de forma categórica su posible sometimiento particular al régimen de las ayudas de Estado⁷⁰. El problema más importante se suscita, sin embargo, a propósito de las medidas de carácter social o fiscal.

En el caso *Maribel bis y ter*⁷¹, la Comisión consideró que las medidas de reducción suplementaria de las cargas de la seguridad social contenidas en una ley belga constituían ayudas estatales debido a que se limitaban a las empresas que ejercían principalmente sus actividades en los sectores más expuestos a la competencia internacional⁷². Por el

1999 a 2000 por el Lincolnshire Comity Council para la construcción de una carretera que conduce a las oficinas de QV Foods Limited en Holbeach Hurn fue una ayuda pública aceptable de acuerdo con las disposiciones comunitarias y en la que la comisión respondió, entre otros extremos que «...la construcción de nuevas carreteras públicas abiertas a todos los usuarios es una medida general de infraestructura y no una ayuda estatal y no está por lo tanto sujeta a la notificación a la Comisión de conformidad con el artículo 88 del Tratado CE».

⁷⁰ En este sentido, vid. FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., pp. 34 y 35), quien cita a este respecto la STJCE de 10 de diciembre de 1969, Comisión c. República francesa, asuntos acumulados 6 y 11/69, Rec. p. 523), en la que el Tribunal mantuvo frente a la tesis del Gobierno francés de que la intervención cuestionada no podía calificarse de ayuda a los efectos del artículo 92.º del Tratado CE porque era una medida de política monetaria de competencia exclusiva de los Estados, que «un tipo preferencial de redescuento a la exportación, otorgado por el Estado en beneficio exclusivamente de los productos nacionales exportados, con objeto de ayudarles a competir en los demás Estados miembros con los productos originarios de éstos, constituye una ayuda en el sentido del artículo 92.º», señalando que «ni el hecho de que el tipo preferencial sea aplicable a todos los productos nacionales exportados, y sólo a ellos, ni que al establecerlo el Gobierno francés se hubiese propuesto acercar este tipo a aquellos practicados en los demás países miembros pueda borrar el carácter de ayuda de la medida litigiosa, prohibida salvo en los casos y procedimientos previstos por el Tratado». En este caso, como indica el citado autor, la nota de la generalidad no fue considerada efectiva, a pesar de que las ayudas quedasen referidas a todas las empresas nacionales exportadoras y productos nacionales exportados, pues lo cierto es que con ese criterio de selección quedaban marginadas aquellas otras empresas que al no producir exclusivamente para el mercado de la exportación (por abastecer también al mercado nacional) no podían ya beneficiarse de la ayuda.

⁷¹ Decisión de 4 de diciembre de 1996, relativa a las ayudas concedidas por Bélgica en el marco de la *Operación Maribel bis/ter* (DOCE L 95 de 10.4.1997, p. 25) y XXVI IPC 1996. SEC (97) 628 final 79, apartado 172.

⁷² El criterio de la Comisión fue respaldado por la STJCE de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97, Rec. 1999, p. I-3671.

contrario, la Comisión consideró que el régimen establecido en el asunto *Maribel quater*⁷³, que reemplazaba al anterior, era una medida de carácter general y no una ayuda de estatal, en la medida en que «se aplicaba automáticamente y no discriminaba a priori entre sectores⁷⁴».

La posición de la jurisprudencia aflora tempranamente en la STJCE de 2 de julio de 1974⁷⁵, conocida como «subsidiarios familiares para trabajadores del sector textil». En esta sentencia el Tribunal de Justicia analizó una medida que a pesar de tener, en principio, el carácter de general, a tratarse de una reducción en la cuota de la seguridad social de las mujeres, en realidad beneficiaba a un sector concreto —el textil— que atravesaba grandes dificultades, en la medida en que era en él donde trabajaba predominantemente la mano de obra femenina.

En esta misma línea, en la STJCE de 26 de septiembre de 1996, en el caso *Kimberley Clark Sopalin*⁷⁶, el Tribunal de Justicia apoyó la posición de la Comisión en relación con la participación económica del Fonds National de l'Emploi (FNE) en la aplicación de un plan social por parte de la sociedad francesa Kimberly Clark Sopalin y juzgó que, para que una medida fuera calificada de general, era necesario en particular que el Estado no dispusiera de ningún poder discrecional para supeditar la aplicación de la medida a consideraciones como la elección de beneficiario, el importe o las condiciones de la intervención. En atención a estas circunstancias, a juicio del Tribunal, por la finalidad y la estructura general, del sistema de participación del FNE en el acompañamiento de los planes sociales podía colocar a determinadas empresas en una situación más favorable que a otras y reunir así los requisitos de una ayuda en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE.

⁷³ Asunto N 132/97 (DOCE C 201, de 1.7.1997).

⁷⁴ Cfr. XXVII IPC 1997. SEC (97) 636 final, apartado 229. Obsérvese el paralelismo con alguno de los requisitos que permitían excluir la especificidad de una medida al amparo del artículo 2 ASMC de 1994, a los que nos referíamos *supra* en el apartado 1.1 de este capítulo.

⁷⁵ República Italiana c. Comisión, asunto 173/73, Rec. 1974, p. 709.

⁷⁶ STJCE de 26 de septiembre de 1996, República francesa contra Comisión, asunto C-241/94, Rec. 1996, p. I-4551. Esta sentencia resuelve el recurso de anulación interpuesto por las autoridades francesas contra la Decisión SG(94) D/8907 de la Comisión, de 27 de junio de 1994. Vid. también XXVI IPC 1996. SEC(97) 628 final 79, apartado 172.

El Tribunal de Justicia respaldó también el criterio de la Comisión en el aludido asunto *Maribel bis/ter*⁷⁷, reconociendo que «...la limitación del beneficio de las reducciones incrementadas a determinados sectores de actividad confería a dichas medidas de reducción un carácter selectivo, por lo que cumplían el requisito de especificidad».

Como destaca Rodríguez Curiel⁷⁸, en los últimos años se ha comenzado a utilizar un nuevo criterio relativo a la «naturaleza y economía del sistema», para la aplicación del requisito de la especialidad y su distinción con respecto a las medidas de carácter general.

La Comisión explicita este criterio en su Comunicación sobre el control de las ayudas de Estado y reducción de los costes laborales⁷⁹ y, con posterioridad, en la relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas⁸⁰.

⁷⁷ STJCE de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97, Rec. 1999, p. I-3671, apartados 23 a 31, en especial apartado 31.

⁷⁸ RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Las ayudas...», op. cit., p. 100, con sus correspondientes notas. A juicio de este autor los antecedentes de esta concepción se encontrarían en la Sentencia de 2 de julio de 1974 (República italiana c. Comisión, asunto 173/73, Rec. p. 709, apartado 33), a la que se remite expresamente el Abogado General DARMONS en sus Conclusiones de 17 de marzo de 1992, en el asunto *Sloman Neptun* (STJCE de 17 de marzo de 1993, Firma *Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, petición de decisión prejudicial del *Arbeitsgericht Bremen* (Alemania), asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993, p. I-0887. En esta misma línea, CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., pp. 23 a 25 y 46 a 50) alude a la *anormalidad* de la medida adoptada en relación con un sistema coherente, formulando el *test de la anormalidad de la medida* como la fase del examen de ésta en la que se verifica si constituye una medida general o una excepción al mismo en favor de determinadas empresas o producciones.

⁷⁹ DOCE C 1, de 3. 1.1997, p. 5. La Comisión reconoce claramente su intención de colaborar para clarificar la distinción con la publicación de estas directrices, en la medida en que en ellas se precisa que ciertas medidas nacionales de reducción de los costes laborales no entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE cuando se aplican a todas las empresas, pero sólo van dirigidas a determinadas categorías de trabajadores (por ejemplo, los de salarios bajos), o cuando se refieren a actividades que no son objeto de intercambios entre Estados miembros (los servicios de proximidad, en particular). Cfr. XXVI IPC 1996. SEC(97)628 final 79, apartado 172. Tengase en cuenta que esta comunicación ha expirado tras la entrada en vigor del Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337, de 13.12.2002, p. 3).

⁸⁰ DOCE C 384, de 10.12.1998, p. 3.

En la primera de estas comunicaciones⁸¹ se reconoce que la selección de los beneficiarios en las ayudas al empleo no implica necesariamente que estas medidas entren en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 87 CE, puesto que la aplicación de dicha norma se sujeta al hecho de que la medida en cuestión favorezca a determinadas empresas o producciones, excluyendo *a priori* a otras que se encuentren en las mismas condiciones objetivas, en relación con el sistema general de cargas sociales. El hecho de que ciertas medidas beneficien más a determinados sectores o empresas que a otros no implica necesariamente que entren en el ámbito de aplicación de las normas de competencia.

Es preciso tener en cuenta, sin embargo, que las medidas encaminadas a aliviar la fiscalidad laboral a todas las empresas tienen un efecto relativamente más importante para las industrias con gran intensidad de mano de obra, mientras que las relativas a la fiscalidad sobre el capital tienden, a su vez, a favorecer a las industrias con fuerte intensidad en capital, sin que ello suponga que unas u otras deban considerarse por ello ayudas estatales. Como reconoce la Comisión la elección de una u otra modalidad es en realidad una cuestión de política económica, sobre la que los Estados miembros puede decidir libremente dentro de sus propias competencias.

La segunda de las Comunicaciones (aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas) aborda el delicado supuesto de las medidas fiscales. Este documento es el resultado de un intenso debate suscitado en el seno de la Comunidad Europea acerca de la necesidad de actuar desde una perspectiva comunitaria, para hacer frente a la *competencia fiscal perniciosa* que amenaza con falsear la competencia entre los Estados miembros⁸².

⁸¹ Apartados 12 a 13.

⁸² Como se recoge en el propio documento, el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas aprobó el 1 de diciembre de 1997 una serie de conclusiones sobre esta materia y dio su conformidad a una resolución relativa a un código de conducta en el ámbito de la fiscalidad de las empresas (DOCE C 2, de 6.1.1998, p. 1) y la Comisión, por su parte, se comprometió a elaborar unas directrices relativas a la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas y «a velar

Para su análisis, la Comisión parte de la distinción entre el falseamiento de la competencia que puede ocasionar la disparidad entre los sistemas fiscales de los Estados miembros⁸³ y el que derivaría del otorgamiento de verdaderas ayudas estatales, en forma de medidas fiscales. Desde la perspectiva comunitaria, el carácter fiscal de una medida es indiferente, ya que el artículo 87 CE se aplica a las ayudas otorgadas de cualquier forma, por lo que una medida fiscal puede ser considerada como una ayuda estatal desde el momento en que cumple las condiciones establecidas en dicho precepto.

En particular, en lo que respecta al requisito de la especificidad, la Comisión recuerda que el carácter de ventaja selectiva puede ser resultado tanto de una excepción a las disposiciones fiscales de naturaleza legislativa, reglamentaria o administrativa como de una práctica discrecional por parte de la administración fiscal»⁸⁴. Por el contrario, una

escrupulosamente por que se apliquen con todo rigor las normas relativas a las citadas ayudas». El compromiso de la Comisión en relación con las ayudas estatales de carácter fiscal se inscribe, como se señala en el propio documento, «dentro de un objetivo más amplio orientado a aclarar y reforzar la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales, con objeto de reducir el falseamiento de la competencia en el mercado único», en la medida que la realización del mercado único y la liberalización de la circulación de capitales hacía, a su juicio, necesario «examinar los efectos específicos de las ayudas concedidas en forma fiscal, así como precisar sus consecuencias a partir de su compatibilidad con el mercado común». La Comisión se remite en este punto al *Plan de acción en favor del mercado único*, CSE(97) 1, de 4.6.1997, objetivo estratégico 2, acción 1. Sobre esta cuestión, vid. también XXIX IPC 1999, apartados 211 y 212.

⁸³ El posible falseamiento de la competencia derivado de la disparidad de los sistemas fiscales de los Estados miembros podría corregirse con arreglo a los procedimientos establecidos en los artículos 100, 101 y 102 del Tratado CE.

⁸⁴ Un ejemplo reciente de esta construcción se observa en la STJCE de 1 de diciembre de 1998 (asunto C-200/97, Rec. 1998, p. I-7907), que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CE, por la Corte Suprema di Cassazione de Italia, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Ecotrade Srl y Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS) una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 92 del Tratado CE, en cuyo apartado 41 señala al respecto que: «(...) sea cual fuere el objetivo perseguido por el legislador nacional, resulta que la normativa de que se trata puede colocar a las empresas a las que se aplica en una situación más favorable que la de otras empresas, en la medida en que permite que continúen su actividad económica en circunstancias en las que dicha posibilidad quedaría excluida en el marco de la aplicación de las normas comunes en materia de quiebra, puesto que estas últimas tienen en cuenta de forma determinante la protección de los intereses de los acreedores. Pues bien, habida cuenta del rango prioritario

medida fiscal queda sustraída al régimen de las ayudas estatales cuando resulte justificada «por la naturaleza o la economía del sistema»⁸⁵.

Para que una medida fiscal pueda ser considerada general⁸⁶, debe estar abierta a todos los agentes económicos que actúan en el territorio de un Estado miembro sobre la base de la igualdad de acceso y su alcance no puede ser reducido *de facto*, por ejemplo, a causa de la discrecionalidad del Estado en su concesión o debido a otros factores que puedan restringir su efecto práctico. Esta consideración no limita su capacidad para escoger la política económica que considere más apropiada, especialmente para repartir como estime oportuno la carga fiscal impuesta sobre los diferentes factores de producción, ni impide que determinadas empresas o sectores se puedan beneficiar más que otros de algunas de estas medidas.

En consecuencia y siempre que se apliquen de la misma manera a todas las empresas y a todas las producciones, a juicio de la Comisión, no constituyen ayudas estatales:

- las medidas de pura técnica fiscal (fijación de los tipos impositivos, de las normas de depreciación y amortización y de las normas en materia de aplazamiento de pérdidas; disposiciones destinadas a evitar la doble imposición o la evasión fiscal legal),
- las medidas destinadas a lograr un objetivo de política económica general mediante la reducción de la carga fiscal vinculada a determinados costes de producción (por ejemplo, investigación y desarrollo, medio ambiente, formación y empleo).

Por el contrario, sería constitutiva de ayuda estatal toda medida destinada a eximir, parcial o totalmente, de las cargas resultantes de

de los créditos relacionados con la continuación de la actividad económica, la autorización para hacerlo podría implicar, en tales circunstancias, una carga adicional para las autoridades públicas si se demostrara efectivamente que el Estado o determinados organismos públicos figuran entre los principales acreedores de la empresa en dificultades, sobre todo si se tiene en cuenta que esta última debe, por hipótesis, sumas considerables».

⁸⁵ La Comisión cita en este punto la ya aludida STJCE de 2 de julio de 1974, República italiana c. Comisión, asunto 173/73, Rec. 1974, p. 709.

⁸⁶ Apartados 13 a 16 de la Comunicación.

aplicar normalmente el sistema general a las empresas de un sector determinado «sin que esta exención pueda quedar justificada por la naturaleza o la economía del sistema», puesto que, como había consagrado tempranamente la propia jurisprudencia⁸⁷, el artículo 87 CE no distingue las causas o los objetivos de las ayudas, sino que las define en función de sus efectos. En este punto, la Comisión hace una consideración de particular interés. Subraya que aún cuando la medida cuestionada tuviera como objetivo aproximar las cargas del sector beneficiado a las de sus competidores en otros Estados miembros, no por ello dejaría de tener carácter de ayuda estatal, puesto que las divergencias entre sistemas fiscales no pueden corregirse con la introducción de medidas unilaterales dirigidas a las empresas más afectadas por las disparidades existentes entre los sistemas.

De lo expuesto se deduce con claridad que para que una medida fiscal constituya una ayuda de Estado, es esencial que establezca una excepción a la aplicación del sistema fiscal a favor de determinadas empresas del Estado miembro, lo que exige determinar, en primer lugar, cuál es el régimen común aplicable excepcionado, para comprobar, en una segunda fase del análisis, si las excepciones propuestas están efectivamente justificadas por la naturaleza o la economía del sistema fiscal, es decir, derivan directamente de los principios fundadores o directivos del sistema fiscal del Estado miembro en cuestión o no.

A este respecto, la Comisión va a ofrecer una serie de pautas abordando de nuevo el criterio de selectividad⁸⁸, el alcance de las prácticas administrativas discrecionales⁸⁹ y la posible justificación de las excepciones basadas en la naturaleza o en la economía del sistema⁹⁰.

En relación con el criterio de especificidad, las medidas cuyo alcance se extiende a todo el conjunto del territorio del Estado son las

⁸⁷ STJCE de 2 de julio de 1974, República italiana c. Comisión, asunto 173/73, Rec 1974, p. 709.

⁸⁸ Cfr. apartados 17 a 20.

⁸⁹ Apartados 21 y 22.

⁹⁰ Apartados 23 a 27.

únicas que, en principio, no pueden ser calificadas de específicas. Por el contrario, las medidas de alcance territorial regional o local⁹¹, las destinadas específicamente a determinados sectores o las que favorezcan exclusivamente los productos exportados⁹² sí resultan sometidas al artículo 87 CE.

La Comisión considera también como ayuda las medidas dirigidas al conjunto de sectores sometidos a la competencia internacional⁹³. Por consiguiente, las excepciones respecto del tipo básico del impuesto de sociedades a favor de un sector económico constituyen, salvo en determinados casos⁹⁴, una ayuda estatal, como ha decidido la Comisión a propósito de una medida relativa al conjunto del sector manufacturero⁹⁵.

Se aborda, además, el problema planteado por el hecho de que en varios Estados miembros se apliquen normas fiscales diferentes según el régimen jurídico de las empresas⁹⁶.

Esta cuestión se ha planteado principalmente en relación con las empresas públicas. Para la Comisión, las normas que favorecen a las empresas que poseen el régimen jurídico de empresa pública y ejercen una actividad económica, pueden ser constitutivas de ayuda estatal, lo mismo que cuando las ventajas fiscales se circunscriben a determinadas formas de empresa, determinadas funciones (servicios intragrupo, intermediación o coordinación) o tipos de producción, en la medida en que pueden favorecer a determinadas empresas o producciones.

⁹¹ La Comisión recuerda la posible compatibilidad de las ayudas regionales, al amparo de las excepciones de las letras a) y c), del apartado 3 del artículo 87 CE.

⁹² Cfr. STJCE de 10 de diciembre de 1969, Comisión c. República francesa, asuntos acumulados 6/69 y 11/69, Rec. 1969, p. 523.

⁹³ Decisión de 4 de diciembre de 1996 relativa a las ayudas concedidas por Bélgica en el marco de la *Operación Maribel bis/ter* (DOCE L 95, de 10.4.1997, p. 25). STJCE de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-75/97, Rec. 1999, p. I-3671.

⁹⁴ En particular, la agricultura y la pesca. Véase el punto 27.

⁹⁵ Decisión de 22 de julio de 1998 en el asunto *Irish Corporation Tax* (impuesto irlandés de sociedades) [SG(98) D/7209].

⁹⁶ La Comisión cita a título de ejemplo que determinadas empresas públicas se acogen a exenciones de impuestos locales o de impuestos de sociedades.

Por otra parte y como ya se ha adelantado, también pueden resultar afectadas por el artículo 87 CE, en prácticas discrecionales de algunas administraciones ya que «el tratamiento de los agentes económicos de forma discrecional puede conferir a la aplicación individual de una medida general la calidad de medida selectiva, especialmente en el caso de que la facultad discrecional vaya más allá de la simple gestión de los ingresos fiscales aplicando criterios objetivos»⁹⁷. En consecuencia, para la Comisión es posible formular la presunción de que toda decisión administrativa que se aparte de las normas fiscales aplicables para favorecer a determinadas empresas o producciones constituye una ayuda estatal y, por ello, debe ser notificada y analizada en profundidad⁹⁸.

En relación con la naturaleza del sistema y con sus posibles excepciones, la Comisión señala que se trata de aquellas medidas cuya «racionalidad económica las hace necesarias o funcionales con respecto a la eficacia del sistema fiscal»⁹⁹, sin perjuicio de que corresponde al Estado miembro interesado justificar tal consideración¹⁰⁰.

La delimitación práctica de esta cuestión no es tarea fácil y son numerosos los asuntos en los que se plantea. A este respecto y a título

⁹⁷ La Comisión cita a este respecto la STJCE de 26 de septiembre de 1996, en el asunto C-241/94, Francia c. Comisión (Kimberly Clark Sopalin), Rec. 1996, p. I-4551.

⁹⁸ En este punto el organismo comunitario añade, sin embargo, que «las decisiones administrativas (*administrative rulings*), en su calidad de procedimientos destinados a ofrecer una mera interpretación de las normas generales, no dan lugar, en principio, a la presunción de ayuda. No obstante, la opacidad de las decisiones de las administraciones y el margen de maniobra del que pueden disponer hacen presumir que ese es al menos su efecto en algunos casos. Ello no impide que los Estados miembros puedan ofrecer a sus contribuyentes seguridad jurídica y previsibilidad en la aplicación de las normas fiscales generales. Justificación de la aplicación de una excepción por la naturaleza o la economía del sistema».

⁹⁹ Se cita en este punto la Decisión 96/369/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, relativa a una ayuda fiscal en forma de amortización en beneficio de las compañías aéreas alemanas (DOCE L 146, de 20.6.1996, p.42), indicando que «tal es el caso de medidas cuya racionalidad económica las hace necesarias o funcionales con respecto a la eficacia del sistema fiscal».

¹⁰⁰ La Comisión va a exponer a propósito de esta cuestión su valoración acerca de diversos ejemplos, para cuya lectura nos remitimos a los apartados 24 a 27 del citado documento [Aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DOCE C 384, de 10.12.1998, p. 3)].

de simple ejemplo¹⁰¹, podemos señalar que la Comisión consideró que una la ley italiana dirigida a sacar a la luz la economía sumergida de las empresas en situación irregular y al afloramiento de los trabajadores no declarados legalmente constituía una medida general y no una ayuda estatal en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE, en la medida en que preveía rebajas fiscales y reducciones de las cargas sociales que se aplicaban en toda Italia y a todas las empresas de todos los sectores que habían efectuado esta contratación irregular. La Comisión comprobó que no se discriminaba, ni desde el punto de vista de la norma, al determinar unos beneficiarios concretos, ni desde el punto de vista de su aplicación, al conferir a las autoridades públicas unos poderes discrecionales¹⁰².

En la misma línea, también consideró que las medidas belgas por las que se concedían reducciones de las cotizaciones patronales a la seguridad social de los empleadores que reorganizasen la jornada laboral en la empresa eran medidas generales y no ayudas estatales¹⁰³, toda vez que la norma se aplicaba automáticamente a todas las empresas de Bélgica y a todos los trabajadores del sector privado y de las empresas públicas autónomas, sin que las autoridades públicas dispusieran de poderes discrecionales para su aplicación, que carecía de elementos de limitación sectorial, regional o de otra índole.

Por el contrario, la Comisión consideró ayudas estatales, aunque compatibles, las medidas para la reducción de la jornada laboral que establecieron, por ejemplo, las comunidades autónomas de Cataluña¹⁰⁴

¹⁰¹ Cfr. XXXI IPC 2001, apartados 368 a 373.

¹⁰² Asunto N 674/2001, Decisión de la Comisión de 13 de noviembre de 2001 (pendiente de publicación). Para un estudio particular de este expediente, vid. ICARDI, P., VUILLERMOZ, F.: «Italie – les interventions en faveur de la régularisation de l'économie souterraine constituant des mesures générales», en *EC Comp. Pol. News*, n.º, february, 2002, pp. 90 a 92.

¹⁰³ Asunto N 232/2001, Decisión de la Comisión de 3 de julio de 2001 (DOCE C 268 de 22.9.2001, y http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n232-01.pdf).

¹⁰⁴ Decisión comunicada el 1 de junio de 1999. Ayuda de Estado n.º N 520/98 – Cataluña (España). Incentivos a la creación de empleos como consecuencia de la reordenación y reducción de la jornada laboral en Cataluña.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n520-98.pdf.

o Galicia¹⁰⁵, ya que, para la Comisión, estas ayudas favorecen a determinadas empresas, las que realizasen contrataciones, en las condiciones previstas en dichos regímenes, en sus respectivas regiones.

Tampoco apreció la existencia de ayuda estatal en el sistema alemán en virtud del cual las empresas resultaban obligadas a acumular reservas financieras para financiar futuras obligaciones legales¹⁰⁶, ya que el propio código de comercio alemán exigía que todas las empresas constituyeran reservas para hacer frente a responsabilidades imprevistas. Por otro lado, estas normas se aplicarían a todas las empresas del mismo modo y sin que las autoridades dispusieran de poderes discrecionales al respecto, encontrando su justificación en virtud de la naturaleza o el carácter general del sistema fiscal alemán aplicable a las empresas.

Por el contrario, la Comisión encuentra dudas a la hora de valorar y, en consecuencia, decidió iniciar una investigación formal, a propósito de las compañías de seguros cautivos en las Islas Åland¹⁰⁷, considerando que se cumplía el criterio de selectividad, dado que las empresas beneficiarias de una bonificación fiscal eran tan sólo las que participaban en operaciones de seguros cautivos, que constituía sólo un segmento del sector seguros; asimismo, en su examen preliminar de las actividades internacionales de financiación neerlandesas¹⁰⁸ que concedían bonificaciones fiscales a las actividades internacionales, consideró también que, *prima facie*, existía selectividad en la medida, porque el beneficio de la misma se limitaba a los grupos de empresas que operasen, al menos en cuatro países extranjeros o en dos continentes, excluyendo a los grupos de empresas que, aun realizando actividades internacionales, no cumplieren estos criterios.

¹⁰⁵ Decisión comunicada el 1 de junio de 1999. Ayuda de Estado n° N 155/99 – Galicia (España). Régimen de ayudas al reparto del tiempo de trabajo.

(http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n155-99.pdf).

¹⁰⁶ Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 2001. Asunto NN 137/2001 (DOCE C, 77, de 28.3.2002, p. 27).

¹⁰⁷ C 55/2001.

¹⁰⁸ C 51/2001 de 11 de julio de 2001.

La delicada cuestión de delimitar cuándo una medida fiscal constituye una ayuda estatal ha surgido nuevamente¹⁰⁹ y con especial intensidad, por lo que respecta a España, a propósito del concierto fiscal del País Vasco y Navarra¹¹⁰.

La cuestión se ha suscitado en sede comunitaria en diferentes vertientes. Por una parte, con motivo de las cuestiones prejudiciales¹¹¹ planteadas por sendos autos de idéntico contenido del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco acerca de la interpretación de los artículos 43 CE (antiguo artículo 52 Tratado CE) y 87 CE (antiguo artículo 92 Tratado CE) y, por otro lado, como consecuencia de las investigaciones iniciadas por la Comisión, en virtud de denuncias de otras comunidades autónomas limítrofes, contra actos concretos de aplicación de los citados regímenes.

Por lo que respecta a las cuestiones prejudiciales planteadas, el acuerdo alcanzado por las partes en el litigio nacional¹¹² ha impedido que el Tribunal de Justicia se pronunciase al respecto¹¹³, si bien el Abogado General Saggio, en sus conclusiones presentadas el 1 de julio de 1999, había tenido ocasión de mostrarse favorable a su consideración como ayudas estatales.

¹⁰⁹ Mediante una Decisión de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco (DOCE L 134, de 3.6.1993, p. 25), la Comisión ya había declarado la incompatibilidad de ciertas medidas fiscales adoptadas por el Gobierno vasco en relación con el impuesto de sociedades y con el impuesto sobre la renta de las personas físicas.

¹¹⁰ Para un estudio de este caso, en el que se expone con claridad cuál es la posición de la Comisión, vid. CALVO DE CELIS, J. L.: «Espagne: la Commission décide que six régimes d'aides fiscales des provinces basques et un régime de la Navarre sont incompatibles avec le marché commun et que les aides déjà versées doivent être remboursées» en *EC Comp. Pol. News.*, n° 3, october, 2001, pp. 67 a 69.

¹¹¹ Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97.

¹¹² Administración del Estado y Juntas Generales de Guipúzcoa. Cfr. Auto del Presidente del TJCE de 16 de febrero de 2000, Rec. 2000, p. I- 1073.

¹¹³ En sus conclusiones, el Abogado General SAGGIO propuso al Tribunal de Justicia que respondiese a la cuestión planteada, señalando que «los artículos 43 y 87 del Tratado CE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Territorio perteneciente a una Comunidad Autónoma de un Estado miembro, relativa a medidas fiscales urgentes de apoyo a la inversión e impulso de la actividad económica, a las que pueden acogerse los sujetos pasivos que tributen exclusivamente a la Hacienda Foral de dicho

En relación con los expedientes abiertos por la Comisión¹¹⁴, merece especial atención¹¹⁵ el relativo a la empresa Ramondín¹¹⁶, en el que la Comisión concluyó que las medidas cuestionadas constituían ayudas estatales y no medidas generales, admitiendo, sin embargo, la compatibilidad de alguna de ellas¹¹⁷.

Territorio o tengan su domicilio fiscal o realicen en él la mayor parte de su volumen de operaciones, o tengan su domicilio fiscal en tal Territorio y su volumen de operaciones realizado en la Comunidad Autónoma en el ejercicio anterior sea superior al 25% de su volumen total de operaciones, y que no incluye entre los beneficiarios de dichas medidas a las demás personas físicas y jurídicas residentes en el propio Estado o en otro Estado miembro de la Comunidad Europea».

¹¹⁴ Otras decisiones de la Comisión acerca de esta cuestión son: Decisión de 11 de julio de 2001 relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones (DOCE L 296 de 30.10.2002, p. 1); Decisión de 30 de enero de 2002 relativa a la ayuda estatal concedida por España a distintas empresas del sector de la siderurgia en el País Vasco (DOCE L 296 de 30.10.2002, p. 35); Decisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (DOCE L, 314, de 18.11.2002, p. 1); Decisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en la comunidad autónoma de Navarra (España) (DOCE L, 314, de 18.11.2002, p. 17) y Decisión de 11 de julio de 2002, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Guipúzcoa en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones (DOCE L, 314, de 18.11.2002, p. 26).

¹¹⁵ La Comisión inicia su expediente en virtud de la denuncia presentada por la Comunidad Autónoma de La Rioja, presentando también sus observaciones en el mismo la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Ambas comunidades defendían que las medidas cuestionadas constituían ayudas estatales, mientras que el Estado español, que era a quien se dirigía formalmente la investigación de la Comisión, sostenía que se trataba de una medida general, por la que se concretaba un «crédito fiscal».

¹¹⁶ Decisión de 22 de diciembre de 1999, relativa a la ayuda estatal ejecutada por España en favor de Ramondín SA y Ramondín Cápsulas SA (DOCE L 318, de 16.12.2000, p. 36), en especial, apartados 79 a 105). Existen, además, otros expedientes en diferentes fases. Vid. al respecto IP/99/503, de 14.7.1999 (*La Comisión decide incoar un procedimiento contra seis regímenes de ayudas fiscales de las provincias vascas y un régimen de Navarra*), así como la Comunicación por la que invita a presentar observaciones en el expediente C 48/99 (ex 129/98), en relación con la bonificación fiscal del 45% del Territorio Foral de Álava (DOCE C 71 de 11.3.2000, p. 8). La Comisión ha decidido finalmente concluir los citados expedientes mediante sendas decisiones negativas, declarando la incompatibilidad con el mercado común de seis regímenes de ayudas fiscales de las provincias vascas y uno de Navarra. Cfr. IP/01/981, de 11.7.2001.

¹¹⁷ La Comisión consideró compatible como ayuda regional el crédito fiscal ejecutado en favor de dicha empresa, por un importe correspondiente al 45% del coste de la inversión determinada por la Diputación Foral de Álava en su Acuerdo 738/1997, de

Dichos expedientes no suponen, sin embargo, como ha tenido ocasión de subrayar el Tribunal de Primera Instancia, poner «en tela de juicio la competencia normativa de los tres Territorios Históricos del País Vasco para adoptar medidas fiscales», puesto que, «(c)ontrariamente a lo que sostienen las partes demandantes, la Comisión no se basó, (...), en la consideración de que las medidas fiscales controvertidas únicamente se aplican en una parte del territorio español, a saber, los Territorios Históricos del País Vasco, para deducir, con carácter provisional, la selectividad de la reducción de la base imponible», sino en los propios requisitos exigidos en cada una de las medidas cuestionadas para determinar los posibles beneficiarios¹¹⁸.

3.2. *Los efectos de la ayuda*

Para apreciar la incompatibilidad con el mercado común de una ayuda estatal es preciso analizar, además de los requisitos ya examinados, sus efectos sobre la competencia y el comercio intracomunitario¹¹⁹,

21.10.1997; y estima que constituía una ayuda estatal compatible con el mercado común la parte de la ayuda que, en aplicación de las normas sobre acumulación de ayudas, no excedía del límite máximo del 25% del equivalente neto de subvención establecido para las ayudas de finalidad regional en el País Vasco. Sobre este caso, la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de pronunciarse, respaldando el criterio de la Comisión, considerando alguna de las medidas fiscales establecidas por las autoridades de la Comunidad Autónoma del País Vasco como verdaderas ayudas estatales. En este sentido, STPI de 6 de marzo de 2002, Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava, Ramondín, S.A. y Ramondín Cápsulas, S.A. c. Comisión, asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00 (pendiente de publicación).

¹¹⁸ STPI de 23 de octubre de 2002, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa y Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión, asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, apartado 52 (pendiente de publicación) y STPI de 23 de octubre de 2002, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa y Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión, asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, apartado 56 (pendiente de publicación).

¹¹⁹ El artículo 4.c del Tratado CECA no hace referencia ni a la afectación del comercio intracomunitario ni al falseamiento de la competencia, ya que, como indica CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., p. 25, nota 1), los sectores a los que se aplica (carbón y acero) eran objeto de una fuerte competencia entre empresas en el mercado común, por lo que

ya que, como ha reconocido temprana y reiteradamente la jurisprudencia¹²⁰, lo que interesa, desde la perspectiva de la aplicabilidad de los artículos 87 a 89 CE, no es la finalidad o el objetivo inmediato perseguido por la ayuda¹²¹, sino los efectos que sobre el mercado pueda ocasionar, por lo que la eventual finalidad social o fiscal que pueda perseguir la medida en cuestión no la sustrae del control comunitario¹²².

Por otra parte, como destaca Rodríguez Curiel¹²³, el requisito de que las ayudas «falseen o amenacen falsear la competencia» está íntimamente ligado a la condición de que las ayudas «afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros», lo que ha justificado en la práctica su tratamiento casi siempre conjunto y con soluciones coin-

cualquier ayuda de Estado afectaba necesariamente a los intercambios intracomunitarios. Como apunta KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 132, nota 468), será inútil para un Estado miembro que pretenda salvar una ayuda a una empresa CECA hacer valer que su producción es modesta y que apenas incide en los intercambios intracomunitarios, citando al respecto la Decisión de 17 de julio de 1996, relativa a las ayudas otorgadas por la provincia de Bolzano a la sociedad Acciaierie di Bolzano (DOCE L 274, 26.10.1996, p. 30, parte III).

¹²⁰ En efecto, como recuerda FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 48), el Tribunal de Justicia declaró acerca de esta cuestión, en su Sentencia de 2 de julio de 1974 (República de Italia c. Comisión, Rec. 1974, p. 709), a propósito de una ley italiana que estableció la desgravación fiscal parcial de las cargas sociales en beneficio de las empresas textiles que «el artículo 92 pretende evitar que los intercambios entre Estados miembros queden afectados por ventajas concedidas por las autoridades públicas que, bajo diversas formas, falseen o amenacen con falsear la competencia, favoreciendo a ciertas empresas o producciones», añadiendo, por ello mismo, que «el artículo 92 no distingue en función de las causas u objetivos de las intervenciones contempladas, sino que las define en función de sus efectos, (y) por lo tanto, ni el carácter fiscal, ni el posible fin social de la media litigioso bastan para sustraerla del artículo 92». En esta misma línea, vid., entre otras, las SSTJCE de 29 de febrero de 1996 (Reino de Bélgica c. Comisión, C-56/93, Rec. 1996, p. I-723, apartado 79), de 26 de septiembre de 1996 (República francesa c. Comisión, asunto C-241/94, Rec. 1996, p. I-4551, apartado 20) y de 17 de junio de 1999 (Reino de Bélgica c. Comisión, *Operación Maribel bis/ter*, asunto C-75/97, Rec. 1999, p. I-3671, apartado 25).

¹²¹ La finalidad y objetivos de la ayuda tendrán su importancia en una fase posterior una vez apreciada la existencia de una ayuda de Estado al objeto de aplicar las excepciones previstas en el propio sistema.

¹²² En este sentido, entre otras, vid. la STJCE de 17 de junio de 1999, Reino de Bélgica c. Comisión, *Operación Maribel bis/ter*, asunto C-75/97, Rec. 1999, p. I-3671, apartado 25, junto con las demás resoluciones citadas en la misma.

¹²³ RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Las ayudas...», op. cit., pp. 100 y 101.

cidentes de la Comisión¹²⁴ y del Tribunal de Justicia¹²⁵ y de gran parte de la doctrina¹²⁶, que aborda ambos requisitos de manera simultánea¹²⁷. No existe, sin embargo, unanimidad acerca de cuál de ellos tiene mayor importancia a la hora de valorar la incompatibilidad de la medida, lo que tiene, sin duda, un valor relativo, por cuanto ambos planteamien-

¹²⁴ A este respecto y a título meramente indicativo, véase la Comunicación de la Comisión en la que se incoaba el procedimiento del apartado 2 del artículo 93, en relación con las ayudas que Italia tiene previsto conceder en favor del Banco de Sicilia y del Sicilcassa (DOCE C 297, de 25.9.1998, p. 3), en la que al examinar las medidas controvertidas concluye que entran en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado CE «puesto que falsean la competencia en un grado que puede afectar a los intercambios intracomunitarios». En la misma línea, la Comisión en sus últimos informes sobre la política de la competencia aborda conjuntamente ambos elementos a la hora de analizar la evolución práctica del concepto de ayuda de Estado. Vid. al respecto, XXVIII IPC 1998 (SEC (1999) 743 final, apartados 211 a 213) y XXIX IPC 1999 (SEC 2000) 720 final, apartados 242 a 244). En este último informe (apartado 242) se puede leer bajo la rúbrica repercusiones sobre los intercambios comerciales entre Estados miembros que «cuando el Estado confiere incluso una ventaja limitada a una empresa que opera en un sector abierto a la competencia, se produce un falseamiento o un riesgo de falseamiento de la competencia. Para determinar las repercusiones de este falseamiento sobre el comercio entre Estados miembros, basta con examinar si el beneficiario ejerce, aunque sea parcialmente, actividades que implican un comercio entre Estados miembros».

¹²⁵ A juicio de RODRÍGUEZ CUIEL («Las ayudas...», op. cit., pp. 100 y 101), esta línea jurisprudencial arrancaría de la STJCE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris Holland BV c. Comisión, asunto 730/79, Rec.1980, p. 2671. Resultan muy expresivas las afirmaciones que a este respecto se recogen en la STPI de 4 de abril de 2001, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c. Comisión, asunto T-288/97, pendiente de publicación, en cuyo apartado 41 se señala, con carácter preliminar, que «en materia de ayudas de Estado los dos requisitos para la aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado, relativos a la incidencia sobre los intercambios comerciales entre los Estados miembros y a la distorsión de la competencia, están, por regla general, indisolublemente unidos. En particular, cuando una ayuda económica otorgada por el Estado refuerza la posición de una empresa frente a otras que compiten con ella en los intercambios comerciales intracomunitarios, procede considerar que la ayuda influye sobre dichos intercambios...».

¹²⁶ KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 34 a 36; HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 36 a 40; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 153 a 186.

¹²⁷ En la más reciente doctrina, sin embargo, no faltan autores, como CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., pp. 25 a 30), que se centran en exclusiva en la afectación de los intercambios intracomunitarios, considerando que, aunque deban concurrir ambas condiciones para que una ayuda de Estado entre en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 87 CE, «toda ayuda que afecte a los intercambios entre Estados miembros falsea la competencia».

tos deben concurrir cumulativamente con todos los demás que enuncia el apartado 1 del artículo 87 CE¹²⁸.

3.2.1. *La afectación de los intercambios comerciales intracomunitarios*

El requisito de que la ayuda afecte a los intercambios intracomunitarios opera, a juicio de Kobia¹²⁹, como una verdadera «competencia de atribución», puesto que sólo si el comercio intracomunitario puede estar afectado la Comisión resulta competente para examinar las potenciales ayudas; en caso contrario, serán las autoridades nacionales las competentes de acuerdo con su legislación nacional sobre ayudas¹³⁰.

Como advierte Baudenbacher¹³¹, la noción de comercio, al igual que ocurre en la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (antiguos 85 y 86 Tratado CE), a propósito de las prácticas colusorias y los casos de abuso de posición dominante, es interpretada en sentido amplio, considerando que abarca la totalidad de las transacciones económicas entre Estados miembros, es decir, entre otros, supuestos como los relativos a la circulación de mercancías, servicios, pagos, etc.¹³².

¹²⁸ A este respecto apuntar a título de ejemplo que, mientras algunos autores, como FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 49), quien afirma seguir en est punto a LEANZA, U. («Comentario artículo 92», en VARIOS: *Comentario CEE*, Milán, Giffre, 1965, pp. 712 y ss.), consideran el elemento esencial la incidencia de la ayuda sobre los intercambios, ya que este requisito operaría como una auténtica condición general para la aplicabilidad de las normas de competencia y no tanto el falseamiento de la competencia; otros autores, como BAUDENBACHER (*A Brief...*, op. cit., pp. 25-27), destacan que, aunque el requerimiento de la afectación del comercio interestatal sea teóricamente importante, en la práctica, sin embargo, la Comisión y el Tribunal de Justicia tienden a darle una importancia secundaria, tendiendo a considerar que la existencia de una distorsión de la competencia implica también la afectación del comercio.

¹²⁹ KOBIA, R. I. J.: «Introduction...», op. cit., p. 2. En el mismo sentido, en relación con los artículos 81 y 82 CE (antiguos artículos 85 y 86 Tratado CE), vid. BELLAMY, Ch., CHILD, G.: *Derecho de la competencia...*, op. cit., p. 142.

¹³⁰ La exigencia de que el comercio intracomunitario se vea afectado responde al hecho básico de que la función que inspira el control comunitario sobre las ayudas de Estado es la de evitar aquellos elementos que impidan una adecuada integración de los mercados europeos. Cfr. KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 128.

¹³¹ BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 25 a 27.

¹³² Algunos autores, sin embargo, como destacan WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho*

Cabe, ciertamente, apreciar una diferencia terminológica entre estos dos bloques del Derecho comunitario de la competencia: mientras literalmente es suficiente que el acuerdo o el abuso de dominio sea susceptible de afectar el comercio entre los Estados miembros para que devengan aplicables los artículos 81 y 82 CE, el artículo 87 CE parece exigir que dicha afectación sea efectiva¹³³. La generalidad de la doctrina entiende, sin embargo, que no es necesario que los intercambios se vean efectivamente afectados, sino que también basta con que la ayuda sea *susceptible* de afectarlos. Esta es, al menos, la solución que parece más acertada, atendiendo al carácter preventivo o *ex ante* ejercido por la Comisión sobre proyectos de ayuda, ya que se exige con carácter general su notificación previa antes de proceder a su otorgamiento¹³⁴.

La afectación de los intercambios¹³⁵ suele definirse, como apunta Baudenbacher¹³⁶, como un artificial decrecimiento de las importaciones o un artificial incremento de las exportaciones o a la inversa, como una disminución de las exportaciones y un crecimiento en las importaciones. Se trata, en definitiva, de que la situación competitiva de las empresas envueltas en el intercambio interestatal de bienes y servicios

européo..., op. cit., p. 466 y nota 166), resaltan que el tenor literal del apartado 1 del artículo 87 CE sugiere indicar que sería necesario probar que los flujos comerciales se hallan efectivamente afectados; contrariamente a lo establecido en los artículos 81 y 82 CE, un efecto potencial no bastaría. A favor de un análisis más riguroso del mercado relevante y, en general, de extender los criterios de aplicación de los artículos 81 y 82 CE a las reglas sobre ayudas estatales, vid. BISHOP, S.: «The European Commission's Policy Toward State Aid: A Role for Rigorous Competitive Analysis», en *ECLR*, n° 2, 1997, pp. 84 a 86.

¹³³ RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Las ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 83 y 84. Como apuntan BELLAMY y CHILD (*Derecho de la competencia...*, op. cit., p. 795), «no hay indicación alguna de que la omisión de la palabra 'puedan' en el artículo 92 tenga efectos materiales. De hecho, es razonable pensar que se puedan establecer paralelismos entre los términos usados en los artículos 85 y 86, de un lado, y el artículo 92, de otro».

¹³⁴ EN este sentido, vid. WÄELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 465 y ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 162 y 163. Este último autor analiza la postura adoptada por diversos autores en relación con esta polémica.

¹³⁵ La interpretación del alcance de la expresión «afectar», en las diversas versiones lingüísticas se ha planteado en relación con los artículos 81 y 82 CE en términos que son perfectamente trasladables al artículo 87 CE. Vid. WÄELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 263 a 267.

¹³⁶ BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., p. 26.

se incrementa gracias a la ayuda estatal en detrimento de sus competidoras que no reciben la ayuda¹³⁷.

Es preciso señalar también que la afectación a la que se refiere el Tratado CE se limita a los intercambios intracomunitarios, por lo que aquellos productos no sujetos a dicho intercambio quedarían excluidos del ámbito de aplicación de las reglas comunitarias de la competencia¹³⁸.

Por otra parte, como destaca Evans¹³⁹, la Comisión, con algún apoyo del Tribunal de Justicia¹⁴⁰, ha tendido a considerar las ayudas para las

¹³⁷ Para este autor, se trataría de un verdadero «*prerequisito*» ya que es preciso que existieran relaciones comerciales entre los Estados miembros sobre el producto o sobre el servicio de que se trate en el momento en que la ayuda sea otorgada, pues el requisito del comercio interestatal no se cumple si no hay mercado para el producto por las razones que sean o si incluso se prevé que, a pesar de la ayuda, no exista comercio en el futuro. Cfr. BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., p. 26. Por su parte, EVANS (*EC Law...*, op. cit., pp. 92 y 93) sostiene que se puede considerar que una ayuda afecta a los intercambios intracomunitarios, en el sentido requerido por el artículo 87 CE, simplemente porque el beneficiario participa de esos intercambios, o porque el sector en el que opera tiene características transfronterizas o porque en él existe una significativa o intensiva competencia. Normalmente se considera que afectan al comercio intracomunitario las ayudas a las grandes empresas, así como la ayuda que refuerza la posición de las empresas nacionales en un determinado sector con comercio intracomunitario, o de todas las empresas de una zona o región determinada. La probabilidad de que el comercio se vea afectado puede incrementarse por la intensidad de la competencia.

¹³⁸ RODRÍGUEZ CUIEL, J. W. (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 84) destaca que en aquellos mercados, como los mercados nacionales cautivos, donde, por razones legales o económicas no pueda existir o no exista comercio intracomunitario difícilmente podrá estimarse la incompatibilidad con el mercado común de las ayudas concedidas a empresas que operen en dicho ámbito. Para EVANS (*EC Law...*, op. cit., pp. 93 a 106) únicamente cuando se trate de mercados de productos donde no exista comercio internacional a causa de sus altos costes de transporte, o debido a la escasez de su producción en la UE o por otras circunstancias particulares, será posible excluir la afectación del comercio. Este autor ilustra su afirmación recordando que en el XXIV IPC 1995 (apartado 522) la Comisión consideró que había afectación del comercio intracomunitario cuando el beneficiario de la ayuda exportaba toda su producción fuera de la Unión Europea y el único comercio dentro de la Unión afectaba solamente a dos Estados. Por el contrario, en el VI IPC 1977 (apartado 123), manifestó que las ayudas a la prensa no eran, por lo general, contrarias al artículo 87 CE, porque no era un sector en el que hubiera comercio intracomunitario.

¹³⁹ EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 96 y ss.

¹⁴⁰ STJCE de 11 de noviembre de 1987, República francesa c. Comisión, asunto 259/85, Rec. 1987, p. 4393.

actividades extracomunitarias de la beneficiaria como inobjetable. No obstante, aunque la cuestión de las ayudas a la exportación a terceros países está sometida al artículo 112 Tratado CE (hoy artículo 132 CE), que prevé la progresiva armonización de las legislaciones nacionales, la aplicación del artículo 87 CE a estas ayudas, incluyendo las ayudas vinculadas al desarrollo, sigue sin estar resuelta. Las decisiones adoptadas al amparo del artículo 113 Tratado CE (hoy 133 CE) que preve el establecimiento de la política comercial común no implican la aceptación de tales ayudas en el comercio intracomunitario, ya que, dada la interdependencia de los mercados, la posibilidad de que el mercado intracomunitario quede afectado no puede excluirse *a priori*¹⁴¹.

La existencia de sobreproducción a escala mundial puede suponer que la ayuda afecte al comercio intracomunitario, incluso aunque el beneficiario haya exportado prácticamente toda su producción fuera del mercado europeo; ello es especialmente claro en países como los Estados Unidos, que imponen restricciones a la importación cuando hay intensificación de la competencia de otros terceros Estados. Del mismo modo, una depresión en los mercados de terceros Estados puede significar el incremento del comercio entre Estados miembros y, en consecuencia, que sea más previsible la afectación del comercio intracomunitario.

En términos generales, la Comisión ha llegado a la conclusión de que la actividad del beneficiario de la ayuda en un tercer país puede suponer la aplicación del artículo 87 CE porque esas operaciones podrían reforzar la posición de la empresa beneficiaria en los mercados intracomunitarios y en sus relaciones comerciales. Así puede ocurrir, especialmente, cuando el beneficiario es el mayor productor del mundo en el mercado de que se trate. En el caso de inversiones directas en terceros Estados el resultado podría ser el incremento de la producción nacional de dichos Estados, lo que podría reducir las importaciones, incluyendo las procedentes de otros Estados miembros.

¹⁴¹ STJCE de 21 de mayo de 1990 (Caso *Tubemeuse*), Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 142/87, Rec. 1990, p. I-0959.

El impacto de los productores no comunitarios puede suponer el incremento de la probabilidad de que el comercio intracomunitario se vea afectado particularmente cuando se trate de un mercado globalizado. Como señala Kovar¹⁴², la afectación de los intercambios no supone que la ayuda esté necesariamente en relación directa con las importaciones o con las exportaciones. Las ayudas a la exportación cumplen por naturaleza esta condición, pero también otras pueden tener esta incidencia. Tal es el caso, por ejemplo, de la ayuda que permita a una empresa reducir los costes de producción en su mercado nacional, impidiendo con ello el establecimiento de empresas de otros Estados de la Comunidad¹⁴³.

En suma, para Evans¹⁴⁴, de acuerdo con la STJCE de 17 de septiembre de 1980¹⁴⁵, cualquier ayuda otorgada a una empresa que fabrique y comercialice productos objeto de intercambios intracomunitarios refuerza su posición competitiva en relación con las empresas de otros Estados miembros y tiene necesariamente una incidencia sobre los intercambios en el interior de la Comunidad. Una ayuda afecta, en consecuencia, a los intercambios intracomunitarios siempre que permita a una empresa desarrollar su cuota de mercado y reforzar su competitividad. A la inversa, en cualquier caso, los efectos *proteccionistas* provocan, por su propia naturaleza, una afectación del comercio entre los

¹⁴² KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 131.

¹⁴³ EN este sentido, WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho europeo...*, op. cit., p. 465) destacan que la ayuda modifica las corrientes comerciales en el interior de la Comunidad. Esta cuestión es abordada con especial claridad por la Comisión en el asunto *Crédit Lyonnais (I)* (Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco Crédit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.1995, pp. 92 a 119), en la que señala que «(l)a liberalización de los servicios y la integración de los mercados en el sector financiero hacen que los intercambios intracomunitarios sean cada vez más sensibles a las distorsiones de la competencia. Es evidente que una ayuda a un banco internacional como CL, que suministra préstamos y otros recursos financieros a las empresas que compiten en los mercados internacionales y que ofrece servicios financieros en competencia con otras entidades europeas de crédito, al tiempo que extiende su actividad por el extranjero a través de su red de agencias fuera del territorio francés, puede distorsionar los intercambios intracomunitarios».

¹⁴⁴ EVANS, A.: *EC law...*, op. cit., p. 97.

¹⁴⁵ Philip Morris Holland BV c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671.

Estados miembros, siempre que gracias a una ayuda una empresa esté en disposición de desanimar las importaciones comunitarias por reducir los costes sus productos o por la creación de una unidad de producción destinada a sustituir las importaciones. Tal es el caso de las ayudas que en los sectores que sufren sobrecapacidad favorecen la extensión de capacidades de producción nacional y perjudican a los competidores extranjeros.

Para Baudenbacher¹⁴⁶ debe existir también una relación causal entre la ayuda y la afectación del comercio. En el caso de ayudas a la importación o a la exportación, ese nexo resulta evidente; sin embargo, cuando se trata de otras formas de ayudas, como las ayudas en I+D, para racionalización o ayudas a los consumidores, no resulta tan fácil apreciarlo.

Pues bien, como resalta Kovar¹⁴⁷, estas consideraciones son perfectamente aplicables a las ayudas en forma de participación en el capital de aquellas empresas cuyas dificultades financieras harían poco probable que hubieran podido obtener los fondos necesarios en el mercado de capitales.

De acuerdo con la práctica constante de la Comisión, el mantenimiento artificial a la actividad de una empresa es susceptible de afectar el comercio entre Estados miembros. La Comisión aporta múltiples razones en este sentido. En primer lugar, la ayuda tiene siempre como consecuencia exportar las dificultades industriales y el paro hacia otros Estados miembros, con el riesgo de suscitar contramedidas, siempre perjudiciales¹⁴⁸, especialmente cuando se persigue la creación e integración de un mercado interior, que es como sabemos, uno de los objetivos¹⁴⁹.

¹⁴⁶ BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., p. 26. Para este autor, se trataría de un verdadero un prerrequisito, ya que entiende que es preciso que existieran relaciones comerciales entre los Estados miembros sobre el producto o servicio de que se trate en el momento en que la ayuda se otorgue, pues el requisito del comercio interestatal no se cumple si no hay mercado para el producto por las razones que sean o si incluso se prevé que con la ayuda el comercio no exista en el futuro.

¹⁴⁷ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 132.

¹⁴⁸ El «*Aid War Risky*», al que alude EVANS (*EC Law...*, op. cit., pp. 89 a 91).

¹⁴⁹ En este sentido, añade KOVAR («*Les prises...*», op. cit., p. 132) que se constata que

Estas conclusiones permiten a la Comisión considerar que, si una ayuda, en particular una aportación de capital público, permite la supervivencia artificial de una empresa alterando las corrientes de intercambios que sin ella se producirían, afecta «por naturaleza» los intercambios comunitarios, sin que sea preciso analizar la situación concreta de la empresa beneficiaria ni los flujos comerciales reales.

Tal interpretación¹⁵⁰ encontraría su apoyo, a juicio de algunos autores, en la propia evolución de la jurisprudencia comunitaria. En efecto, como destaca Biancarelli¹⁵¹, el Tribunal afirmaba en sus primeras sentencias¹⁵² que para apreciar si una ayuda afectaba a los intercambios comerciales entre Estados miembros y falseaba o amenaza falsear la competencia era necesario considerar todos los elementos de derecho y de hecho de dicha ayuda y especialmente si no existía un desequilibrio entre las cargas soportadas por la empresa beneficiaria y los beneficios resultantes de su otorgamiento; por el contrario, la jurisprudencia

las empresas en dificultades que son sostenidas por medio de inyecciones de capital público pertenecen, por lo general, a sectores que sufren exceso de producción, por lo que la Comisión estima que la desaparición de la capacidad de producción de dichas empresas, que logran mantenerse en activo gracias a la participación financiera del Estado, permitiría que las empresas rentables mejoraran sus expectativas. A este respecto, vid. también MATTERA, A.: *El Mercado...*, op. cit., p. 68.

¹⁵⁰ Como expone RODRÍGUEZ CUIEL, J. W. (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 84 y nota 170), la Comisión ha expresado el procedimiento que utiliza para determinar si existe afectación de los intercambios (incluyendo la competencia potencial), describiéndolo en el XIV IPC 1984 (apartado 201) en los siguientes términos: «(t)ener en cuenta en primer término los flujos comerciales manifestados por las estadísticas disponibles; esta primera aproximación no es, sin embargo, limitativa y la afectación de los intercambios entre Estados miembros puede resultar, por ejemplo, de una ayuda que tenga efectos proteccionistas, especialmente cuando la producción de una empresa que sobrevive artificialmente sustituye a los flujos de intercambios que tendrían lugar en su ausencia; para no quedar reducida a una aproximación puramente estadística o retrospectiva, la afectación de los intercambios debe ser analizada teniendo en cuenta la competencia potencial cuyos efectos sobre los flujos de intercambios sean razonablemente previsibles». En el mismo sentido, vid., del mismo autor, en «Las ayudas públicas...», op. cit., p. 142 y nota 47 añadiendo la referencia la Decisión de 30 de abril de 1996, relativa a las ayudas concedidas por Italia al sector del calzado (DOCE L 231, de 12.9.1996, pp. 23 y 29).

¹⁵¹ BIANCARELLI, J.: «Le contrôle...», op. cit., p. 421.

¹⁵² STJCE de 25 de junio de 1970, República francesa c. Comisión, asunto 47/69, Rec. 487.

posterior, a partir de la sentencia *Philip Morris*¹⁵³, consagra una cuasi-presunción general, difícilmente rebatible, conforme a la cual el comercio intracomunitario se encuentra afectado «siempre que una ayuda financiera, acordada por el Estado, refuerce la posición de una empresa con relación a otras empresas competidoras, en los intercambios intracomunitarios»¹⁵⁴.

La existencia de esta presunción, al menos en su formulación más radical, no es, sin embargo, unánime en la doctrina¹⁵⁵. Algunos autores tienden a interpretar esta sentencia de una manera más relativa, en el sentido de que el Tribunal no estaría dispuesto a seguir la vía trazada por la Comisión y no descartaría los motivos alegados en contra de la motivación de su Decisión, que había tenido también en cuenta la fuerte orientación de la empresa hacia el comercio internacional¹⁵⁶.

En esta línea y de acuerdo con la jurisprudencia posterior a la Sentencia *Philip Morris*, es posible afirmar que la Comisión no se encuentra, no obstante, liberada de la obligación de motivar su decisión, por la que, como ha reconocido el Tribunal de Justicia¹⁵⁷, no puede limi-

¹⁵³ STJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris Holland BV c. Comisión*, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671.

¹⁵⁴ Biancarelli («Le contrôle...», op. cit., p. 421) cita al respecto la STJCE de 24 de febrero de 1987, *Deufil GmbH und C^o. KG c. Comisión* (Asunto 310/85, Rec. 1987, p. 901), en la que Tribunal de Justicia consideró que la ayuda en cuestión, por naturaleza afectaba los intercambios y falseaba o amenazar con falsear la competencia en la medida en que existía una viva competencia entre los productores comunitarios en el mercado considerado y por el hecho de que, aunque la tasa de utilización de las capacidades había mejorado, era debido esencialmente al desmantelamiento de las capacidades de producción comunitarias, ya que el nivel de producción no había variado. Por otro lado, la capacidad existente permanecía completamente desproporcionada con respecto a la demanda para los productos de referencia.

¹⁵⁵ MATTERA (*El Mercado...*, op. cit., p. 68) cita al respecto la Sentencia *Intermills* (STJCE de 14 de noviembre de 1984, *SA Intermills c. Comisión*, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 3809), en la que el Tribunal anularía la decisión de la Comisión al no considerar suficientemente motivada la afectación de los intercambios intracomunitarios.

¹⁵⁶ En este sentido, Kovar («Les prises...», op. cit., pp. 132 y 133) destaca que el Tribunal de Justicia suscribió los motivos que habían convencido a la Comisión a considerar que una ayuda a las inversiones afecta por naturaleza el comercio entre los Estados miembros.

¹⁵⁷ Vid. STJCE de 13 de marzo de 1985, *Reino de los Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek B.V. c. Comisión*, Rec. 1985, p. 809, apartado 23; STJCE de 24 de

tarse a reproducir el texto del apartado 1 del artículo 87 CE¹⁵⁸. La cuantía relativamente reducida de la ayuda o el pequeño tamaño de la empresa beneficiaria no permiten excluir *a priori* la posibilidad de que se vean afectados los intercambios comerciales intracomunitarios «cuando el sector en el que la empresa opera se caracteriza por una fuerte competencia»¹⁵⁹.

3.2.2. *El falseamiento de la competencia*

Para que una ayuda sea incompatible con el mercado común a los efectos del apartado 1 del artículo 87 CE es preciso, además, que *falsee*

octubre de 1996, República Federal de Alemania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG c. Comisión, asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Rec. 1996, p. I-5151, apartado 52; STJCE de 19 de octubre de 2000, República italiana y Sardegna Lines-Serviczi Maritimi della Sarfegna, SpA c. Comisión, asuntos acumulados C-15/98 y C-105/99, Rec. 2000, p. I-8855, apartado 66.

¹⁵⁸ Cfr. En estas condiciones, incluso una ayuda destinada al consumo puede afectar a los intercambios comerciales si su importe varía en función del origen nacional o extranjero del producto cuya adquisición se pretende favorecer con la ayuda. En este sentido, vid. WELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 465 y 466, con sus correspondientes notas. A pesar de lo cual pueden verse argumentaciones extremadamente lacónicas en decisiones tan importantes como la que incluye la Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73), en la que la Comisión se limita a señalar que «(d)ado el carácter internacional del sector de la aviación civil, la ayuda afecta al comercio entre los países del EEE», o en la Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994, p. 22), en la que la Comisión se limita a señalar al respecto que «(l)as diferentes categorías de ayudas anteriormente examinadas, concedidas directamente por el Estado griego, afectan a los intercambios entre los Estados miembros desde el momento en que se dirigen a una sociedad cuya actividad de transporte, que por su naturaleza está directamente relacionado con los intercambios, cubre todo el mercado común». En otras decisiones, sin embargo, la fundamentación de la Comisión es más expresiva y amplia, así, por ejemplo, la Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386 de 31.12.1994, p. 1, apartado VI).

¹⁵⁹ STPI de 30 de abril de 1998, Het Vlaamse Gewest (Región de Flandes) c. Comisión, asunto T-214/95, Rec. 1998, p. II-0717, apartados 48 a 53. En el mismo sentido, vid. también la STPI de 28 de enero de 1999, Bretagne Angleterre Irlande (B.A.I.) c. Comisión, asunto T-14/96, Rec. 1999, p. II-139, apartado 77 y STPI de 4 de abril de 2001, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c. Comisión, asunto T-288/97, pendiente de publicación, apartado 44.

o amenace falsear la competencia. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han mantenido una noción amplia de este requisito¹⁶⁰.

La competencia se encuentra falseada en la medida en que la intervención financiera de los poderes públicos modifique de manera unilateral los costes de producción en beneficio de una empresa o sector y refuerce su posición en relación con otras empresas competidoras en los intercambios intracomunitarios¹⁶¹.

Para apreciar si existe una distorsión de la competencia, tal como exige el artículo 87.1 CE la Comisión no debe fijarse únicamente en los efectos directos e inmediatos de la ayuda ni en la posición en el mercado de la beneficiaria, sino que debe tener en cuenta los efectos sobre los potenciales competidores de la empresa, los posibles compradores y proveedores, así como los *efectos descendentes* (*downstreams effects*) sobre la competencia, en relación con las empresas que compran bienes a la empresa ayudada o los efectos de la ayuda en la producción de materias primas y/o en el coste y en el margen de beneficios del producto final¹⁶².

¹⁶⁰ En este sentido y por todos, vid. ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 155. Este autor destaca, además, como numerosos autores sostienen que las ayudas estatales distorsionan la competencia casi de forma automática en la medida en que, con carácter general, alteran el equilibrio entre oferta y demanda y la información sobre los costes y oportunidades de beneficios.

¹⁶¹ Cfr. STJCE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris Holland BV c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671, y KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 129. Como destaca KEPPENE (*Guide...*, op. cit., p. 120, nota 409), en esta sentencia el Tribunal rechazó explícitamente trasladar al campo de las ayudas estatales el análisis de la extensión y la estructura del mercado que exige en el caso de los artículos 81 y 82 CE.

¹⁶² En particular, se debe tener en cuenta los beneficios indirectos para la empresa que es en la práctica la única compradora de los productos de la empresa ayudada. Del mismo modo, en sentido ascendente debe tenerse en cuenta cuando la ayuda afecta a la competencia entre proveedores de la beneficiaria. Como apunta EVANS (*EC Law...*, op. cit., p. 80), la teoría económica del *second best* puede ser relevante para la determinación que efectúa la Comisión. De acuerdo con esta teoría, una distorsión de la competencia reduce el bienestar porque es el resultado de un cambio de los recursos disponibles para los bienes, desde un punto de vista social, menos deseable. Si hubiera una única distorsión de la competencia, esta teoría sostiene que remover esta alteración de la competencia produciría el bienestar. Si, por el contrario, hay más de una distorsión de la competencia, reconducir solamente una de las distorsiones no aportaría necesariamente el bienestar: su cambio puede significar que se incremente la inadecuada asignación de

La intervención del Estado falsea la competencia cuando modifica artificialmente las condiciones de competencia en relación con las demás empresas que no se benefician de la ayuda y es el resultado de la ventaja aportada a una o a varias empresas por la asistencia selectiva de las autoridades públicas¹⁶³.

La Comisión, por su parte, partiendo del argumento de que toda ayuda distorsiona siempre la competencia, consideró en un principio que no era preciso probar la afectación actual de la competencia. Este criterio fue, sin embargo, tempranamente rechazado por la jurisprudencia¹⁶⁴ quien consideró necesario acreditar que la ayuda reforzaba la posición competitiva de la empresa beneficiaria, sin que sea suficiente la mera constatación de esta circunstancia, exigiéndole al menos que especifique las circunstancias que le llevan a tal conclusión¹⁶⁵.

La alteración de la competencia es, en consecuencia, como destaca Kovar¹⁶⁶, una noción objetiva¹⁶⁷, lo que implica que no es necesario que

recursos resultantes de las distorsiones que permanecen. En otras palabras, el efecto de la parcial eliminación de las distorsiones puede reducir el bienestar general. En estas circunstancias, como en el caso de otras imperfecciones del mercado, como las externalidades o las economías de escala, la ayuda puede en teoría restaurar la eficiencia e incrementar el bienestar. La competencia requiere una eficiente asignación de recursos, la ayuda puede simplemente suplir la ineficiente asignación de estos recursos asociada con los fallos del mercado y no considerarse como una distorsión de la competencia, por lo que, como precisa este autor, es necesario distinguir entre las ayudas destinadas a corregir fallos del mercado y las ayudas que simplemente incrementan la distorsión de la competencia. La preferencia de la Comisión es, sin embargo en general y salvo algunos casos concretos citados por este autor, la eliminación de todas las distorsiones de la competencia. Cfr. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 79 y 80.

¹⁶³ Vid. las conclusiones del Abogado General CAPOTORTI en la Sentencia *Philip Morris*.

¹⁶⁴ STJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris Holland BV c. Comisión*, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671 y HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 36.

¹⁶⁵ STJCE de 13 de marzo de 1985, Reino de los Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek BV c. Comisión, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 809.

¹⁶⁶ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit., p. 129.

¹⁶⁷ En este sentido, EVANS y MARTIN («Socially Acceptable Distortion of Competition Community Policy on State Aid», en *ELR*, n° 16, 1991, pp. 79-111, en particular p. 85) señalan que, por definición y por la expresión utilizada en el artículo 87.1 CE, que solamente sanciona la incompatibilidad de las ayudas que favorezcan a determinadas

dicho falseamiento sea querido por el otorgante de la ayuda, sino que es suficiente con que sea una consecuencia razonablemente previsible de la ayuda.

No es necesario, sin embargo, que la ayuda afecte a la competencia actual, sino que es suficiente su aptitud para afectarla potencialmente, obstaculizando la posible entrada de nuevos competidores en el mercado donde está presente la empresa beneficiada¹⁶⁸, lo cual es coherente con el sistema de notificación previa consagrado en el apartado 3 del artículo 88 CE¹⁶⁹.

La noción de competencia, en el sentido del art 87.1 CE se extiende también, a la competencia de sustitución. Asimismo, la incidencia de

empresas o la producción de ciertos productos, la ayuda incrementa la competitividad del beneficiario, lo que prácticamente la convierte en un *per se rule*: si se otorga una ayuda, la conclusión de que ésta afecta a la competencia es prácticamente automática. Por su parte, KOBIA expresa claramente que en la práctica tan pronto como hay una ayuda, la Comisión presume que se cumple esta condición si la empresa beneficiaria está en competencia con otras en la Comunidad.

¹⁶⁸ Vid. WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 461). Por su parte la simple amenaza de que la competencia pueda ser falseada es suficiente, lo que, como subraya KOBIA («Introduction to the Law...», op. cit., p. 3), es lógico porque las ayudas nuevas están supeditadas a su previa aprobación por la Comisión. A este respecto, RODRÍGUEZ CURIEL («Las ayudas públicas...», op. cit., p. 101) subraya el hecho de que la jurisprudencia se ha cuidado de precisar que la valoración ha de hacerse a partir de la situación de competencia existente sobre el mercado común antes de que la medida litigiosa sea adoptada (Cfr. STJCE de 2 de julio de 1974, asuntos 173/73, Rec. p. 709, apartado 36) y que los efectos de varias distorsiones de la competencia sobre los intercambios intracomunitarios no se neutralizan mutuamente, sino que, por el contrario, tienen efecto acumulativo, por lo que la violación por un Estado miembro del artículo 92 no justifica la violación por otros Estados de dicho precepto (Cfr. STJCE de 22 de marzo de 1977, Steynike & Weinlig c. República Federal de Alemania, asunto 78/76, Rec. p. 595, apartado 24).

¹⁶⁹ La Comisión no está obligada a demostrar el efecto real que las ayudas ilícitas hayan tenido sobre la competencia y sobre los intercambios entre Estados miembros, ya que «si tuviera que demostrar en su Decisión el efecto real de las ayudas ya otorgadas, se favorecería a los Estados miembros que conceden ayudas incumpliendo el deber de notificación que impone el artículo 93, apartado 3, del Tratado, en detrimento de los que las notifican en fase de proyecto (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 1998, Vlaams Gewest/Comisión, T-214/95, Rec. p. II-717, apartado 67). Esta jurisprudencia se ve, además, respaldada por el tenor del artículo 92, apartado 1, del Tratado, según el cual serán incompatibles con el mercado común no solamente las ayudas que «falseen» la competencia, sino también aquellas que ‘amenacen’ falsearla». En este sentido, STPI de 30 de enero de 2002, Keller, SpA. y Keller Meccanica SpA c. Comisión, asunto T-35/99, apartado 88, pendiente de publicación.

la ayuda en la competencia puede localizarse en un mercado distinto de aquel en el que opere la empresa que la atribuya¹⁷⁰.

Por su parte, la Comisión ha considerado que «(...) en la medida en que las ayudas conduzcan a las empresas a elegir otra ubicación o a permanecer en un lugar determinado, hay que considerar este hecho como una distorsión de la competencia con arreglo al apartado 1 del artículo 92, ya que el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común (letra f, del artículo 3 del Tratado) también implica que las empresas decidan su emplazamiento de manera autónoma, sin que estén, por tanto, influidas o alentadas por las ayudas»¹⁷¹.

Es preciso igualmente que el falseamiento de la competencia afecte al mercado comunitario¹⁷². Esta cuestión fue objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en el caso *Tubemeuse*¹⁷³, en el que las autoridades belgas rebatían el criterio mantenido por la Comisión¹⁷⁴ de que su intervención financiera en el capital de la compañía constituía una ayuda

¹⁷⁰ Cfr. Decisión de 2 de mayo de 1979, a propósito de la bonificación de intereses para la compra de material *offshore* sobre la plataforma continental británica (DOCE L 127, 24.5.1979, p. 30). En este punto se observa también un paralelismo con los artículos 81 y 82 CE. Cfr. STJCE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation c. Comisión*, asuntos acumulados 6 y 7/73, Rec. 1974, p. 223.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Las ayudas públicas...», op. cit., p. 101 y nota 37). El texto reproducido por el autor procede de la Decisión de 18 de julio de 1990, relativa a las ayudas concedidas por la Ciudad de Hamburgo (DOCE L 215, de 2.8.1991, en particular, p. 4), que fue anulada por la STJCE de 13 de abril de 1994 (*República Federal de Alemania y Pleuger Worthington GmbH c. Comisión*, asuntos acumulados C-324/90 y 342/90, Rec. p. I-1.197), en la que, sin embargo, como destaca este autor, no se revisó la consideración transcrita.

¹⁷² A juicio de KOVAR («Les prises...», op. cit., p. 129), quien sigue en este punto a MATTERA (*El Mercado...*, op. cit., p. 58), aunque esta exigencia no se desprenda con tanta claridad del artículo 87 CE como de los artículos 81 y 82 CE, deriva, al igual que en aquéllos, de la propia lógica interna del Derecho comunitario de la Competencia, del que el control de las ayudas estatales forma parte.

¹⁷³ STJCE de 21 de marzo de 1990, *Reino de Bélgica c. Comisión*, asunto C-142/87, Rec. 1990, p. I-959, apartados 31 a 44. Vid. también las conclusiones del Abogado General TESAURO presentadas el 19 de septiembre de 1989, apartados 26 a 30.

¹⁷⁴ Decisión de 4 de febrero de 1987, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de una empresa de tubos de acero (*Tubemeuse*) (DOCE L 227, de 14.8.1987, p. 45).

de Estado, aduciendo que la empresa beneficiaria exportaba el 90% de su producción hacia países que no pertenecían a la Comunidad. Para el Tribunal, no obstante, si bien, el mercado comunitario continuaba ofreciendo salida a los producción de tubos soldados de la Comunidad, el mercado mundial sufría una profunda crisis causada por un exceso de producción, por lo que era razonable pensar, como había hecho la Comisión, que los productores comunitarios se verían obligados a reorientar su producción hacia el mercado europeo, que de esa manera se vería afectado.

Como apunta Kovar¹⁷⁵, esta sentencia vino a confirmar la exigencia de que la alteración de la competencia, desde la perspectiva del artículo 87 CE, estuviera localizada en el interior de la Comunidad y ponía igualmente en guardia contra una interpretación demasiado simplista de esta condición¹⁷⁶, ya que la exportación de una parte de la producción de la empresa afectada hacia terceros países no es más que una circunstancia, entre otras, que debe ser apreciada a este objeto¹⁷⁷.

No se puede olvidar tampoco, como destacó el Abogado General Cosmas, en sus conclusiones presentadas el 13 de mayo de 1997, en el

¹⁷⁵ KOVAR, R.: «Les prises...», op. cit. p. 129.

¹⁷⁶ En este sentido, subraya KOVAR («Les prises...», op. cit., p. 129) el paralelismo con la interpretación que había sostenido el Tribunal en relación con la aplicación del artículo 86 Tratado CE (hoy 82 CE) en el asunto *Zaja* (STJCE de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico SpA y Commercial Solvents Corp. c. Comisión, asunto 6 y 7/73, Rec. 1974, p. 223), en la que había observado que «teniendo en cuenta la interdependencia de los mercados sobre los que operan las empresas comunitarias, no es posible excluir que una ayuda pueda falsear la competencia intracomunitaria, aunque la empresa beneficiaria exporte la casi totalidad de su producción fuera de la CE».

¹⁷⁷ En este sentido, vid. el apartado 35 de la ya mencionada Sentencia Tubemeuse. Un caso particular es el del transporte aéreo, donde el falseamiento de la competencia se plantea de manera especial en relación con las rutas a países situados fuera del EEE. Vid a este respecto, con carácter general, Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la suscripción por CDC-Participations de obligaciones emitidas por Air France (DOCE L 258, de 6.10.1994, pp. 26 a 36; Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73; Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994, p. 22) y STPI de 25 de junio de 1998, British Airways PLC y otros c/ Comisión Europea y otros, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, Rec. 1998, p. II-2405, Apartados 271 a 277.

caso *Tiercé Ladbroke SA c. Comisión*¹⁷⁸, que mediante la prohibición enunciada en el artículo 87 CE el Tratado intenta evitar cualquier peligro de alteración de la competencia, tanto si procede del interior del mercado del Estado miembro que haya otorgado una ayuda ilegal como si se presenta fuera de dicho mercado; en consecuencia, el ámbito de aplicación de dicho artículo comprende el falseamiento de la competencia en detrimento de una empresa belga por el reforzamiento indirecto e ilegal de la posición ocupada en el mercado belga por otra sociedad también belga, cuando el fortalecimiento de esta última resulte del trato fiscal más favorable concedido por Francia a dicha sociedad en el mercado francés en relación con otras sociedades que operan en dicho mercado¹⁷⁹.

Para que pueda apreciarse la afectación de la competencia no es preciso el exceso de capacidad en el sector en el que opere la empresa beneficiaria¹⁸⁰. Las ayudas destinadas al salvamento o reestructuración de empresas en crisis, en la medida en que impidan o retrasen el proceso de adaptación estructural de las empresas afectan por su propia naturaleza a la competencia¹⁸¹.

Por el contrario, como sistematiza Keppenne¹⁸², no falsean la competencia las infraestructuras que respondan al interés general y no al particular de determinadas empresas, las ayudas a la formación destinadas a una empresa concreta pero que se destinen a actividades de «formación general»¹⁸³, las ayudas destinadas a atender necesidades que

¹⁷⁸ Asunto C-353/95 P. Rec 1997, p. I-7007, apartado 26. Sobre este asunto el Tribunal de Justicia dictaría sentencia de fecha 9 de diciembre de 1997.

¹⁷⁹ Sobre esta cuestión, vid. KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 124, nota 428.

¹⁸⁰ Cfr. STJCE de 8 de mayo de 1988, *Executif Regional Wallon y SA Glaverbel c. Comisión*, asuntos acumulados 62/87 y 72/87, Rec 1988, p. 1573, apartado 13 y STJCE de 13 de julio de 1988, *República francesa c. Comisión*, asunto 102/87, Rec. 1988, p. 4067, apartado 19.

¹⁸¹ En este sentido, vid. apartado 13 de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2).

¹⁸² KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 122 a 124.

¹⁸³ En relación con los conceptos de formación general y específica, vid. artículo 1 (definiciones), apartados d y e del Reglamento (CE) n° 68/2001 de la Comisión, de 12 de

la empresa no hubiera atendido y que no afectan a su posición en el mercado o las medidas que favorecen por igual a todas las empresas de la Comunidad que están en competencia.

Como consecuencia de esta amplia interpretación del requisito de la afectación de la competencia, en la práctica, tan pronto como se acredita la existencia de una ayuda, si la empresa beneficiaria está en competencia con otras en la CE¹⁸⁴, la Comisión presume que se cumple esta condición, a menos que concurran circunstancias excepcionales, tales como la total ausencia en el mercado común de productos similares o que puedan sustituir a los producidos por la empresa beneficiaria de la ayuda¹⁸⁵.

3.3. *Las ayudas de importancia menor y la regla de minimis*¹⁸⁶

A pesar del automatismo con el que la Comisión ha venido apreciando la afectación de la competencia y los intercambios intracomunitarios cualquiera que sea la cuantía de la ayuda concedida, se ha

enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas a la formación (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 20).

¹⁸⁴ Como apunta KEPPENE (*Guide...*, op. cit., pp. 136 y 137), la ausencia de comercio intracomunitario reduce muy sensiblemente las actividades que quedan excluidas del juego de esta presunción, atendiendo a su escasa cuantía (ayudas de importancia menor o sujetas a la regla *de minimis*, a la que nos referiremos *infra* o las que se desarrollen en un ámbito local. A este respecto, como recuerda este autor, la Comisión ha procedido a la sistematización de las actividades locales en el Encuadramiento sobre ayudas de Estado a empresas en zonas urbanas desfavorecidas (DOCE C 281, de 26.9.1996, p. 3, punto 11) cuyo anexo I, elaborado de acuerdo con el código NACE, conforme al que se excluyen, entre otros, la construcción, el comercio y la reparación de automóviles, etc.

¹⁸⁵ Sólo excepcionalmente una ayuda escapará de esta previsión. Por ejemplo, la ayuda al único proveedor de servicios de tecnología informática, porque no había otras empresas en la Comunidad que pudieran prestar ese servicio o que estuvieran en disposición de hacerlo. Las ayudas a la prensa también fueron consideradas excluidas del artículo 87 CE porque no había una «*competencia real*» entre los periódicos publicados en distintos Estados miembros; sin embargo, tal conclusión presupone que no hay competencia con productos similares y tal determinación puede resultar problemática. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 91.

¹⁸⁶ Expresión que abrevia el aforismo latino *de minimis non curat praetor*. Cfr. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «Notificación y control...», op. cit., pp. 27 a 56, en particular p. 35, nota 20.

mitigado en la práctica a causa de la carga de trabajo que su aplicación rigurosa supondría para las instituciones comunitarias. En consecuencia, se ha planteado la posibilidad de determinar un umbral preciso para apreciar la existencia de una distorsión de la competencia¹⁸⁷.

Como subraya Kovar¹⁸⁸, el Derecho comunitario de la competencia no se interesa más que por las prácticas que la restringen de manera sensible¹⁸⁹, por lo que sólo las ayudas que la falseasen de manera significativa entrarían en su campo de aplicación¹⁹⁰. Siguiendo esta línea argumental, la propia Comisión ha reconocido la noción de «ayuda de importancia menor»¹⁹¹, admitiendo que «en principio no planteará objeciones en lo que respecta a las ayudas de importancia menor notificadas conforme al artículo 93.3 Tratado CE»¹⁹².

¹⁸⁷ Cfr. XIV IPC 1984, apartado 203.

¹⁸⁸ KOVAR, R., «Les prises...», op. cit., p. 130 con sus correspondientes notas.

¹⁸⁹ La noción de *seuil de sensibilité* (*umbral de sensibilidad*) ha sido consagrada por la jurisprudencia a propósito del artículo 85 del Tratado CE (artículo 81 CE), en la Sentencia Völk-Vervaecke, STJCE 9 de julio 1969, Frank Völk c. SPRL Ets. J. Vervaecke, asunto 5/69, Rec. 1969, p. 77.

¹⁹⁰ Como destaca CHÉROT (*Les aides...*, op. cit., pp. 27 y ss.), la afectación sensible es una condición clásica de la aplicación del Derecho de la competencia comunitario a las empresas.

¹⁹¹ Acerca de esta figura, a la que apenas se refiere la actual doctrina, vid. ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 185 y 186.

¹⁹² Cfr. Comunicación de la Comisión sobre notificación de regímenes de ayuda de menor importancia (DOCE C 40, de 20.2.1990, p. 2) y Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre el procedimiento de acelerado de aprobación de los planes de ayuda a las PYMES y de modificaciones de planes vigentes (DOCE C 213, de 19.8.1992, p. 10). Como se deduce de la lectura de la primera de estas comunicaciones, que hoy podemos considerar implícitamente derogada, si bien reconoce la existencia de *ayudas de menor importancia*, no exime a los otorgantes de éstas del deber de notificación, a diferencia de lo que ocurre con los llamados «acuerdos de importancia menor», en relación con la aplicación de la prohibición del artículo 85.1 Tratado CE. La Comisión adoptó en 1970 (DOCE C 64, de 2.6.1970) una Comunicación sobre los acuerdos de menor importancia, es decir, aquéllos que no tienen repercusiones significativas ni sobre la competencia ni sobre los intercambios intracomunitarios y que, por consiguiente, no entran en el ámbito de aplicación de las disposiciones del apartado 1 del artículo 81 CE, que prohíbe los acuerdos entre empresas. Este texto ha sido objeto de revisiones sucesivas en 1977 (DOCE C 313, de 29.12.1977), en 1986 (DOCE C 231, de 12.9.1986) y en 1994 (DOCE C 368, de 23.12.1994). Recientemente ha sido sustituida por la Comisión, que adoptó el 15 de octubre de 1997 (DOCE C 372, de 9.12.1997, p. 4)

La tesis que propugna la aplicación a las ayudas de Estado del criterio de la afectación sensible de la competencia, a pesar de ser sostenido por la propia Comisión y por algunos autores, no ha sido reconocida formalmente por la jurisprudencia¹⁹³, que requiere un análisis de mercado¹⁹⁴, tanto geográfico como de producto, que se lleva a cabo, no obstante, de una manera más superficial que en materia antitrust¹⁹⁵. Como subrayan Waelbroeck y Frignani¹⁹⁶, de acuerdo con la jurisprudencia

una nueva Comunicación al respecto, la cual persigue un triple objetivo: aclarar su interpretación del concepto de acuerdo de menor importancia, flexibilizar los trámites administrativos garantizando al mismo tiempo la seguridad jurídica para las empresas y, en consecuencia, mejorar la eficacia del control concentrando las energías en los asuntos que tengan repercusiones reales sobre el mercado interior. Un comentario de esta comunicación puede verse en GARCÍA CACHAFEIRO, F.: «La nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia», en *ADI*, n.º XVIII, 1997, Santiago de Compostela, 1998, pp. 1023 a 1030. Procede destacar que la Comisión se refiere también a esta fuente como comunicación *de minimis*. Cfr. XXVII IPC 1997. SEC (97) 636, apartado 36. En relación con los acuerdos de importancia menor y con las sucesivas comunicaciones de la Comisión pueden verse: BELLAMY, CH., CHILD, G.: *Derecho de la competencia...*, op. cit., pp. 165 a 167; BROBERG, M. P.: «The *Minimis* Notice», en *ELR*, vol 20, n.º 4, august, 1995, pp. 371 a 387; KORAH, V.: *An Introduction Guide to EC Competition Law and Policy*, 7ª ed., Hartt Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, pp. 67 a 69.

¹⁹³ El rechazo a admitir este criterio se ha producido tanto por el propio Tribunal como por diversos abogados generales intervinientes ante el mismo. Así, como recuerda KOBIA («Introduction...», op. cit., p. 3) en el caso Philip Morris (*leading case of the topic*), el Abogado General Capotorti defendió la posición de que cualquier ayuda, independientemente de su importe, tenía un efecto distorsionador sobre la competencia. A propósito de esta cuestión y para un análisis detallado de la jurisprudencia vid. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 99 a 103, y CHÉROT, J. Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 27 y ss.).

¹⁹⁴ KOBIA (op. cit., p. 3) cita al respecto los asuntos *Intermills* y *Leeuwarden* en los 80.

¹⁹⁵ Este criterio se ve confirmado, como subrayan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 37), por la Comunicación de la Comisión sobre la definición del mercado relevante en el Derecho comunitario de la competencia (DOCE C 372, de 9.12.1997, p. 5). Un comentario de esta comunicación puede verse en BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: «La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de la competencia. Análisis de la comunicación de la Comisión», en *GJ*, B-129, diciembre, 1997, pp. 5 a 12. Acerca de la definición de mercado relevante en el ámbito del Derecho antitrust, vid. FERNÁNDEZ-NOVOA, C.: «Significado y delimitación del mercado relevante», en *ADI*, n.º 6, 1979-1980, pp. 247 a 261; FONT GALÁN, J. I.: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1986, pp. 162 y ss.; TOBÍO RIVAS, A.: *La amortización de medidas limitativas de la competencia*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 350 y ss.

¹⁹⁶ WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 462.

*Boussac*¹⁹⁷, en el caso de las ayudas nuevas que hubieran sido concedidas sin que se hubiera realizado la notificación requerida por el apartado 3 del artículo 88 CE, la Comisión no estará obligada a demostrar su efecto real sobre la competencia, puesto que admitir lo contrario conduciría a favorecer a los Estados miembros que conceden las ayudas infringiendo el deber de notificación previa, en detrimento de los que las notifican en fase de proyecto.

La Comisión ha admitido también, a partir de 1992¹⁹⁸ y a pesar de la constante oposición de la jurisprudencia¹⁹⁹, la existencia en el ámbito de las ayudas estatales de la regla *de minimis* como un umbral mínimo por debajo del cual puede considerarse inaplicable el apartado 1 del artículo 87 CE, considerando que el falseamiento de la competencia y la afectación del comercio intracomunitario sería escaso. En consecuencia, y a diferencia de lo que sucede con las ayudas de importancia menor, las ayudas acogidas a la regla *de minimis*²⁰⁰ quedan exentas de la obligación de notificación previa establecida en el apartado 3 del artículo 88 CE²⁰¹.

¹⁹⁷ STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c. Comisión, asunto C-301/87, Rec. 1990, p. I-307, apartado 33.

¹⁹⁸ Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado a las pequeñas y medianas empresas, punto 3.2 (DOCE C 213 de 19.8.1992, p. 2). Dicha regla sería modificada por la Comunicación de la Comisión a propósito de la regla *de minimis* (DOCE C 68, de 6.3.1996, p. 6), al comprobarse en la práctica que, como expone la propia Comisión, «por una parte, la norma no cubría ciertas ayudas que, a todas luces, no amenazan falsear la competencia ni los intercambios comerciales entre Estados miembros de forma apreciable y, por otra, el control de las condiciones asociadas a dicha norma podría resultar difícil, particularmente en el caso de acumulación con regímenes de ayudas aprobados por la Comisión».

¹⁹⁹ Como recuerdan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 39), la jurisprudencia ha mantenido de manera constante su oposición a esta regla en materia de ayudas estatales, al reconocer que la escasa cuantía de una ayuda o el pequeño tamaño de la empresa beneficiaria que la recibe no impide que el comercio intracomunitario se vea afectado por la misma.

²⁰⁰ A diferencia de las *ayudas de importancia menor*, a las que se ha hecho referencia con anterioridad, la regla *de minimis* establecida por la Comisión en materia de ayudas de Estado va a eximir de la obligación de notificación previa a las ayudas que reúnan determinados requisitos, aproximado su funcionamiento a la ya establecida desde 1970 en relación con la prohibición del artículo 81.1 CE.

²⁰¹ Téngase en cuenta lo expuesto en el apartado 2.2.1 del capítulo tercero de este trabajo, a propósito del Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998,

Su regulación se contiene en la actualidad en el Reglamento (CE) n° 69/2001 de la Comisión, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas *de minimis*²⁰², en el cual se codifica su regulación anterior²⁰³, recogida en una Comunicación de 1996²⁰⁴.

De acuerdo con esta normativa podrán acogerse a la regla *de minimis*²⁰⁵ las ayudas concedidas a las empresas en todos los sectores, con excepción de: a) el sector del transporte²⁰⁶ y las actividades relacionadas con la producción, transformación o comercialización de los productos que figuran en el anexo I del Tratado; b) las ayudas a las actividades relacionadas con la exportación, en especial, las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, las ayudas al establecimiento y la explotación de una red de distribución o las ayudas a otros gastos corrientes vinculados a la actividad exportadora; y c) las ayudas que dependan

sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DOCE L 142, de 14.5.1998, p. 1), que dota de base legal a su actual regulación.

²⁰² DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 30.

²⁰³ SINNAEVE, A.: «Les premières exemptions par catégorie en matière d'aides d'Etat», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 2001, pp. 22 a 28, especialmente p. 25.

²⁰⁴ DOCE C 68, de 6.3.1996, p. 6.

²⁰⁵ Artículo 1 del Reglamento n° 69/2001.

²⁰⁶ El alcance de esta excepción se ha planteado a propósito del recurso de anulación presentado por las autoridades españolas (Asunto C-409/00) contra la Decisión de 26 de julio de 2000, relativa al régimen de ayudas aplicado por España para la adquisición de vehículos industriales mediante el Convenio de colaboración de 26 de febrero de 1997 entre el Ministerio de Industria y Energía y el Instituto de Crédito Oficial (DOCE L 212 de 7.8.2001, p. 34), sobre el que el Abogado General STEGBERT ALBER, en sus conclusiones del 10 de septiembre de 2002, estima la pretensión española en favor de una interpretación restrictiva de la excepción que la regla *de minimis* establece para el transporte, que no debería comprender el transporte por cuenta propia, el denominado por la Ley 16/1987, de 30 julio, de Ordenación de los transportes terrestres (BOE, n° 182 de 31.7.1987) como «transporte privado complementario». El Tribunal de Justicia va a respaldar básicamente esta apreciación, considerando que la Comisión no podía negarse a examinar si, como alegaban las autoridades españolas, las ayudas concedidas a los no profesionales del transporte podían beneficiarse de la regla *de minimis*, cuya aplicación sólo queda excluida, según el propio tenor de las comunicaciones de la Comisión, en determinados sectores y para las ayudas a la exportación (Cfr. STJCE de 26 de septiembre de 2002, España c. Comisión, asunto C-351/98, apartado 50, pendiente de publicación).

de que se prime la utilización de productos nacionales en detrimento de los importados.

Conforme al artículo 2 del citado Reglamento, la ayuda total *de minimis* concedida a cualquier empresa no podrá exceder de 100.000 euros²⁰⁷ en un período de tres años²⁰⁸, aunque, este límite se aplicará independientemente de la forma de la ayuda²⁰⁹ o del objetivo perseguido. Por ello, como apunta Sinnaeve²¹⁰, esta regla no impide que el beneficiario pueda obtener otras ayudas estatales incluso para un mismo proyecto, puesto que las ayudas *de minimis* no están sujetas a las reglas sobre acumulación de ayudas en la medida en que no son propiamente ayudas estatales.

Como contrapartida y para asegurar la finalidad perseguida por esta regla, el reglamento consagra diversos mecanismos de control²¹¹. Así, cuando un Estado miembro conceda una ayuda *de minimis* a una empresa, deberá informarle de tal carácter y obtener de la misma información completa sobre toda ayuda *de minimis* recibida durante los tres años anteriores. El Estado miembro no podrá conceder la nueva ayuda *de minimis* hasta comprobar que no rebasaría el límite máximo establecido al respecto.

Como alternativa de este sistema de información previa, el reglamento prevé que el Estado miembro haya establecido un registro central de las ayudas *de minimis*, en el que se recoja la información completa sobre toda ayuda de esta naturaleza concedida por cualquier autoridad de dicho Estado miembro estará exento de recabar la información antes señalada, desde el momento en que dicho registro abar-

²⁰⁷ El límite máximo de la cuantía de esta ayuda se expresa como subvención en efectivo. Todas las cifras empleadas serán brutas, es decir, antes de cualquier deducción en concepto de fiscalidad directa.

²⁰⁸ Las ayudas que se reciban en varios plazos se actualizarán a su valor en el momento de la concesión. El tipo de interés que se habrá de emplear a efectos de actualización y con objeto de calcular el importe de ayuda de un préstamo con bonificación de intereses será el tipo de referencia aplicable en el momento de la concesión.

²⁰⁹ Cuando se conceda una ayuda de cualquier forma distinta a la subvención, el importe de la ayuda será el equivalente bruto de subvención de la misma.

²¹⁰ SINNAEVE, A.: «Les premiéres exemptions...», op. cit., p. 25.

²¹¹ Artículo 3.

que un período de tres años. Los Estados miembros deberán registrar y compilar toda la información relativa a la aplicación del presente reglamento; por su parte, estos registros deberán incluir toda la información necesaria para demostrar que se han cumplido las condiciones exigidas para la aplicación de esta regla.

Estos registros, además, deberán mantenerse durante diez años a partir de la fecha de concesión y los relativos a los regímenes de ayudas de *minimis* durante un período de diez años a partir de la fecha en que se concediese la última ayuda individual. Previa solicitud por escrito, el Estado miembro de que se trate deberá facilitar a la Comisión, en un plazo de veinte días hábiles o en el plazo superior que se establezca en la solicitud, toda la información que esta institución considere necesaria para determinar si se han cumplido las condiciones establecidas en el reglamento y especialmente el importe total de la ayuda de *minimis* recibida por cualquier empresa.

Capítulo VII

LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE INCOMPATIBILIDAD EN LOS CASOS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL

1. Las excepciones al régimen general de incompatibilidad

El hecho de que una determinada intervención financiera sea considerada *prima facie* como una ayuda estatal por reunir las condiciones enumeradas en el apartado 1 del artículo 87 CE no supone su automática prohibición. En efecto, la flexibilidad del sistema comunitario de control sobre las ayudas de Estado diseñado en el Tratado CE¹ reside precisamente en la autolimitación que supone establecer un amplio marco de excepciones que pueden determinar su compatibilidad y su subsiguiente autorización, aún a pesar de su posible otorgamiento ilegal².

¹ Al análisis de las diferencias entre el modelo diseñado en el Tratado CECA y en el Tratado CE nos hemos referido ya en el capítulo primero de este trabajo, concretamente, en su apartado 3.1.

² Como ya señalamos en el apartado 2.2.2.5 del capítulo tercero, la jurisprudencia consagró, a partir de la Sentencia *Boussac* (STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c. Comisión, asunto 301/87, Rec. 1990, p. I-0307), que la Comisión no podía prohibir las ayudas por razones exclusivamente formales, cuando las ayudas pudieran ser compatibles con el mercado común.

Además de las ayudas que el propio apartado 1 del artículo 87 CE excluye de su ámbito de aplicación, en virtud de la salvedad con que se inicia dicho precepto («salvo que el presente Tratado disponga otra cosa»)³, la regla general de incompatibilidad admite una serie de excepciones que se enuncian en los apartados 2 y 3 de dicho precepto, en los que se confiere a la Comisión, y excepcionalmente al Consejo, la posibilidad de autorizar determinadas ayudas, siempre que no sean contrarias al interés común.

Como acertadamente destacan Hancher, Ottervargen y Slot⁴, este sistema general se ha visto ampliado, con la admisión de exenciones por categoría en materia de ayudas estatales, en virtud de la habilitación conferida a la Comisión por el Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales⁵.

Atendiendo a la propia finalidad de este trabajo y a la sistemática empleada para su exposición, nos centraremos exclusivamente en las excepciones previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 87 CE.

Acerca de estas excepciones es necesario precisar, con carácter preliminar, que sólo procede su aplicación respecto de las medidas que previamente hayan sido calificadas como ayudas de Estado por reunir todas las condiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 87 CE. El examen de la Comisión –el denominado *test de la compatibilidad*– no se limita, en consecuencia, únicamente a apreciar su posible carácter de

³ Se excluyen de la regulación general las ayudas que tienen por objeto empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, conforme al apartado 2 del artículo 86 CE (antiguo artículo 90 Tratado CE); las ayudas a la agricultura (artículo 36 CE, antiguo artículo 42 Tratado CE); las ayudas al transporte (artículos 73 y 76 CE, antiguos artículos 77 y 80 Tratado CE); así como a las medidas que los Estados miembros puedan adoptar para la protección de los intereses esenciales de su seguridad y que se refieran a la producción o al comercio de armas, municiones y material de guerra, ex artículo 296 CE (antiguo artículo 223 Tratado CE).

⁴ HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 69.

⁵ DOCE L 142, de 14.5.1998, p. 1. Acerca del alcance y del contenido de este reglamento y de los adoptados por la Comisión a su amparo, vid. lo ya expuesto en el apartado 2.2.1 del capítulo tercero de esta obra.

ayuda estatal, sino que también debe valorar la eventual aplicación de alguna de las excepciones previstas⁶, de acuerdo con la información de que disponga y con el grado de convicción que sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para su aplicación⁷ aporten los Estados miembros interesados durante el procedimiento⁸.

El artículo 87 CE distingue claramente dos categorías de excepciones. La diferencia entre una y otra radica en el distinto poder reconocido a la Comisión para aplicarlas. Mientras que en las excepciones del apartado 2 se debe limitar a comprobar que concurre el supuesto de hecho previsto en la norma; en las excepciones del apartado 3, por el contrario, la institución comunitaria dispone de un verdadero poder discrecional⁹ para valorar con mayor amplitud la concurrencia de las con-

⁶ Esta cuestión se ha presentado también a propósito de las exenciones del apartado 3 del artículo 81 CE. En este sentido, vid. por todos, WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 274 y 275.

⁷ En este sentido y a título de ejemplo, vid. la Decisión de 30 de noviembre de 1988, sobre la ayuda decidida por el Gobierno italiano a inversiones en la industria del vidrio plano (Caso *Veneziana Vetro*) (DOCE L 166, de 16.06.1989, p. 60) en la que se puede leer que «(e)l Gobierno italiano no ha podido proporcionar, ni la Comisión encontrar, ninguna justificación para incluir a la ayuda contemplada en alguna de las categorías de excepciones previstas en el apartado 3 del artículo 92»; la Decisión de 2 de mayo de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno griego a una empresa de cementos (Caso *Halkis Cement Company*) (DOCE L 73, de 20.3.1991, p. 27), en la que la Comisión destaca que «(c)omo el Gobierno griego no aportó ninguna información con arreglo al procedimiento sobre las ayudas o sobre su beneficiario, aparte de su decisión de someter a Halkis a liquidación según dispone la Ley 1386/83, la Comisión se ve obligada a comprobar, basándose en la escasa información que posee, si a estas ayudas se les pueden aplicar las excepciones previstas en el artículo 92»; la Decisión de 25 de julio de 1990, relativa a una ayuda concedida por el Gobierno italiano a una empresa de productos ópticos (Caso *Industrie Ottiche Riunite-IOR*) (DOCE L 183, de 3.7.1992, p. 30), en la que la Comisión reconoce que «(n)i el Gobierno italiano ha podido proporcionar, ni la Comisión encontrar, ninguna razón que justifique que la ayuda pueda incluirse en alguna de las categorías enumeradas en el apartado 3 del artículo 92».

⁸ BISHOP («The European Commission's...»), op. cit., pp. 84 a 86) alude, a este respecto, al carácter *político* que trasciende a las negociaciones sobre la aprobación de ayudas. En el mismo sentido, vid. MARAÑÓN HERMOSO, M.: «Ayudas de Estado...», op. cit., pp. 37 a 40.

⁹ En este sentido, vid. entre otras, la STPI de 25 de junio de 1998, *British Airways PLC y otros c. Comisión y otros*, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, Rec. 1998, p. II-2405, apartado 79. La doctrina ha abordado también ampliamente el alcance del poder

diciones establecidas en las mismas. Por esta razón, las primeras son denominadas como excepciones *de iure*, *ope legis* o *automáticas*, mientras que las segundas son conocidas como *facultativas*¹⁰. Tanto unas como otras, sin embargo, deben interpretarse de manera restrictiva¹¹.

2. Las ayudas compatibles *de iure*

Estas excepciones responden a situaciones en las que, por razones de especial solidaridad, las ayudas resultan necesarias y, por ello, se declara su compatibilidad *de iure* con el mercado común¹². Dicha compatibilidad no es, sin embargo, propiamente *automática*, puesto que es precisa su notificación previa, conforme al apartado 3 del artículo 88 CE, al objeto de que las instancias comunitarias puedan controlar que concurre efectivamente el supuesto de hecho recogido en la norma¹³, lo que supone que estas ayudas se someten al régimen general previsto para las ayudas nuevas¹⁴.

La importancia práctica de estas excepciones es, sin embargo, escasa y su potencial incidencia sobre la competencia y sobre los inter-

discrecional de las instituciones comunitarias para autorizar ayudas estatales. A este respecto, vid. por todos, ARPIO SANTACRUZ, J. L.: «Las ayudas...», op. cit., pp. 192 a 209.

¹⁰ Esta diferenciación se infiere de manera directa de la propia redacción de ambos apartados, puesto que en el caso del apartado 2 el precepto establece de manera directa que «(s)erán compatibles con el mercado común», mientras que el apartado 3 se limita a señalar que «(p)odrán considerarse compatibles con el mercado común».

¹¹ Vid. por todos, KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 333.

¹² Vid. VALLE GÁLVEZ, A.: «Las ayudas...», op. cit., p. 898.

¹³ Como destaca FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 69), se trata de un conjunto de ayudas que, aún siendo susceptibles de ser subsumidas en principio en el artículo 87.1 CE, dada su finalidad específica y su expresa previsión por el Tratado CE quedan al margen de la interdicción, ya que la única forma de entender el verdadero sentido de la previsión es que quedan excluidas del régimen de incompatibilidad y son declaradas correlativamente compatibles porque, precisamente, de no existir esa previsión podrían llegar a incurrir en la prohibición. No evitaría, en definitiva, su prohibición una presunción de que no falsean la competencia ni inciden en los intercambios comerciales entre los Estados miembros, sino su finalidad misma, con independencia de los efectos que de ellas puedan dimanar.

¹⁴ Vid. *supra* lo señalado en el apartado 2.2.2.1 del capítulo tercero.

cambios intracomunitarios es también reducida, lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a destacar su carácter superfluo, apuntando que la mayoría de las medidas que podrían acogerse a las mismas estarían, por lo general, fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 87 CE¹⁵.

El apartado 2 del artículo 87 CE enuncia las siguientes excepciones:

- 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 con objeto de 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 que resultan de tal división.

Las ayudas de carácter social a los consumidores¹⁶ pueden otorgarse tanto a personas físicas como jurídicas puesto que, como apunta Fernández Farreres, la expresión *consumidores individuales* se identifica con la de *consumidores finales*¹⁷, lo que excluye claramente a las empresas¹⁸.

¹⁵ Vid. a este respecto FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., pp. 71 y 72), quien cita a este respecto a MATTERA (*El Mercado...*, op. cit., p. 102). Más recientemente, esta misma cuestión es apuntada por KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 377) y por ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., pp. 187 y 188) a propósito principalmente de las ayudas sociales.

¹⁶ Acerca de esta excepción, vid., entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 71; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 28 y 29; WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 467 y 468; EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 4 a 5; KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 377 y 378; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 187 y 188. A título de ejemplo pueden citarse las excepciones fiscales concedidas por Alemania a los compradores de vehículos dotados de un escape catalítico, cualquiera que fueran sus marcas (Cfr. MEROLA, M.: *Derecho de la competencia...*, op. cit., p. 12, nota 23).

¹⁷ FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen...*, op. cit., p. 71.

¹⁸ Cfr. STJCE de 3 de febrero de 1977, *Luigi Benedetti c. Munari F.LLI S.A.S.* (Petición de decisión prejudicial planteada por la Prelatura de Cittadella), asunto 52/76, Rec.

Ahora bien, no se puede olvidar que el alcance de la excepción se limita únicamente a su posible autorización como ayuda estatal (ex artículo 87.1 CE), lo cual no excluye su posible interdicción conforme a otros preceptos del Tratado CE¹⁹.

La categoría de ayudas contemplada en la letra b²⁰ no ampara los desastres de carácter económico, que deben acogerse a la excepción prevista en el artículo 87.3.b CE²¹, ni los *riesgos normales*²² de la producción, ni los que quedan habitualmente cubiertos mediante seguro²³, sino que únicamente da cobertura a sucesos extraordinarios tales como las inundaciones, los terremotos, los huracanes, las guerras o los actos terroristas²⁴. Como destaca Fernández Farreres²⁵, se limita exclusiva-

1977, p. 163. Citado en *Derecho de la competencia...*, op. cit. p. 12, nota 23). Por este motivo quedan fuera de esta excepción, como destaca EVANS (*EC Law...*, op. cit., p. 4 y notas), las ayudas para compensar los costes de las rutas aéreas deficitarias o la adquisición pública de bonos de ferries con destino a sectores con escasos recursos. Vid. Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la compensación del déficit registrado por TAP en las rutas hacia las regiones autónomas de Azores y Madeira (DOCE L 260, de 8.10.1994, p. 27), y la sentencia recaída en el asunto *Ferries Golfo de Vizcaya, SA* (STPI de 28 de enero de 1999, asunto T-14/96, *Bretagne Angleterre Irlande (BAI)* c. Comisión, apoyada por el Reino de España y Ferries Golfo de Vizcaya, SA, que tenía por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión, de 7 de junio de 1995, de archivo del procedimiento de examen iniciado en virtud del apartado 2 del artículo 88 CE (ayudas en favor de Ferries Golfo de Vizcaya, SA), notificada al Gobierno español el 11 de julio de 1995 y publicada en DOCE C 321, p. 4).

¹⁹ HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 70.

²⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., pp. 71-72; FRÜLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., pp. 332 a 333; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., p. 29; WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Commentaire...*, op. cit., p. 358; CALAMIA, A.: *Diritto comunitario delle imprese*, Pacini, Pisa, 1997, pp. 56 y 57; EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 5 a 8 (esta obra incluye un tratamiento extenso de esta excepción con una amplia casuística); KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 379 y 381; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 188 y 189.

²¹ «Ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro», que analizaremos más adelante. En este sentido, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., pp. 71 y 72.

²² KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 379.

²³ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 188.

²⁴ Como recuerdan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 70), la Comisión ofreció en su VIII IPC 1978 (apartado 68) una lista indicativa de los que podían ser considerados como «desastres naturales».

²⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 72.

mente a las ayudas destinadas a reestablecer el equilibrio que existía entre las empresas del sector con anterioridad a la producción de la catástrofe o del acontecimiento excepcional, lo que justifica la intervención de la Comisión, dado que si las ayudas no se ajustan al límite de compensación por los daños producidos, aquéllas quedarán al descubierto de la regla de compatibilidad establecida. La propia Comisión ha establecido algunos criterios de aplicación en los supuestos de perjuicios causados por desastres naturales, exigiendo, por ejemplo²⁶, que la pérdida mínima de ingresos en relación con un período normal alcance al menos el 30% o el 20% en regiones desfavorecidas²⁷.

La última excepción que contempla el apartado 2º del artículo 87 CE²⁸ resulta hoy más cuestionada que nunca. La jurisprudencia ha contribuido a clarificar alguno de los términos de esta excepción. Así, la STJCE de 19 de septiembre de 2000²⁹ señala al respecto que la expresión *división de Alemania* se refiere, históricamente, al establecimiento en 1948 de la línea divisoria entre las dos zonas ocupadas. En consecuencia, las *desventajas económicas que resultan de tal división* únicamente pueden consistir en las desventajas económicas provocadas en determinadas regiones alemanas por el aislamiento imputable al establecimiento de dicha frontera física, tales como el cierre de vías de comunicación o la pérdida de mercados como consecuencia de la inte-

²⁶ Comunicación de la Comisión respecto de un proyecto de ayudas que el Gobierno belga tenía intención de conceder a los cultivadores de vivero y a los productores de fruta como consecuencia de los daños causados por la helada (DOCE C 63, 1986, p. 4), ejemplo tomado por FERNÁNDEZ FARRERES DE ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: «Las ayudas de Estado en la CEE», en *GJ*, nº 18, julio, 1986, pp. 547 a 570, en particular p. 556.

²⁷ Sobre la aplicación de esta excepción resulta especialmente ilustrativa la Comunicación de la Comisión en relación con las ayudas de Grecia a productores de frutas y verduras cuyas cosechas hubiesen resultado dañadas por ratones del campo en el verano de 1997 (DOCE C 396, de 19.12.1998, p. 2).

²⁸ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 73; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 30 a 32; WAELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Commentaire...*, op. cit., pp. 358-359; CALAMIA, A.: *Diritto comunitario...*, op. cit., p. 57; EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 8 a 10 (con una amplia casuística).

²⁹ República Federal de Alemania c. Comisión, asunto C-156/98, Rec. 2000, p. I-6857, apartados 52 a 55.

rrupción de las relaciones comerciales entre ambas partes del territorio alemán. El Tribunal rechazó la pretensión de las autoridades alemanas de que el apartado 2.c del artículo 87 CE permitiera compensar íntegramente el retraso económico que sufren los nuevos Estados federados. Tal planteamiento resulta, a juicio del Tribunal, contrario tanto al carácter excepcional de dicha disposición como a su contexto y a los objetivos que pretenden alcanzar, ya que la división geográfica de Alemania no es la causa directa de las desventajas económicas que sufren globalmente los nuevos Estados federados. La explicación hay que buscarla en otras causas, en particular, en los distintos regímenes político-económicos establecidos en cada parte de Alemania.

3. Las ayudas que pueden ser declaradas compatibles con el mercado común

El apartado 3 del artículo 87 CE enumera una serie de ayudas que pueden considerarse compatibles con el mercado común. Conforme a dicho precepto, la Comisión está facultada para autorizar, con carácter igualmente excepcional, las ayudas que reúnan los siguientes requisitos:

- 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 que fomenten 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 común³⁰;

³⁰ La mención a las ayudas a la construcción naval que figuraba en este apartado fue suprimida en la revisión del tratado efectuada como consecuencia de la aprobación del Tratado de Amsterdam.

- 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».

Esta enumeración debe completarse con la excepción que recoge el apartado 3, inciso 3º del artículo 88 CE, en el que se establece 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 sea considerada compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión»³¹.

La práctica comunitaria ha permitido perfilar unos principios generales³² que toda ayuda debe reunir para obtener el beneficio de la compatibilidad con el mercado común. Aunque su número y su formulación varíe de unos autores a otros³³, podemos destacar como los más importantes³⁴ los siguientes: 1) el principio del interés comunitario; 2) el principio de necesidad; 3) el principio de proporcionalidad; y 4) el principio de transparencia.

³¹ Al amparo de este procedimiento, la autoridades portuguesas obtuvieron la autorización de un régimen de ayudas previamente rechazado por la Comisión, originando un interesante conflicto interinstitucional, cuya resolución se ha dejado en manos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (cfr. IP/02/324, de 27.2.2002: «Aides portugaises au secteur porcin. La Commission décide de saisir la Cour de Justice»).

³² Denominadas también por VALLE GÁLVEZ («Las ayudas...», op. cit., p. 900, nota 59) como *condiciones generales de la derogación*.

³³ HERMITTE, M. A.: «Aides des Etats...», op. cit., pp. 7 a 12; MATTERA, A.: *El Mercado* ...op. cit., pp.107 a 109; VALLE GÁLVEZ, A.: «Las ayudas...», op. cit., p. 900, nota 59; MEROLA, B.: «Introduction...», op. cit., pp. 277 a 323, en particular pp.298 a 302; ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., pp. 397 a 411, en especial p. 407; CALAMIA, A.: *Diritto comunitario...*, op. cit., pp. 62 a 63; EVANS, A.: *EC Law* ..., op. cit., pp. 107 a 145.

³⁴ Aunque los principios enumerados por los autores que se indican en la nota anterior son esencialmente coincidentes, hemos optado por el esquema que ofrece HERMITTE («Aides des Etats...», op. cit., pp. 7 a 12), por su mayor simplicidad y por su facilidad expositiva.

El principio del interés comunitario implica que la Comisión valora las características de las ayudas propuestas desde la perspectiva del interés de la Comunidad en su conjunto y no únicamente desde el del Estado concedente.

La necesidad de la ayuda implica que sólo podrán ser autorizadas en el caso de que el objetivo perseguido por las mismas sólo pueda alcanzarse con la ayuda.

La proporcionalidad supone, por su parte, que el importe de la ayuda debe limitarse al mínimo imprescindible para el objetivo que se persigue.

La transparencia es, sin duda, una de las expresiones más frecuentes en todos los documentos comunitarios sobre ayudas de Estado. Con ella se quiere decir que para que una ayuda pueda ser aprobada es preciso conocer con el mayor detalle posible todas sus características, tanto cuantitativas como cualitativas: a quién se dirige, cómo se pondrá en práctica, cuál es su finalidad, cómo se instrumenta. Sólo cuando la Comisión tenga cabal conocimiento de todas sus características podrá evaluarla adecuadamente y decidir sobre su naturaleza y eventual compatibilidad o no. Es quizás por ello el principio más importante que rige el régimen de las ayudas de Estado.

La práctica comunitaria ha clasificado tradicionalmente las ayudas que pueden ser declaradas compatibles, al amparo de las excepciones del apartado 3 del artículo 87 CE, en función de su incidencia sobre una región o un sector económico o, precisamente, por la imposibilidad de precisar su incidencia espacial³⁵, distinguiendo entre: *ayudas regionales*, a las que serían aplicables las excepciones de las letras a y c de dicho apartado; *ayudas sectoriales*, que son las destinadas a sectores o producciones concretas, al amparo de la excepción de la letra c; y

³⁵ La doctrina tradicional suele aludir también a la categoría de *ayudas generales*, que serían, como las define MATTERA (*El Mercado...*, op. cit., p. 110), aquéllas que no comportarían ni una especificidad regional ni sectorial y que se traducen en formas generales de apoyo, por ejemplo en el marco de programas de expansión económica o en favor de empresas en dificultades. Esta definición no permite, sin embargo, delimitarlas claramente de las ayudas generales y, en parte, de las propias sectoriales. Este es el caso, por ejemplo, de las ayudas a empresas en crisis.

ayudas horizontales, categoría de más reciente implantación en la terminología comunitaria y cuya autonomía con respecto a las ayudas generales no deja de ser compleja. En definición de Mattera³⁶ son «las que se otorgan para alcanzar objetivos comunes a diversos sectores productivos»³⁷.

Esta clasificación, que sin duda es útil y que viene siendo usada habitualmente por la Comisión en sus documentos, debe completarse con la referencia a: 1) las ayudas que fomenten la realización de un proyecto importante de interés común europeo; 2) las destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; 3) las ayudas culturales, cuya admisión recoge hoy expresamente este precepto en su letra d; y 4) aquéllas que, en su caso, llegara a autorizar el Consejo.

3.1. *Ayudas regionales*

Las ayudas *regionales* o *con finalidad regional* constituyen, como señala Ledesma³⁸, uno de los principales instrumentos con que cuenta

³⁶ MATTERA, A.: *El Mercado...*, op. cit., p.110.

³⁷ Como señala MEROLA («Introduction...», op. cit., pp. 306 a 309), estas ayudas entran en la categoría de ayudas generales al carecer como aquéllas de especificidad sectorial o regional, por lo que el criterio diferenciador sería el hecho de que su otorgamiento estaría vinculado a la realización de una inversión determinada o destinarse a un grupo delimitado de empresas en función de su dimensión (PYME). Por su parte, como recuerda HERMITTE («Aides des États...», op. cit., p. 14), el concepto de *ayudas horizontales* aparece tardíamente en el XV IPC 1985, sin explicación particular, aproximándose en realidad a las ayudas generales, para definir aquellas ayudas que no persiguen un objetivo sectorial ni regional, por referirse en realidad a todas las empresas cualquiera que sea el lugar en el que se encuentren, a cualquier fase del proceso productivo (I+D), a un tipo de empresa (PYME) o a un problema económico general (empleo, protección del medio ambiente), por lo que el concepto reúne, en consecuencia, ayudas con finalidades totalmente heterogéneas y que no existen en realidad sino en oposición a las ayudas regionales o sectoriales. Debe observarse que esta delimitación responde más a la práctica comunitaria que califica como tales a las ayudas en materia de I+D, las ayudas al medio ambiente y a las ayudas a la PYME, que a una verdadera delimitación conceptual de su naturaleza.

³⁸ LEDESMA, M.: «Ayudas públicas con finalidad regional: regulación comunitaria y aplicación en España», en VARIOS: *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92-94 del Tratado CE)*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 1997, pp. 61 a 79, en

la política regional comunitaria³⁹, cuyo objetivo esencial es corregir los desequilibrios económicos interregionales, fomentando la actividad empresarial y orientando su localización hacia zonas previamente determinadas, que son por lo general aquéllas con menor nivel de desarrollo o afectadas por otros desequilibrios socioeconómicos.

La excepción de la letra a tiene por objeto las regiones en las que el nivel de vida sea *anormalmente bajo* o en las que exista una *grave situación de subempleo*, mientras que la de la letra c está destinada a otros tipo de regiones en dificultades, estableciendo como premisa que no se alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

Ambas hipótesis constituyen, como en general todas las demás excepciones a la regla general de incompatibilidad, *normas en blanco*, lo que ha hecho imprescindible un desarrollo posterior y la labor interpretativa de los tribunales. Sin embargo, hasta la década de los setenta⁴⁰ la Comisión no clarificó los criterios que iban a tener en cuenta para aplicar estas excepciones (delimitación de regiones de las letras a y c, niveles máximos de ayuda, objetivos y clases de ayudas autorizables,

especial p. 61. Desde un punto de vista teórico, como señala el mismo autor, la justificación de este tipo de ayudas se encontraría en los propios *fallos del mercado*, por los que la propia economía de mercado tendería a facilitar la concentración de la actividad productiva mediante la generación de economías externas en aquellas zonas en las que por diversas razones el proceso de acumulación se inició antes. La política regional vendría a incidir en ese fenómeno, compensando, entre otros instrumentos, mediante ayudas públicas los mayores costes de las empresas de las zonas radicadas o que se vayan a radicar en éstas.

³⁹ La admisión de esta excepción ha causado notables dificultades en el ámbito del comercio internacional. A propósito de las controversias ya citadas entre los Estados Unidos y la Comunidad Europea, vid. DIDIER, P.: «Le Code...», pp. 679 a 750. Cfr. Artículo 8.b del ASMC de 1994 y Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997, sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea (DOCE L 288, de 21.10.1997, p. 1), artículo 4, apartado 3° (subvenciones no sujetas a medidas compensatorias).

⁴⁰ En junio de 1971 la Comisión publica la primera comunicación al Consejo sobre los regímenes generales con finalidad regional. Una referencia a estos primeros documentos puede verse en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: «Las ayudas con finalidad regional y la cohesión económica y social», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único europeo*, BAU, n° 9, Principado de Asturias, 1996, pp. 61 a 87, en especial p. 63.

regla de acumulación...), cuya dispersión y heterogénea naturaleza⁴¹ fueron, entre otras, las razones que inspirarían las actuales *Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional*⁴², adoptadas en 1998 y complementadas con un documento específico para los grandes proyectos de inversión⁴³.

Estas Directrices se aplican a las ayudas otorgadas en todos los sectores de actividad, con la excepción de la producción, transformación y comercialización de los productos agrícolas; la pesca y la industria del carbón; y, sin perjuicio de su necesaria coordinación, con las directrices sectoriales específicas que rigen determinados sectores. Las ayudas individuales (*ad hoc*)⁴⁴, en la medida en que su otorgamiento puede afectar seriamente a la competencia sin que sus efectos sobre el desarrollo regional sean importantes, no podrán acogerse a esta excepción, salvo que se logre acreditar sus efectos favorables⁴⁵.

⁴¹ Sobre la regulación de las ayudas regionales con anterioridad a las actuales directrices, vid., entre otros muchos, SCHINA, D.: *State Aids...*, op. cit., pp. 53 a 56 y 63 a 75; HERMITTE, M. A.: «Aides des États...», op. cit., pp. 12 a 14; DRUESNE, G., KREMLIS, G.: *La politique de la concurrence de la Communauté Economique Européenne, Que sais-je?*, PUF, 2ª ed., París, 1990; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L.: *Las ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 127 a 131; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., pp. 77 a 80; ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., pp. 407 a 409; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: «Las ayudas con finalidad...», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia...*, op. cit., pp. 61 a 87; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 33 a 34 y 40 a 42; CALAMIA, A.: *Diritto comunitario...*, op. cit., pp. 55 y 56; EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 4 y 5, con interesantes notas; MOTA DE CAMPOS, J.: *Direito comunitario*, vol. III, 2ª ed. Lisboa, 1997, pp. 604 y 605; WÄELBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho Europeo...*, op. cit.

⁴² DOCE C 74, de 10.3.1998, p. 9.

⁴³ DOCE C 107, de 10.3.1998, p. 7. Para un examen de la actual regulación de las ayudas regionales, vid., entre otros, HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 75 a 78; KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 412 a 434; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 272 a 286.

⁴⁴ Esta mención nos es de gran interés, ya que la mayoría de los supuestos de participación pública en el capital que examinaremos son ayudas individuales (vid. STJCE de 14 de septiembre de 1994, Reino de España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103).

⁴⁵ En el caso de empresas en crisis, el documento se remite expresamente a las directrices específicas sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, en la actualidad, Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2).

En relación con las regiones que pueden acogerse a esta excepción, la Comisión tiende a reducir tanto el número de regiones subvencionables⁴⁶ como el espacio que abarcan, en aras de permitir que satisfagan su finalidad⁴⁷. En consecuencia, el porcentaje de población cubierta por estas ayudas debe situarse por debajo del 50% del total de la población comunitaria⁴⁸, dando prioridad a las regiones afectadas por los problemas más graves⁴⁹. De acuerdo con la jurisprudencia, el uso de las palabras *anormalmente* y *grave*, en la excepción recogida en la letra a, implica que sólo es aplicable a regiones en las que la situación económica sea muy desfavorable en relación al conjunto de la Comunidad⁵⁰, circunstancias que concurren, a juicio de la Comisión, cuando la región constituya una unidad geográfica de nivel II de la NUTS⁵¹ y su PIB por habitante –medido en *paridad de poder de compra* (PPC)– sea inferior al 75% de la media comunitaria⁵².

Por el contrario, la excepción de la letra c está dotada de una mayor flexibilidad, lo que permite valorar con amplitud las dificultades que autorizan la concesión de las ayudas. Los indicadores no son única y exclusivamente el nivel de vida y el subempleo, en relación con las demás regiones del conjunto de la Comunidad, sino que se podrá

⁴⁶ Vid. Apartado 3.1. de las directrices.

⁴⁷ Apartado 3.4, en relación con los apartados 3.2 y 3.3.

⁴⁸ La Comisión fija este límite máximo global con el objetivo de «garantizar un control eficaz de las ayudas de finalidad regional y de contribuir a la consecución de los objetivos contemplados en el artículo 3 del Tratado y, en particular, en las letras g) y j)», apartado 3.9.

⁴⁹ La nota 11 de las actuales directrices señala que las regiones que pueden acogerse a la excepción de la letra a representan el 22,7% de la población comunitaria frente al 24% de las regiones que pueden acogerse a la excepción de la letra c.

⁵⁰ La Comisión cita al respecto en la nota 12 la STJCE de 14 de octubre de 1987, República Federal de Alemania c. Comisión, asunto 248/84, Rec. 1987, p. 4013, apartado 19.

⁵¹ Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas.

⁵² El PIB/PPC de cada región, así como la media comunitaria que ha de emplearse en el análisis, debe referirse a la media de los tres últimos años para los que se dispone de estadísticas. Estos indicadores se calculan sobre la base de datos facilitada por la Oficina Estadística de las Comunidades Europeas (EUROSTAT) accesible en internet en la dirección http://europa.eu.int/comm/eurostat/public/datashop/prnt_catalogue/en?catalogue=eurostat (última consulta realizada en noviembre de 2002).

tenerse en cuenta la situación del Estado miembro concreto de que se trate⁵³, con tal de que su concesión no altere las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común y se enmarque en una política regional, que sea coherente y que respete el principio de concentración geográfica.

Lógicamente, esta excepción se aplica de una manera aún más restrictiva que la anterior, puesto que se destina a regiones menos desfavorecidas que las que pueden acogerse a la letra a⁵⁴.

Las Directrices establecen el mecanismo para delimitar las regiones que pueden acogerse a una u otra excepción⁵⁵, permitiendo tener en cuenta las características específicas de cada Estado miembro y exigiendo su evaluación desde la óptica del interés comunitario⁵⁶. Con carácter general, es posible, sin embargo, señalar que casi todas las regiones del objetivo 1 podrán acogerse, asimismo, a lo dispuesto en la letra a del apartado 3 del artículo 87, con la básica excepción de que las

⁵³ El Tribunal de Justicia, en el asunto 248/84, se ha pronunciado sobre estas dos cuestiones (abánico de problemas planteados y marco de referencia del análisis) en los siguientes términos: «por el contrario, la excepción recogida en la letra c) tiene un alcance más amplio en cuanto que permite el desarrollo de determinadas regiones, sin estar limitada por las circunstancias económicas previstas en la letra a), siempre que las ayudas a ellas destinadas no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común». Esta disposición concede a la Comisión la facultad de autorizar ayudas destinadas a promover el desarrollo económico de las regiones de un Estado miembro desfavorecidas en relación con la media nacional».

⁵⁴ En estas condiciones, sólo una parte restringida del territorio nacional de un Estado miembro podrá *a priori* beneficiarse de tales ayudas. Este es el motivo por el cual la cobertura de población de las regiones contempladas en la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE no debe rebasar el 50% de la población nacional no abarcada por la excepción de la letra a del apartado 3 del artículo 87 CE.

⁵⁵ De acuerdo con el apartado 3.8, las autoridades nacionales pueden disponer de un margen suficiente a la hora de elegir las regiones subvencionables sin poner en cuestión la eficacia del control que ejerce la Comisión sobre este tipo de ayudas y la igualdad de trato de todos los Estados miembros.

⁵⁶ Como ha reconocido la jurisprudencia, la determinación de las regiones subvencionables en cada Estado miembro debe inscribirse, por tanto, en un contexto que permita garantizar la coherencia global desde la perspectiva de la Comunidad. A este respecto, vid. la STJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris Holland BV c. Comisión*, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671, apartado 26, y la STJCE de 24 de febrero de 1987, *Deufil GmbH und C. KG c. Comisión*, asunto 310/85, Rec. 1987, p. 901, apartado 18.

zonas poco pobladas, que pueden entrar en el objetivo 1, no se inscriben en el ámbito de aplicación de la letra a del apartado 3 del artículo 87. Del mismo modo y, por lo que se refiere a las regiones que pueden acogerse a la excepción de la letra c, la Comisión ha instado a los Estados miembros a asegurarse de la coherencia de sus propuestas con las relativas a las zonas incluidas en el objetivo 2⁵⁷.

Estas ayudas pueden destinarse a la realización de una inversión productiva (inversión inicial)⁵⁸ o a la creación de empleo ligada a la inversión⁵⁹, siempre que la aportación del beneficiario sea como mínimo del 25%⁶⁰, para garantizar que las inversiones productivas sub-

⁵⁷ Cfr. CORRAL INUARBE, P.: *Vademecum*, op. cit., p. 4. La relación de regiones consideradas como objetivo 1º y 2º en el período 2000-2006 puede consultarse en las siguientes direcciones: http://www.inforegio.cee.eu.int/wbpro/PRORD/2000-2006/obj1_es.html y http://.../obj2_es.html (última consulta realizada en noviembre de 2002). Vid. asimismo la Decisión comunicada de 17 de mayo de 2000, ayuda de Estado n° N 773/99, España, Mapa de ayuda de finalidad regional para el período 2000-2006, disponible en http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n773-99.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2002).

⁵⁸ Cfr. apartados 4.4 a 4.10. Téngase en cuenta que la parte 7.1 (apartado 96) de las actuales Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2) modifica el punto 4.4 de las Directrices relativas a las ayudas estatales de finalidad regional, eliminando la restricción que se contenía en aquel apartado de la definición de inversión inicial y, por consiguiente, admitiendo que puede optar a las ayudas regionales la cesión de un establecimiento de una empresa en crisis.

⁵⁹ Las ayudas regionales también pueden referirse a la creación de empleo, aunque, a diferencia de las ayudas definidas en las Directrices sobre ayudas al empleo, aquí se trata únicamente de los puestos de trabajo que estén ligados a una inversión inicial. Conforme al apartado 4.12, se entiende por creación de empleo «el aumento neto del número de puestos de trabajo del establecimiento considerado con respecto a la media de un período de referencia. Por tanto, habrá que deducir del número aparente de puestos de trabajo creados en el período considerado los puestos suprimidos en el mismo período». En la nota 32, la Comisión aclara también que «se considera que un empleo está ligado a una inversión siempre que se refiera a la actividad a la que se destina la inversión y su creación se produzca en los cinco primeros años a partir de la realización íntegra de la inversión. Durante este período también están ligados a la inversión los puestos de trabajo creados como consecuencia de un aumento de la tasa de utilización de la capacidad creado por dicha inversión».

⁶⁰ Esta aportación mínima del 25% no puede contar con ayuda alguna. Tal limitación no se cumple, por ejemplo, si se trata de un préstamo bonificado o provisto de garantías públicas que contenga elementos constitutivos de ayuda.

vencionadas sean viables y sanas. Existe una lista abierta⁶¹ de posibles formas de ayuda. Incluso las ayudas de funcionamiento⁶², tradicionalmente proscritas por el Derecho comunitario, pueden concederse excepcionalmente en las regiones de la letra a, siempre y cuando justifiquen su aportación al desarrollo regional y que su naturaleza y su importe guarde proporción con las desventajas que se pretendan paliar. En todo caso, corresponde al Estado miembro demostrar la existencia y la importancia de tales desventajas. Con carácter general, estas ayudas estarán limitadas en el tiempo y serán decrecientes, quedando excluidas las destinadas a fomentar las exportaciones entre Estados miembros.

A pesar de ser expresamente alegada en numerosos asuntos esta excepción no suele ser admitida por la Comisión a la hora de valorar los supuestos de participación pública en el capital. La razón fundamental para que así ocurra es el carácter de ayudas individuales (*ad hoc*) de la inmensa mayoría de los supuestos de participación pública en el capital, cuya finalidad, en último término, no es otra que la supervivencia de empresas en crisis que, aunque pueden estar situadas en regiones desfavorecidas en sentido amplio, son por su propia finalidad incapaces de servir para alcanzar los objetivos que esta excepción pretende.

Un recorrido por la práctica comunitaria en la materia revela que la Comisión rechaza por lo general la aplicación de esta excepción por motivos diversos —a menudo concurrentes en una misma decisión— que pueden, no obstante, agruparse en dos apartados, según que la región donde la empresa está situada o donde tenga sus principales centros de actividad pueda o no acogerse a incentivos regionales.

En el primer apartado cabe citar la Decisión de 1986, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno belga a favor de un fabricante de

⁶¹ Subvención, préstamo a tipo reducido o bonificación de intereses, garantía o adquisición pública de participaciones en condiciones ventajosas, exención fiscal, reducción de las contribuciones sociales, adquisición de bienes o de servicios a precios ventajosos, etc.

⁶² A propósito del concepto de «ayudas de funcionamiento», vid. la STJCE de 15 de mayo de 1997, Siemens SA c. Comisión, asunto C-278/95 P, Rec. 1997, p. I-2507, y también el XXVII IPC 1997, apartado 232.

cerámica sanitaria y de vajilla⁶³, en la que la Comisión rechazó la aplicación de la letra a porque en la región donde está situada la empresa no hay un «nivel de vida (...) anormalmente bajo» ni se acredita que «exista una grave situación de subempleo». La Comisión tampoco admitió la excepción de la letra c, por considerar que «la ayuda en cuestión no reúne las características necesarias para contribuir al desarrollo de determinadas regiones económicas previstas por esta disposición, es decir la subordinación de la ayuda a una inversión inicial o a la creación de empleos, tal y como se expone en la Comunicación de la Comisión de 1979 relativa a los principios de coordinación para la ayudas de finalidad regional».

En el caso *Bull (II)*⁶⁴, la Comisión señaló claramente que «la ayuda no presenta una dimensión regional, dado que ninguna zona de Francia metropolitana puede acogerse a la excepción de la letra a) del apartado 1 del artículo 92 del Tratado ni de la letra a) del apartado 3 del artículo 61 del Acuerdo. Asimismo, la ayuda no presenta un carácter específico regional y, dado que ninguna de las grandes fábricas en actividad de Bull está situada en una de las regiones que contempla la letra c) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado o la letra c) del apartado 3 del artículo 61 del Acuerdo, la ayuda no puede acogerse a la excepción prevista en estas disposiciones».

En el expediente relativo a la también francesa Thomson⁶⁵, las autoridades comunitarias excluyeron la posibilidad de aplicar esta excepción «dado el carácter de la operación, la diversidad de las actividades del grupo y de sus centros de producción y dado que las medidas financieras no se proponían objetivos regionales».

⁶³ Decisión de 10 de junio de 1986, relativa a una ayuda concedida por el Gobierno belga a favor de un fabricante de cerámica sanitaria y de vajilla (DOCE L 223, de 9.8.1986, p. 30).

⁶⁴ Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p. 1).

⁶⁵ Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson multimedia (DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31).

En el segundo apartado, aún tratándose de regiones subvencionables, la Comisión puede rechazar la autorización de las ayudas como regionales por no respetar las condiciones previstas en los correspondientes programas, bien por exceder de la cuantía máxima autorizada o bien por haber sido destinadas a finalidades distintas de las previstas (inversiones iniciales...)⁶⁶.

Es especialmente ilustrativa la Decisión de la Comisión sobre la aportación de capital de 4.200 millones de pesetas a la empresa española Hytasa⁶⁷. En esta decisión la Comisión señala que «aunque Hytasa se halla establecida en Sevilla, que es una región protegida con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92, y que cumple los requisitos para recibir ayuda regional, la decisión de otorgar la ayuda a Hytasa no se tomó al amparo de los programas de ayuda regional correspondiente, sino de acuerdo con decisiones específicas del Gobierno español, en forma de aportaciones discrecionales de capital».

La Comisión profundiza aún más en su rechazo a admitir la ayuda como regional al señalar que «(i)nccluso si la ayuda en cuestión se considerase ayuda regional, no cumpliría tampoco los requisitos de compatibilidad fijados por la letra a) del apartado 3 del artículo 92, ya que la ayuda concedida en función de lo dispuesto por dicho artículo debe contribuir al desarrollo a largo plazo de la región –*lo que, en este caso, significa que la ayuda debía servir como mínimo para restablecer la viabilidad de la compañía, objetivo que no se alcanzó en el caso de Hytasa, a juzgar por la información remitida hasta la fecha a la Comisión (este aspecto ya se ha tratado en la parte IV)*– sin tener efectos negativos inaceptables sobre las condiciones de competencia en el interior de la Comunidad.

⁶⁶ RODRÍGUEZ CURIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 147) cita la Decisión a propósito de la ORE –Decisión de 7 de octubre de 1987 sobre la Ley 1386/1983, en virtud de la cual el Gobierno griego concede diversas ayudas a la industria del país (DOCE L 76, de 22.3.1988, p. 18)– como un supuesto en el que se consideró inaplicable la excepción de la letra a porque requería la realización de inversiones y éstas no se incluían en el proyecto.

⁶⁷ Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Hilaturas y Tejidos Andaluces, S.A. denominada actualmente Mediterráneo Técnica Textil, SA y a su comprador (DOCE L 171, de 26.6.1992, p. 54).

Por otra parte, es cierto que la ayuda de 4.200 millones de pesetas fue concedida por el Estado con la condición explícita de que Hytasa usara parte de la misma en inversiones. Este requisito constituye un imperativo aplicable a las ayudas para facilitar el desarrollo de determinadas áreas económicas, como se estableció en la Comunicación de 1979 de la Comisión sobre los principios de coordinación de los planes de ayuda regional (11). No obstante, las ayudas concedidas a Hytasa no pueden considerarse, simplemente por ello, como automáticamente compatibles con el mercado común, dado que al concederse al margen de los regímenes de ayuda ya aprobados para esta región por la Comisión, esta última debe considerar la compatibilidad de las mismas con el mercado común con arreglo a sus propias circunstancias, verificando, entre otras cuestiones, que los proyectos de inversión objeto de las ayudas se ajusten al interés de la Comunidad en el sector de que se trate y de que contribuyan a una reestructuración sólida de la empresa (*estos dos aspectos se tratan más adelante*).

En todo caso, la ayuda de 4.200 millones de pesetas supera ampliamente el nivel de inversiones de 2.500 millones de pesetas previsto por la compañía, lo que resulta inaceptable para las ayudas a la inversión».

En la Decisión relativa a Imepiel⁶⁸, la Comisión subraya que la empresa «se encuentra situada en Vall d'Uxó, región en la que el nivel de vida no es anormalmente bajo ni existe una grave situación de subempleo a que se refiere la letra a) del apartado 3 del artículo 92», razón por la que no puede aplicarse esta excepción. Sin embargo, en cuanto a la posible aplicación de la excepción prevista en la letra c, la Comisión recordó que había aceptado que en Vall d'Uxó se concedan subvenciones de un máximo del 30% de las inversiones productivas⁶⁹ en virtud de dicha excepción, destacando que su decisión de incluir esta zona entre las que pueden recibir ayudas regionales se había debido, entre otras razones, «al deseo de estimular las inversiones tendientes a la diversificación, sobre todo para absorber la mano de obra

⁶⁸ Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Industrias Mediterráneas de la Piel, SA (Imepiel) (DOCE L 172, de 27.6.1992, p. 76).

⁶⁹ La Comisión cita al respecto una Decisión de 15 de junio de 1989.

excedente de Imepiel, pero no con la finalidad de ayudar específicamente a Imepiel». Para la Comisión, las ayudas se habían concedido «en virtud de una decisión *ad hoc* del Gobierno español en forma de aportación de capital discrecional y no como subvención destinada a crear inversiones productivas». Por todo ello estimó que tampoco era posible conceder una excepción de carácter regional al amparo de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE⁷⁰.

Mención especial merecen los casos de empresas en crisis. El hecho de que la región en que se ubiquen sea subvencionable puede permitir la autorización, al menos parcial, de las ayudas otorgadas⁷¹. A este respecto, Rodríguez Curiel⁷² cita diversos ejemplos de aportaciones de capital en los que la Comisión aplicó las excepciones relativas a las ayudas regionales en el marco de procesos de reestructuración. En concreto, nos detendremos en los asuntos *Tubemeuse*, *Pechiney* y *Rover* de 1987.

En el caso *Tubemeuse*⁷³, la Comisión llegó a autorizar una parte de la ayuda atendiendo al hecho de que no se habían superado los límites máximos de ayuda según el respectivo régimen de ayudas regionales del Estado miembro previamente autorizado.

⁷⁰ En términos parecidos se manifestó la Comisión en relación con la ayuda a Intelhorce (Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce, SA (antes Industrias Textiles de Guadalhorce, SA), denominada actualmente General Textil de España, SA (GTE), fabricante de propiedad estatal de tejidos de algodón (DOCE L 176, 30.6.1992, p. 57), al señalar que «aunque Intelhorce se halla establecida en Málaga, que es una región protegida, con arreglo a la letra a) del apartado 3 del artículo 92, que puede acceder a las ayudas regionales, las ayudas a Intelhorce no se concedieron en virtud de programas de ayuda regional, sino de conformidad con decisiones específicas del Gobierno español, en forma de aportaciones discrecionales de capital».

⁷¹ En la actualidad debe tenerse en cuenta lo establecido al respecto en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2), a cuyo examen particular dedicamos el apartado 3.5 del presente capítulo. En dichas Directrices se establece que cuando las empresas destinatarias de tales ayudas estén situadas en regiones subvencionadas, la Comisión tendrá en cuenta consideraciones de carácter regional, con arreglo a las letras a y c del apartado 3 del artículo 87, conforme a lo indicado en los puntos 53 y 54 de las mismas.

⁷² RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, p. 107, nota 218 y p. 111.

⁷³ Decisión de 4 de febrero de 1987, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga a una empresa de tubos de acero (DOCE L 227, de 14.8.1987, p. 45). Cfr. RODRÍGUEZ CURIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 138).

Por su parte, en el caso *Pechiney*⁷⁴, aunque la Comisión autorizaría las ayudas al amparo de las excepción sectorial de la letra c, se subraya que «a nivel regional, una parte de las ayudas se destinó a los esfuerzos de conversión de las zonas de empleo desfavorecidas afectadas por las operaciones de reestructuración realizadas por el grupo» y que «casi todas estas zonas figuran en la lista de zonas admisibles al régimen de ayudas francesas con carácter regional. Los casos, poco numerosos, de las ayudas regionales a la inversión concedidas a favor del grupo están incluidos en el régimen de ayuda aprobado por Francia».

También puede observarse, a juicio del mismo autor, que en la Decisión Rover de 1987⁷⁵ se consideró como factor favorable a la compatibilidad de las ayudas el hecho de que la reestructuración precedente y la futura darían lugar a pérdidas de puestos de trabajo en plantas situadas en *áreas asistidas*, susceptibles de recibir ayudas regionales.

En cualquier caso, aún figurando en numerosos programas de ayudas regionales autorizados por la Comisión⁷⁶, la aportación de capital no es una de las modalidades más frecuentemente empleadas para otorgar ayudas regionales, sin perjuicio de lo ya expuesto a propósito de las sociedades y fondos de capital-riesgo públicos⁷⁷, financiados en parte con dichos fondos.

⁷⁴ Decisión de 3 de febrero de 1988, relativa a la ayuda del Gobierno francés a la sociedad *Pechiney* que produce principalmente aluminio (DOCE L 121, de 11.5.1988, p. 57). Cfr. RODRÍGUEZ CUIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 151 y 152).

⁷⁵ Decisión comunicada el 29 de abril de 1987, propuesta del Gobierno del Reino Unido para proporcionar nuevo capital en acciones ordinarias a una empresa con objeto de facilitar la reestructuración de sus filiales de vehículos comerciales (grupo Rover). Cfr. RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 141, y XVI IPC 1986, apartado 227.

⁷⁶ A título de ejemplo, vid. artículo 5 del Decreto 172/2001, de 12 de julio, sobre incentivos para el desarrollo económico y el fomento de la actividad empresarial en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG, nº 142 de 23.7.2001).

⁷⁷ Sobre esta cuestión, vid. *supra* apartado 4.2.5 del capítulo cuarto.

3.2. Ayudas para el fomento de proyectos de interés común europeo

La letra b del apartado 3 del artículo 87 CE prevé dos nuevas excepciones al régimen general de incompatibilidad, admitiendo, por un lado, las ayudas destinadas a fomentar la realización de proyectos importantes para el interés común europeo y, por otro, las que se destinen a poner remedio a perturbaciones graves de la economía de un Estado miembro.

Sin una razón aparente que lo justifique, al margen de la de no hacer excesivamente larga la enumeración de excepciones, ambas se enuncian juntas en un mismo apartado, a pesar de lo cual suelen ser analizadas de manera diferenciada por la doctrina que, por lo general, les presta escasa atención a causa de su reducida incidencia práctica⁷⁸.

Por lo que respecta a las ayudas para el fomento de «proyectos de interés común europeo» es preciso advertir con carácter preliminar que el Tratado no define tal noción. Como señala Fernández Farreres⁷⁹, la Comisión viene entendiendo que un proyecto sólo puede ser calificado como de interés común europeo cuando forma parte de un programa transnacional europeo, sostenido conjuntamente por distintos Gobiernos de los Estados miembros o cuando se integra en una acción concertada de distintos Estados miembros dirigida a luchar contra una

⁷⁸ SCHINA, D.: *State Aids...*, op. cit., pp. 56 a 58; DRUESNE, G., KREMLIS, G.: *La politique...*, op. cit., pp. 85 a 89; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...* op. cit., p. 81; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 34 a 36; WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 374; HANCHER, L., OTTENVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 75 a 78; KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 494 y 495; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 286 a 288.

⁷⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, p. 81. Este criterio ha sido confirmado plenamente por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 8 de marzo de 1988, Ejecutivo Regional Valón y S.A. Glaverbel c. Comisión, asuntos acumulados 62/87 y 72/87, Rec. 1988, p. 1573, apartado 68. En el mismo sentido, vid. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 11. Este último autor matiza, sin embargo, que la Declaración aneja al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), acerca del artículo 61 (3) b (equivalente en el EEE al artículo 87.3.b CE), distingue entre el «interés de la Comunidad» («Community interest») y el «interés de los países de la EFTA» («the interest of the EFTA' States»), lo que, a su juicio, implica que fuera de este Acuerdo el artículo 87 CE sólo se refiere al interés de la Comunidad.

amenaza común como, por ejemplo, la contaminación del medio ambiente⁸⁰. Es necesario también que la ayuda resulte imprescindible para que el proyecto pueda llevarse a cabo de forma satisfactoria para el interés de la Comunidad⁸¹. A estos dos requisitos añade Keppenne⁸² la necesidad de que el proyecto sea importante en términos no sólo cuantitativos sino también cualitativos

Resulta especialmente ilustrativo acerca de esta cuestión lo expresado por la Comisión en su Decisión de 13 de marzo de 1996, relativa a una ayuda fiscal en forma de amortización en beneficio de las compañías aéreas alemanas⁸³. En la citada decisión se puntualizó que para que las disposiciones de la letra b del apartado 3 del artículo 87 CE y de la letra b del apartado 3 del artículo 61 del Acuerdo EEE sean aplicables deben concurrir cuatro requisitos, a saber:

- 1) La ayuda debe fomentar un proyecto –entendiendo por «fomentar» una acción que contribuya a la realización del proyecto–;
- 2) debe tratarse de un proyecto concreto, preciso y bien definido;
- 3) el proyecto debe ser importante en términos cuantitativos y, sobre todo, cualitativos;
- 4) el proyecto debe ser «de interés común europeo» y, como tal, redundar en beneficio del conjunto de la Comunidad.

En aplicación del tal doctrina, la Comisión rechazó la aplicación de la excepción al considerar que «los puntos aducidos por las autoridades alemanas, en el supuesto de que puedan calificarse de ‘proyecto’, no son precisos ni están bien definidos».

Por su parte, alguno de los encuadramientos horizontales mencionan también de manera expresa las condiciones para la aplicación de esta excepción. Tal es el caso del Encuadramiento comunitario sobre

⁸⁰ Como subrayan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 76), no es precisa la participación de todos los Estados miembros.

⁸¹ En este sentido, vid. EVANS (*EC Law...*, op. cit., p. 11), quien establece un paralelismo con el artículo 198 E (c) del Tratado CE (hoy 267 CE), a propósito de las misiones del Banco Europeo de Inversiones.

⁸² KEPENNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 495.

⁸³ DOCE L 146, de 20.6.1996, p. 42.

ayudas de Estado de investigación y desarrollo⁸⁴ y de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente⁸⁵.

El primero de estos textos⁸⁶ señala al respecto que «(e)n todos los casos en los que, tras el oportuno examen, la Comisión concluya que el objetivo de unas ayudas es fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo, aquéllas podrán acogerse a la excepción prevista en la letra b) del apartado 3 del artículo 92», añadiendo que «(e)l interés común europeo del proyecto deberá demostrarse de forma concreta; por ejemplo, el proyecto tendrá que suponer un gran avance con respecto a los programas comunitarios específicos de I+D o tendrá que permitir un avance significativo en la consecución de objetivos comunitarios específicos»⁸⁷.

A su vez, las Directrices sobre ayudas medioambientales señalan, con gran precisión, que «(l)a excepción de la letra b) del apartado 3 del artículo 87 del Tratado CE podrá aplicarse a las ayudas destinadas a fomentar la realización de proyectos importantes de interés común europeo en ámbitos en los que la protección del medio ambiente sea prioritaria y que, por lo general, puedan tener efectos beneficiosos allende las fronteras del Estado miembro o de los Estados miembros interesados. Es también imprescindible que la ayuda sea necesaria para

⁸⁴ Encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de investigación y desarrollo (DOCE C 45, de 17.2.1996, p. 5); Carta de la Comisión a los Estados miembros de 2.5.1997 y Comunicación de la Comisión por la que se modifica el encuadramiento comunitario sobre ayudas de Estado de I+D (DOCE C 48, de 13.2.1998), apartado 3.

⁸⁵ Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente, apartado 73 (DOCE C 37, de 3.2.2001, p. 3).

⁸⁶ Apartado 3.

⁸⁷ La Comisión añade en el apartado 3.4. que «(e)n el pasado, la Comisión ha recurrido escasas veces a la excepción prevista en la letra b) del apartado 3 del artículo 92 del Tratado CE. Ha podido comprobarse que, en materia de investigación y desarrollo, este precepto podría aplicarse especialmente a proyectos importantes tanto desde el punto de vista cualitativo como, en principio, cuantitativo (por ejemplo, ligados a la definición de normas industriales destinadas a lograr que la industria comunitaria disfrute de todas las ventajas de un mercado único) y que sean de carácter transnacional. Por ello, la Comisión ha decidido considerar como proyectos importantes de interés común europeo algunos de Eureka en el ámbito de la electrónica (EU 127 JESSI, EU 102 EPROM, EU 147 DAB, EU 43 ESF) o de la televisión de alta definición (EU 95 HDTY)».

realizar un proyecto específico y detallado, importante en términos cualitativos y que constituya una contribución ejemplar y verificable al interés común europeo. Cuando se aplique esta excepción, la Comisión podrá autorizar ayudas cuyos niveles rebasen los límites definidos para las ayudas autorizadas en virtud de la letra c) del apartado 3 del artículo 87 »⁸⁸.

3.3. Ayudas para remediar una grave perturbación en la economía de los estados miembros

Esta excepción se basa también en un concepto jurídico indeterminado que el legislador comunitario se abstiene de precisar, poniendo nuevamente en manos de la Comisión y, en su caso, de los tribunales, la carga de delimitar su alcance práctico⁸⁹, lo que no ha dejado de suscitar numerosos problemas⁹⁰.

A diferencia de la excepción anterior, ésta ha sido aplicada en numerosos casos en los que la ayuda se otorgaba en forma de aportación de capital-riesgo público, aunque preferentemente en el marco de regímenes de ayudas y no de ayudas *ad hoc*.

Como destaca Evans⁹¹, la ayuda tiene que ser para el cierre o para la reestructuración y limitarse a remediar las perturbaciones; en consecuencia, no debe inducir a transferir inversiones que podrían haberse efectuado en otro Estado miembro en una situación menos favorable.

⁸⁸ El apartado 73 de las actuales Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado en favor del medio ambiente coincide literalmente con la nueva numeración de los artículos del Tratado CE, con la que figuraba en las anteriores Directrices de 1994 (DOCE C 72, de 10.3.1994, p. 3), en el apartado 3.7, bajo el epígrafe de «proyectos de interés común europeo».

⁸⁹ En la doctrina, vid. SCHINA, D.: *State Aids...*, op. cit., pp. 58 a 60; DRUESNE, G., KREMLIS, G.: *La politique...*, op. cit., pp. 85 a 89; FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., pp. 81 y 82; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 34 a 36; WAELEBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 475; HANCHER, L., OTTENVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., pp. 76 y 77; KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 495 y 496; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 283 s 286.

⁹⁰ FERNÁNDEZ FARRERES, G. *El régimen...*, op. cit., pp. 81 y 82.

⁹¹ EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 13 y 14.

Por otro lado, la ayuda debe limitarse simplemente a asegurar la viabilidad de la empresa beneficiaria y no reforzar artificialmente su posición en relación con las industrias de otros Estados miembros que no hubieran sido afectados por las perturbaciones. En consecuencia, no pueden promover la expansión de la capacidad de producción ni atajar temporalmente los problemas social e industrial sin proveer una solución general al mismo. La perturbación debe tener significación a escala nacional⁹² en relación con los niveles de la Unión⁹³, no debiendo de limitarse únicamente a un sector de la economía, con la salvedad una vez más de las entidades de crédito en la medida en que su crisis puede dañar al sistema económico en su conjunto⁹⁴.

⁹² EVANS (*EC Law...*, op. cit., p. 14 y nota 140) señala, apoyándose en la Sentencia *Philip Morris*, que una tasa de desempleo local dos veces superior la tasa nacional no constituye una perturbación, cuando la tasa nacional es inferior a la media comunitaria.

⁹³ La Comisión reconoció en 1984 que, aunque la economía belga hacía frente a dificultades sociales y económicas, esas dificultades no eran las más serias de la Unión. En consecuencia, la ayuda al empleo podía no ser autorizada al amparo de la letra b incluso aunque tal ayuda a Bélgica hubiera sido previamente autorizada bajo la misma previsión. Similantemente, los problemas económicos y sociales en el Reino Unido no eran significativamente más serios que los de las otras regiones centrales y, en consecuencia, no constituían una perturbación b.

⁹⁴ EVANS (*EC Law...*, op. cit., pp. 14 y 15 y nota 142) cita como ejemplo la Decisión recaída en el asunto *Crédit Lyonnais* [Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco Credit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.95)]. En efecto, en la citada Decisión, que incorpora un apartado de carácter general (apartado 3) bajo la rúbrica *Aplicación a los bancos de las normas sobre ayudas de Estado*, la Comisión analiza la posible aplicación de esta excepción a las crisis bancarias, señalando al respecto que «(s)i una serie de factores que los bancos no pueden controlar desencadena una crisis de confianza en el sistema, el Estado puede verse obligado a prestar su apoyo al conjunto de las entidades de crédito para evitar los efectos negativos de una crisis sistémica de tal naturaleza. Por consiguiente, en caso de producirse una verdadera crisis sistémica, puede invocarse la excepción prevista en la letra b) del apartado 3 del artículo 92 para poner remedio a una grave perturbación de la economía de un Estado miembro. Las ayudas serán compatibles si se conceden de una manera imparcial, desde el punto de vista de la competencia del Estado en cuestión, al conjunto del sistema bancario y sin exceder de lo estrictamente necesario», añadiendo con posterioridad que «(e)n principio, las dificultades de uno o varios bancos no tienen por qué provocar necesariamente una crisis de confianza en todo el sistema. No obstante, el incumplimiento de sus obligaciones por parte de un solo banco de ciertas dimensiones, aunque se deba a errores internos de gestión, puede colocar en una situación comprometida a las entidades de crédito vinculadas financieramente con él, desencadenando una crisis más generali-

Al amparo de esta excepción se autorizó, por ejemplo, la ayuda temporal otorgada por el Gobierno italiano a las pequeñas y medianas empresas para superar los efectos de una caída de actividad en 1972⁹⁵, previendo entre las modalidades de ayuda la adquisición temporal de participaciones por parte del Estado, con la finalidad de apoyar su proceso de reestructuración y supervivencia.

Otro caso de singular importancia se produjo con motivo de la autorización por la Comisión de la Ley griega 1386/1983⁹⁶, destinada a crear una entidad encargada de la reestructuración financiera de las empresas. Esta entidad, denominada Organización para la Reestructuración de Empresas SA (ORE), tenía como función «contribuir al desarrollo social y económico del país mediante la reestructuración económica de las empresas con arreglo a la Ley 1386/1983; la importación y aplicación de tecnología extranjera y el desarrollo de tecnología nacional; el establecimiento y puesta en marcha de empresas de economía mixta o socializada».

Para conseguir estos objetivos, la ORE estaba dotada de un amplio abanico de facultades: posibilidad de tomar la administración y dirección operativa de las empresas en proceso de reestructuración o socializadas; participar en el capital de las empresas existentes o de aquéllas

zada. Puede ser necesaria la intervención del Estado, pero ello no debe significar un apoyo incondicional a la entidad en dificultades; no debe prestarse el apoyo sin una intervención importante del Estado en la reestructuración definitiva y en la limitación individual de la distorsión de la competencia ocasionada por la ayuda».

Para un análisis más detallado a propósito de las particularidades de las entidades de crédito, véase RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades de crédito...», op. cit., pp. 95 a 102.

⁹⁵ En el II IPC 1972, apartados 122 y ss. se analizan las «temporally official acquisitions of corporate capital by the State», partiendo del examen de la Ley italiana n° 184, de 22 de marzo de 1971. Como ya se ha señalado, esta ley dio a la Comisión la oportunidad de definir su posición acerca de la actividad de ciertas agencias financieras creadas por los Estados miembros y financiadas directa o indirectamente con fondos públicos y que realizaban tomas de participación temporal en empresas que se enfrentaban a problemas de diversa naturaleza. Cfr. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 12.

⁹⁶ Decisión de 7 de octubre de 1987 sobre la Ley 1386/1983, en virtud de la cual el Gobierno griego concede diversas ayudas a la industria del país (DOCE L 76, de 22.3.1988, p. 18). A propósito de este caso, véase también a EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 13 y 14.

que pudieran crearse; conceder préstamos a todo tipo de empresas en las que poseyera una participación y, asimismo, garantizar adecuadamente la seguridad de tales préstamos; emitir empréstitos con garantía de obligaciones en Grecia o en el extranjero de acuerdo con los requisitos y procedimientos establecidos en las disposiciones pertinentes; adquirir obligaciones emitidas por el Estado o por organismos controlados por éste y, asimismo, bonos y obligaciones emitidos por empresas, organizaciones y bancos; transferir la propiedad de acciones sobre todo a trabajadores o a entidades representantes de los mismos, a colectividades locales u otras personas jurídicas de Derecho público, a instituciones benéficas, a organismos sociales o a particulares, entre otras.

Las empresas quedaban sometidas a la ley y al control de la ORE por decisión del Ministro de Economía Nacional, previo dictamen de un comité consultivo, simple y cuando la empresa: a) se encontrara en suspensión –provisional o definitiva– de las operaciones por motivos económicos o hubiese interrumpido sus pagos; b) estuviera bajo administración judicial o bajo administración de los acreedores, en administración temporal o estuviese inmersa en cualquier proceso de liquidación o su endeudamiento fuera cinco veces superior a la suma de su capital social y reservas visibles y resulte manifiestamente incapaz de cumplir sus obligaciones; c) resultase de interés para la defensa nacional o de vital importancia para la explotación de fuentes nacionales de riqueza; o, finalmente, d) cuando viniese impuesto por mandamiento legal.

El carácter estatal de la intervención no presenta duda y, como afirma la propia Comisión, la ORE podía «calificarse de entidad del sector público debido a sus objetivos, estatuto especial y recursos financieros; sus actividades entran en el ámbito de aplicación de la Decisión de la Comisión remitida a los Estados miembros mediante carta de fecha 17 de septiembre de 1984 (SG (84) D/11853) sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado a la participación de los poderes públicos en el capital de la empresa»⁹⁷.

⁹⁷ La Comisión llega a esta conclusión tras afirmar que «(l)a Organización para la Reestructuración de Empresas, creada por la Ley 1386/1983, forma parte de la estructura organizativa del Estado. El capital de la misma está plenamente desembolsado y bajo la

La Comisión consideró excepcional la situación de la economía griega⁹⁸, a la que ya había autorizado unas medidas extraordinarias al amparo del artículo 108 del Tratado CE (hoy artículo 119 CE)⁹⁹, valorando las actividades de la ORE como parte integrante del amplio programa de estabilización llevado a cabo por las autoridades griegas en octubre de 1985.

titularidad del Estado o del Estado y las colectividades locales, organizaciones de trabajadores, bancos bajo control estatal y empresas públicas. La administración de la ORE corre a cargo de un Consejo de Dirección, compuesto de un presidente y ocho vocales. El presidente y dos vocales son designados y depuestos por decisión del Ministro de Economía Nacional, otro de los vocales por la Federación General de Trabajadores Griegos y el resto por la Junta General de accionistas, compuesta por organizaciones del sector público. La Ley 1386/1983 señala concretamente que en cualquier jurisdicción y en sus relaciones con las autoridades administrativas, esta organización disfrutará de todos los privilegios y prerrogativas procesales propias del Estado.

Los recursos financieros de la ORE proceden directamente del Estado. El capital en acciones inicial, 2.000 millones de dracmas divididos en 200.000 acciones de un valor nominal de 10.000 dracmas cada una, fue enteramente desembolsado por el Estado transcurridos 4 meses desde la entrada en vigor de la Ley. Por Decisión del Ministro de Economía Nacional, publicada en el Boletín Oficial, este capital fue ampliado a un total de 5.000 millones de dracmas. La Ley 1386/1983 dispone que los recursos de la ORE procederán de subvenciones dimanantes del presupuesto del Ministerio de Economía Nacional y de programas de inversión pública, así como de otras subvenciones, donaciones y comisiones e ingresos procedentes de operaciones corrientes. Las actividades emprendidas por la ORE, con objeto de llevar a la práctica las decisiones del Ministro de Economía Nacional en el campo de la reestructuración de las empresas sometidas a la presente ley, están exentas de todo impuesto, derecho o gravamen y, en general, de los impuestos pagaderos al Estado o a terceros con excepción de los tributos locales y municipales».

⁹⁸ La Comisión reconoce que «la situación económica griega se fue deteriorando constantemente hasta octubre de 1985 y los desequilibrios externos e internos habían generado una situación difícil que exigía una política firme. En concreto, en septiembre de 1985, las autoridades griegas afrontaban la necesidad de efectuar importantes pagos al exterior y debían luchar contra las presiones ejercidas en los tipos de cambio. Así, el 11 de octubre de 1985, decidió aplicarse un programa de recuperación y estabilización económica que incluía, entre otras, las siguientes medidas: devaluación del dracma en un 15%; introducción de un programa de depósito de importaciones sin intereses; una indicación completa de los salarios, un importante ajuste fiscal y un endurecimiento de la política monetaria y crediticia».

⁹⁹ En concreto, se concedió a Grecia un préstamo comunitario de 1,75 millones de ecus y se le permitió continuar subvencionando las exportaciones durante un plazo de tiempo limitado. En el momento en que el programa de austeridad fue llevado a la práctica, muchas empresas griegas se encontraban ya en dificultades económicas debido a la política salarial antes vigente, las limitaciones al despido de trabajadores, los controles

Desde un punto de vista microeconómico, la Comisión apreció que la ORE había intervenido en 45 empresas, de las cuales 22 habían entrado en proceso de liquidación, puesto que su recuperación era inviable; las 23 restantes representaban aproximadamente el 2% del total de puestos de trabajo industriales de Grecia, así como un porcentaje aún mayor de su producción industrial y de su comercio internacional.

A la vista de estos datos, el organismo comunitario concluyó que «si se permitiese que una proporción tan importante de empresas griegas entrara en proceso de liquidación, ello produciría unos graves efectos negativos en el funcionamiento del programa de austeridad». En consecuencia, decidió que era posible aplicar esta excepción¹⁰⁰, sometiendo, sin embargo, dicha autorización a diversas condiciones, «incluida, cuando resulte pertinente y necesario, la obligación de notificar los casos concretos y significativos de ayuda de forma que puedan analizarse desde el punto de vista de su repercusión en el comercio y la competencia intracomunitarios».

A esta decisión principal, por la que se aprobaba el régimen general, siguieron una serie de decisiones individuales¹⁰¹ en relación con las empresas Piraiki Patraiki Cotton Manufacturing Co¹⁰², Michailidis¹⁰³ (fibras sintéticas), Purnara¹⁰⁴ y Velka¹⁰⁵ (textiles), Athens Paper Mills, Tessaly Paper Mills, Macedonian Paper Mills¹⁰⁶ (papeleras),

de los precios, los tipos de interés y la sobrevaloración del dracma griego. Los objetivos del programa de austeridad exigían como presupuesto indispensable la maximización del rendimiento económico de las empresas griegas.

¹⁰⁰ XVII IPC. 1987 (1988), apartado 186.

¹⁰¹ XVIII IPC 1988, apartado 217. Cfr. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 150, 165, 168, 170 a 173.

¹⁰² Decisión comunicada el 11 de diciembre de 1987, ayuda concedida al principal fabricante textil de Grecia (Piraiki-Patraiki).

¹⁰³ Decisión comunicada el 26 de julio de 1988, ayuda en favor del principal productor griego de hilo textil (S. Michailiois).

¹⁰⁴ Decisión comunicada el 9 de agosto de 1988, ayudas en favor de la S.A. POURNARA, fabricante griego de calcetines.

¹⁰⁵ Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayudas en favor de la S.A. VELKA A.E., fabricante griego de hilo de algodón.

¹⁰⁶ Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayudas en favor de empresas papeleteras Athens Paper Mills, Thessaly Paper Mills y Mel.

EPAS¹⁰⁷ (tratamiento de la madera), y el fabricante de artículos domésticos Elinda¹⁰⁸.

En 1991, la Comisión tuvo ocasión de reiterar su posición con motivo de su decisión en el caso *Halkis*¹⁰⁹ y de la relativa al proyecto de privatización presentado por el Gobierno griego, destinado a privatizar 208 empresas propiedad de la ORE y los distintos bancos públicos, así como otras varias empresas y entidades públicas.

En el caso *Halkis*, que era una empresa que no había sido incluida en el ámbito de la Ley 1386/83 hasta abril de 1989, la Comisión advierte que el Gobierno griego no había liquidado la empresa ni comunicado ningún tipo de medidas de reestructuración, por lo que no se cumplían los requisitos necesarios para aplicar ese régimen ni se podía admitir que dichas ayudas estuvieran destinadas a remediar una grave perturbación de la economía griega, tal y como exige la letra b del apartado 3 del artículo 87 CE.

En relación con el proyecto de privatización, sin embargo, la Comisión se basó en la letra b del apartado 3 del artículo 87 CE, partiendo de los datos económicos de Grecia, que ponían de manifiesto una perturbación grave de su economía¹¹⁰.

¹⁰⁷ Decisión comunicada el 5 de octubre de 1988, ayudas griegas en favor de EPAS, empresa griega del sector de transformación de madera.

¹⁰⁸ Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayuda en favor de ELINOA, fabricante griego de aparatos para uso doméstico.

¹⁰⁹ Decisión de 2 de mayo de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno griego a una empresa de cementos (*Halkis Cement Company*) (DOCE L 73, de 20.3.1991, pp. 27 a 31).

¹¹⁰ Como señala la propia Comisión (*XXI IPC 1991*, apartado 251) el plan autorizado formaba parte de los compromisos adoptados con arreglo a la Decisión 91/136/CEE del Consejo, de 4 de marzo de 1991, relativa a un préstamo comunitario a la República helénica (DOCE L 66, de 13.3.1991, p. 22). Dicha aprobación, sin embargo, se condicionaba, ya que «si la venta de una empresa no se realiza mediante oferta pública, será obligatoria la notificación prevista en el apartado 3 del artículo 93 del tratado CEE. También será obligatoria la notificación previa a la Comisión para las empresas que ejerzan su actividad en sectores sensibles (fibras sintéticas, acero, automóviles, construcción naval, actividades agrarias), así como para Olympic Airways».

3.4. Ayudas sectoriales

La letra c del apartado 3 del artículo 87 CE prevé la posible autorización de las «ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades (...) siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común...». Estas ayudas, denominadas sectoriales¹¹¹, tienen por objeto determinados sectores económicos, sin limitaciones de orden geográfico o territorial derivado de la localización de las empresas, encontrando su razón de ser en la necesidad de dar respuesta a aquellos supuestos en los que el libre juego de la competencia obstaculiza la consecución de los objetivos económicos y sociales de la Comunidad o impide, al menos, alcanzarlos en unos plazos razonables y sin elevados costes sociales.

Como subraya Marín¹¹², estas ayudas conocieron su auge a partir de 1970 a raíz de la crisis económica que siguió al alza de los precios de la energía, dirigiéndose principalmente a sectores económicos en dificultades, y que pretenden remediar, como destaca Mattera¹¹³, dos situaciones muy específicas: por una parte, la incapacidad de una empresa o de un sector productivo para hacer frente por sus propios medios a una evolución favorable del consumo interno (crisis de crecimiento); por otra, la incapacidad de una empresa o de un sector para afrontar la competencia o para adaptarse a los cambios de la demanda (crisis de recesión).

A la hora de establecer criterios para la autorización de ayudas sectoriales la Comisión debe tener en cuenta las características específicas

¹¹¹ SCHINA, D.: *State Aids...*, op. cit., pp. 76 a 95; DRUESNE, G., KREMLIS, G.: *La politique...*, op. cit., pp. 77 a 84; SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J. B.: *Droit européen des affaires*, PUF, 2ª ed., París, pp. 389 a 390; MÉNDEZ-NAVIA GÓMEZ, F.: «Las ayudas públicas a las PYMES y otros regímenes horizontales y sectoriales», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia...*, op. cit., pp. 117 a 142; BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., pp. 32 a 45; WÆLBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 475 a 480; KEP-PENNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 447 a 491; ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 288 a 291.

¹¹² MARÍN ARRESE, J.: «La política comunitaria de las ayudas sectoriales», en *Not. UE*, nº 196, mayo, 2001, pp. 55 a 77, en especial pp. 64 y 65. Este autor destaca el debate existente en el seno de la Comunidad en favor de las ayudas horizontales frente a las demás categorías de ayudas y de manera muy especial de las de naturaleza sectorial.

¹¹³ MATTERA, A.: *El Mercado...*, op. cit., pp. 105 y 113 a 116.

de cada sector. Como advierte Evans¹¹⁴, en sectores como los del carbón, el acero, la agricultura, la pesca o el transporte, para los cuales los tratados establecen reglas especiales, la autorización de ayudas sectoriales debe tener en cuenta las particularidades que derivan de sus respectivas políticas comunes. El carácter especialmente sensible de determinados sectores, como el de vehículos a motor, a causa de la fuerte competencia a la que se ve sometido, de la intensidad de capital que requiere y de su importancia en el tejido industrial comunitario, determina que la Comisión establezca también reglas específicas.

La Comunidad presta, asimismo, una atención especial a los sectores en crisis, principalmente en aquellos sectores de abundante mano de obra y de bajos niveles de I+D, como el sector textil o la construcción naval, profundamente afectados por la competencia procedente de países en desarrollo.

Otro campo de especial interés es el constituido por los sectores en crecimiento respecto de los que las empresas europeas pugnan por alcanzar cuotas de mercado frente a la competencia de los Estados Unidos o de Japón, como acontece en sectores estratégicos o sometidos a procesos de desregulación o liberalización.

En todas estas ayudas la Comisión ha llevado a cabo una intensa labor de guía y de encuadramiento de las acciones mediante textos destinados a sectores económicos concretos y complementando este enfoque exclusivamente sectorial con la elaboración de previsiones generales para problemas comunes a diferentes sectores (ayudas horizontales)¹¹⁵. Sólo cuando un sector carece de un encuadramiento específico se analiza de manera individualizada el expediente¹¹⁶. Este comportamiento ha llevado a la Comisión a asumir en cierta medida la dirección de la política industrial de la Comunidad.

¹¹⁴ EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 210.

¹¹⁵ VALLE GÁLVEZ, A.: «Las ayudas...», op. cit., p. 903.

¹¹⁶ En la actualidad tienen normativa específica los siguientes sectores: agricultura, carbón, electricidad (CTCS), pesca, vehículos de motor, construcción naval, acero, fibras sintéticas, transporte aéreo, transporte marítimo, transporte por ferrocarril, carretera y vías navegables y sector agrario. Para consultar los distintos encuadramientos sectoriales y horizontales vigentes, vid. <http://europa.eu.int/competition/stae-aid/legislation/aid3.html>

Como destaca Roberti¹¹⁷, la regulación de las ayudas sectoriales ha sido elaborada en buena medida con el objetivo de evitar que en situaciones de dificultades económicas, caracterizadas por un ralentizamiento o por un estancamiento del crecimiento y por una intensificación de la competencia, especialmente por parte de países terceros, los Estados miembros se lancen a una política de ayudas de sus propios sectores industriales nacionales, en la medida que esta actitud, difícilmente compatible con el rigor y la disciplina presupuestarias, no solucionaría los problemas sino que se limitaría a desplazarlos de unos Estados miembros a otros, sin resolver aquéllos de naturaleza estructural.

Por consiguiente, sólo serán admisibles y declaradas compatibles las ayudas que contribuyan a restablecer el equilibrio del mercado, financiando programas de readaptación industrial, para lo que es necesario analizar la situación concreta del sector en el que operan¹¹⁸.

Como recuerda Fernández Farreres¹¹⁹, la posición de la Comisión respecto de la admisibilidad de estas ayudas es ciertamente restrictiva pues, como ya señaló en una Comunicación al Consejo de 25 de mayo de 1978¹²⁰, «si bien las ayudas estatales tienen un papel que jugar garan-

(última consulta realizada en noviembre de 2002). En el caso de los CTCS no se puede hablar, en realidad, de unas líneas directrices sino de una serie de decisiones individuales que responden a idénticos criterios. En el caso de España, vid. Decisión comunicada de 25 de julio de 2001, ayudas de Estado NN 00/99. España. Régimen transitorio del mercado de la electricidad, disponible en http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nm049-99.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2002).

¹¹⁷ ROBERTI, G. M.: «Le contrôle...», op. cit., pp. 409 y ss.

¹¹⁸ Cfr. Decisión de 24 de julio de 1991, relativa a las ayudas que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE L 300, de 31.10.1991, p. 48). En esta Decisión, la Comisión señala expresamente que se puede considerar que ciertas ayudas para la reestructuración son compatibles con el mercado común si se cumplen una serie de criterios. Dichos criterios han de interpretarse en el contexto de los dos principios establecidos en la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE, es decir, la necesidad de la ayuda para el desarrollo del sector desde el punto de vista comunitario y la garantía de que las ayudas no podrán alterar las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

¹¹⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 83.

¹²⁰ *Comunicación al Consejo sobre la política de la Comisión en cuanto a programas de ayudas sectoriales*. COM (78) 221 final, ampliamente comentada y parcialmente reproducida en el VIII IPC 1978 (apartados 172 y ss). Un comentario del mismo puede

tizando una adaptación ordenada hacia nuevas estructuras viables a largo plazo y en el plano mundial, su utilización para preservar el *status quo* no puede más que dificultar los ajustes a los que necesariamente deben proceder las industrias comunitarias para garantizar el futuro económico y social de la Comunidad». Podría, no obstante, apreciarse la compatibilidad de estas ayudas cuando «contribuyan a la consecución de los objetivos económicos y sociales de la Comunidad, lo que ocurre cuando el libre juego del mercado impide lograr dichos objetivos, o no permite alcanzarlos en plazo o con un coste social soportable o, intensifica la competencia hasta un punto tal que el libre juego del mercado corre el riesgo de autodestruirse». En tales circunstancias, es posible autorizar estas ayudas si son necesarias «para facilitar o acelerar ciertas adaptaciones o desarrollos indispensables para ciertas industrias o para permitir, por razones sociales, el repliegue sin dificultades de ciertas actividades o para neutralizar, al menos temporalmente, ciertas distorsiones de la competencia debidas a acciones externas».

La Comisión concretó los criterios que permitían apreciar la compatibilidad de estas ayudas señalando en el VIII IPC 1978¹²¹ las siguientes reglas de valoración¹²²:

- 1) Deberán limitarse a los casos en los que la situación de la industria afectada las haga necesarias.
- 2) Deben restaurar la viabilidad a largo plazo, resolviendo los problemas estructurales de la industria afectada y no tender a preservar el *status quo* ni a diferir las decisiones y los cambios ineluctables.
- 3) Dado que es necesario un tiempo para proceder a los ajustes, es normal aceptar que se utilicen recursos para disminuir los costes so-

verse en MATTERA, A.: *El Mercado...*, op. cit., pp. 113 y ss. Con anterioridad a esta comunicación, la Comisión, como señalan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 162), ya había tenido ocasión de apuntar su posición acerca de estas ayudas en documentos como el IIPC 1971, apartado 165.

¹²¹ Apartado 176.

¹²² Hay que señalar con FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 83), que en la aplicación de esas reglas «no hay automatismo alguno, tratándose de orientaciones que no prejuzgan en forma alguna la compatibilidad».

ciales y económicos, bajo determinadas circunstancias y mediando condiciones estrictas¹²³.

4) Salvo que sean concedidas para períodos relativamente cortos, deben reducirse progresivamente y han de estar claramente vinculadas a la reestructuración del sector afectado.

5) Su intensidad debe ser proporcional a los problemas que traten de resolver, de tal manera que se reduzcan al máximo las distorsiones de la competencia.

6) En ningún caso deben transferirse de un Estado miembro a otro los problemas industriales y el desempleo.

Es preciso resaltar, no obstante, que la aportación de capital cuestionadas por las instancias comunitarias suele tener como beneficiarias a empresas en crisis¹²⁴, por lo que el enfoque estrictamente sectorial debe complementarse con las reglas específicas adoptadas con carácter horizontal para regular la concesión de ayudas en tales circunstancias¹²⁵.

3.5. Ayudas horizontales: las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis

Junto a los encuadramientos estrictamente sectoriales, al amparo de distintas excepciones, especialmente la de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE, la Comisión ha procedido a elaborar distintas directri-

¹²³ Bajo este criterio, como subraya RODRÍGUEZ CURIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 99), se amparan las ayudas destinadas a financiar total o parcialmente los costes sociales derivados de las supresiones de puestos de trabajo, en algunos casos de elevada cuantía.

¹²⁴ Como reconoce TILMANS («State Aids: Most Recent Developments», en *EC Comp. Pol. News*, n° 3, octubre, 1999, pp. 60 y 61), las reglas sobre ayudas de salvamento y reestructuración han sido el centro de algunos de los casos sobre ayudas estatales más importantes y controvertidos de los últimos años.

¹²⁵ No puede olvidarse tampoco que, como destacan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 167), la estructura de algunos grupos empresariales impide adscribirlos a un único sector de actividad. Cfr. a este respecto, entre otras, la Decisión de 16 de abril de 1997, relativa a las ayudas concedidas por Italia a Enirisorse SpA (DOCE L 80, de 18.3.1998, p. 32).

ces, denominadas horizontales¹²⁶, con las que pretende coordinar la política de la competencia con otras políticas comunitarias como las del medio ambiente, la investigación y el desarrollo o las PYMES. Además, trata de ofrecer reglas generales en supuestos concretos como la venta de terrenos públicos o las crisis de las empresas (ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis).

Entre estos encuadramientos es el relativo a las ayudas a las empresas en crisis el que presenta un mayor interés desde la perspectiva de nuestro trabajo, en la medida en que estas ayudas se otorgan con frecuencia en forma de aportaciones de capital, estando destinadas a fortalecer financieramente a la empresa en crisis, tanto si se articulan como planes individuales (ayudas *ad hoc*), al margen de un régimen autorizado por la Comisión, como si se amparan en regímenes generales. La Comisión aplica las directrices específicas del correspondiente sector, que con frecuencia se remiten a las directrices generales relativas a las ayudas a las empresas en crisis, a estas últimas directamente, en el caso de que el sector no tenga regulación especial¹²⁷.

Centrándonos en el régimen general de las ayudas a las empresas en crisis, la Comisión expuso por primera vez su posición en 1978, en el ya referido *VIII Informe sobre la política de la Competencia*¹²⁸. Con arreglo a este informe, la ayuda debe reunir básicamente los siguientes requisitos: estar directamente subordinada a la realización de un pro-

¹²⁶ La Comisión califica como «horizontales» las normas o directrices relativas a I+D (DOCE C 45, de 17.2.1996, p. 5), al medio ambiente (DOCE C 37, de 3.2.2001, p.3), al salvamento y a reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2), a las PYMES [Reglamento (CE) n° 70/2001, de 12 de enero de 2001, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 33)], al empleo [Reglamento (CE) n° 2204/2002 de la Comisión de 12 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales para el empleo (DOCE L 337, de 13.12.2002, p. 3)] y a zonas urbanas desfavorecidas (DOCE C 146, de 14.5.1997, p. 6).

¹²⁷ Este es el caso, por ejemplo, de las ayudas a empresas en crisis del sector bancario.

¹²⁸ Apartados 227 y 228. Como recuerda EVANS (*European...*, op. cit., p. 115), la legitimidad de estas ayudas ya había sido apuntada por el Abogado General Mayras en sus conclusiones presentadas el 19 de junio de 1973, en el caso Comisión c. República Federal de Alemania (Asunto 70/72, relativo a unas ayudas a la reconversión de las regiones mineras), resuelto por STJCE de 12 de julio de 1973 (Rec. 1973, p. 813).

grama de reestructuración o reconversión que permita realmente restablecer a largo plazo la competitividad de la producción en cuestión y limitar su importe al estrictamente necesario para garantizar el equilibrio de la empresa durante el período transitorio que transcurre inevitablemente antes de que un programa genere resultados, lo que representa una duración claramente definida¹²⁹.

Según resalta Rodríguez Curiel¹³⁰, la Comisión consideró compatibles, al amparo de la excepción de la letra c del apartado 3º del artículo 87 CE, algunas ayudas a la reestructuración de empresas o de grupos de ellas, en la medida en que cumplieran los requisitos expresados en dicho informe, que debían analizarse a la luz de dos principios básicos: la necesidad de la ayuda para el desarrollo del sector desde el punto de vista comunitario y la prohibición de alterarse las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común¹³¹.

De acuerdo con el este esquema, la Comisión adoptó importantes decisiones como las relativas a las empresas automovilísticas¹³² Renault¹³³ y Rover¹³⁴, empresa esta última que será objeto, como veremos

¹²⁹ Las condiciones recogidas en este informe siguen figurando tanto en la fundamentación de las decisiones de la Comisión como de los tribunales comunitarios: Vid. a título de ejemplo: Decisión de 16 de mayo de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por España a la empresa Asociación General Agraria Mallorquina SA (AGAMA SA) (DOCE L 267, de 20.10.2000, p. 53) y STPI, de 15 de septiembre de 1998, Breda Fucine Meridionali SpA (BFM), Ente Partecipazioni e Finanziamento Industria Manifatturiera (EFIM), c. Comisión, apoyada por la República francesa y Manoir Industries SA, asuntos acumulados T-126/96 y T-127/96, Rec. 1998, p. II-3437, apartado 99.

¹³⁰ RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...* op. cit., p. 97.

¹³¹ Cfr. STJCE 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris Holland BV* c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671). Las ayudas a la reestructuración no son consideradas *per se* contrarias al interés común, ya que tal consideración, como subraya EHLERMANN («State Aids...», op. cit., pp. 55 a 73 y en <http://europe.eu.int/en/comm/dg04/speech/five/htm/sp95001.htm> (última consulta realizada en noviembre de 2002), supondría introducir criterios de política industrial en el sector de que se tratase.

¹³² Téngase en cuenta que las primeras directrices del sector del automóvil son de 1989 (DOCE C 123, de 15.5.1989, p. 3).

¹³³ Decisión de 29 de marzo de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno francés al grupo Renault (DOCE L 220, de 11.8.1988, p. 30) y Comunicación mediante la que la Comisión informó al Gobierno francés de su decisión relativa a la ejecución parcial de la anterior decisión (DOCE C 11, de 17.1.1991, p. 3).

¹³⁴ Decisión de 13 de julio de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno

a lo largo de este trabajo, de diversos expedientes que reflejan las propias vicisitudes atravesadas por este fabricante de vehículos británico, que transitoriamente sería incluso adquirido por un breve espacio de tiempo por la alemana BMW.

Otras decisiones, como la concerniente a la siderúrgica francesa Pechiney¹³⁵, hacen referencia solamente a la letra c del apartado 3º del artículo 87 CE y a los requisitos de las ayudas sectoriales¹³⁶. Por su parte, la decisión relativa al fabricante de camiones española Enasa¹³⁷, adoptada también en el marco de la misma excepción, se limita a afirmar la aplicabilidad de los dos principios arriba enunciados¹³⁸. Y en ocasiones, la Comisión se limita a argumentar de acuerdo con las condiciones recogidas expresamente en el Tratado CE (artículo 87.3.c) CE). Tal es el caso, por ejemplo, de las Decisiones Boch (IV-Noviboch)¹³⁹, MTM/ATEIMSA¹⁴⁰ o Bull (I), caso este último en el que la Comisión decidió finalmente el archivo del expediente¹⁴¹.

británico a Rover Group, empresa fabricante de vehículos de motor (DOCE L 25, de 28.1.1989, p. 92). En realidad esta Decisión es la segunda adoptada en relación con el grupo británico, ya que con anterioridad se había adoptado una primera Decisión comunicada el 29 de abril de 1987. Cfr. RODRÍGUEZ CUIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 141.

¹³⁵ Decisión de 3 de febrero de 1988, relativa a la ayuda del Gobierno francés a la sociedad *Pechiney* que produce principalmente aluminio (DOCE L 121, de 11.5.1988, p. 57).

¹³⁶ Apartado 176 del VIII IPC 1978.

¹³⁷ A estas decisiones se pueden agregar la de 24 de julio de 1991, relativa a las ayudas (en forma de inyecciones de capital y de reducciones de capital) que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE L 300, de 31.10.1991, p. 41) y la de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus, suministrador principalmente de servicios de transporte aéreo (DOCE L 54, de 25.2.1994, p. 30).

¹³⁸ A juicio de RODRÍGUEZ CUIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 97), sin embargo, la Decisión Enasa «implícitamente tiene en cuenta en su fundamentación algunos de los requisitos del Octavo Informe».

¹³⁹ Decisión de 11 de marzo de 1987, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria situado en La Louvière (DOCE L 228, de 15.8.1987, p. 39).

¹⁴⁰ Decisión comunicada el 16 de mayo de 1989, ayudas en favor de MTM/ATEIMS. XIX IPC 1989, apartado 193.

¹⁴¹ Cfr. Comunicación relativa a dos proyectos de ayudas del Gobierno francés a la empresa *Compagnie des Machines Bull* (DOCE C 244, de 23.9.1992, p. 2) y XXII IPC 1992, apartado 425.

En 1994, la Comisión logró al fin aprobar unas líneas directrices específicas sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis¹⁴² que, tras ser prorrogadas¹⁴³, han sido finalmente actualizadas en 1999¹⁴⁴.

Al igual que las de 1994, las nuevas Directrices se aplican a todos los sectores, salvo los que entran en el ámbito de aplicación del Tratado CECA¹⁴⁵, sin perjuicio de las normas sectoriales específicas relativas a

¹⁴² Directrices sobre ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, de 23.12.1994 (DOCE C 368, de 23.12.1994, p. 5). Acerca de estas directrices vid., entre otros, COSTAS COMESAÑA, J.: *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 165 y 166; EVANS, A.: *EC Law ...*, op. cit., pp. 113 a 130; KEPPELNE; J. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 458 a 476; HOUTMAN, A.: «Entreprise en difficulté et règles communautaires en matière d'aides d'Etat» (Colloque de l'AIDE «Entreprises en difficulté et concurrence», Rennes, 7.10.1994. El texto de esta conferencia podía consultarse en la página web de la DG IV en la dirección de internet: europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/four/htm/sp94045, pero en la actualidad no está disponible en el servidor de la UE.

¹⁴³ DOCE C 74, de 10.3.1998, p. 31, y DOCE C 67, de 10.3.1999, p. 11. En 1997, la Comisión añadió a éstas unas disposiciones específicas para el sector agrícola (DOCE C 283, de 19.9.1997, p. 2). El contenido de estas directrices se integra en el capítulo quinto de las vigentes de 1999.

¹⁴⁴ DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2. Vid. también XXIX IPC 1999, apartados 255 a 259. En nuestro análisis nos centraremos básicamente en la actual versión de las directrices, aunque los ejemplos que se van a citar corresponden en su gran mayoría a casos planteados durante la vigencia del texto de 1994.

¹⁴⁵ Estas directrices eran también aplicables a la industria siderúrgica no regulada por el Tratado CECA (siderurgia no CECA), ya que sólo estaban sometidos al Tratado CECA la producción siderúrgica a que se refiere el anexo I de dicho Tratado. FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 87, nota 70. Cfr. dicho anexo con el documento *Delimitación de determinados sectores siderúrgicos no regulados en el Tratado CECA* (DOCE C 320, de 13.12.1988, p. 3). Para la delimitación del campo de aplicación de la regulación sobre ayudas de Estado del Tratado CECA, vid. STPI de 21 de enero de 1999, *Neue-Maxhütte-Stahlwerke GmbH y Lech-Stahlwerke GmbH* c. Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. 1999, p. II-0017, apartado 97. Téngase en cuenta que, tras la expiración del Tratado CECA el pasado 23 de julio de 2002, las ayudas a estos sectores se rigen por las reglas generales del Tratado CE. Acerca de esta cuestión específica, sin embargo, tal y como se recoge en la Comunicación de la Comisión, relativa a determinados aspectos del tratamiento de los asuntos de competencia resultante de la expiración do Tratado CECA (DOCE C 152, de 26.6.2002, p. 5), las ayudas de salvamento y de reestructuración seguirán estando prohibidas [Comunicación de la Comisión — «Ayudas de salvamento y de reestructuración y ayudas al cierre en favor del sector del acero» (DOCE C 70 de 19.3.2002, p. 21)].

las empresas en crisis¹⁴⁶. Aunque cabe la aprobación de regímenes generales¹⁴⁷, en numerosas ocasiones las ayudas examinadas por la Comisión son ayudas *ad hoc*, circunstancia que se hace más frecuente cuando la ayuda es otorgada en forma de aportación de capital. En cualquier caso, las ayudas a grandes empresas deberán notificarse de manera individual y ser examinadas caso a caso por parte de la Comisión¹⁴⁸.

3.5.1. Concepto de empresa en crisis

Una de las principales novedades que incorporan las actuales Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración de empresas en crisis¹⁴⁹, es la de ofrecer una definición de *empresa en crisis*. Conforme a estas Directrices¹⁵⁰, una empresa se encuentra en crisis «si es incapaz, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a aportarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas

¹⁴⁶ En este sentido, vid. las normas específicas existentes en el sector de la construcción naval [Reglamento (CE) n° 1540/98 del Consejo (DOCE L 202, de 18.7.1998, p. 1)], en el sector de los vehículos de motor (DOCE C 279, de 15.9.1997, p. 1) y en el del transporte aéreo (DOCE C 350, de 10.12.1994, p. 5).

¹⁴⁷ Vid. Decisión de 13 de noviembre de 2001, relativa al régimen de ayudas que la Región de Cerdeña (Italia) tiene previsto conceder con vistas a la reestructuración de las empresas en crisis del sector de los cultivos de invernadero (DOCE L 77 de 20.3.2002, p. 29) y Decisión de 16 de mayo de 2000, relativa a un régimen de ayudas aplicado por Italia en beneficio de las grandes empresas en crisis (Ley n° 95/1979 de conversión del Decreto-ley n° 26/1979 sobre medidas urgentes relativas a la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis) (DOCE L 79 de 17.3.2001, p. 29). La aprobación de regímenes de ayudas de salvamento y de reestructuración se circunscribe al caso de la PYME, de acuerdo con las condiciones que se establecen en el capítulo 4 de las directrices. A título de ejemplo, vid. el Decreto 172/2001, de 12 de julio, sobre incentivos para el desarrollo económico y el fomento de la actividad empresarial de Galicia y la Resolución de 13 de julio de 2001, por la que se publica el contenido de las bases reguladoras de las ayudas del Instituto Galego de Promoción Económica de salvamento y reestructuración de empresas en crisis (DOG, de 23.7.2001), Ayuda N 498/2001, autorizada el 20.6.2001 (DOCE C 30, de 2.2.2002, p. 14).

¹⁴⁸ Cfr. punto 100 de las actuales directrices.

¹⁴⁹ Las directrices de 1994 (apartado 2.1) se limitaban a señalar los signos que habitualmente acompañan a las empresas en crisis. En este sentido, vid. KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 458, nota 1.

¹⁵⁰ Apartado 2.1, puntos 4 a 8.

que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo».

La Comisión concreta esta definición señalando tres supuestos básicos, especialmente restrictivos¹⁵¹, en los que es posible considerar que una empresa, al margen de cuál sea su tamaño, se encuentra en crisis:

- a) «si tratándose de una sociedad cuyos socios tienen una responsabilidad limitada¹⁵² ha desaparecido más de la mitad de su capital suscrito y se haya perdido más de una cuarta parte del mismo en los últimos doce meses;
- b) si tratándose de una sociedad de responsabilidad ilimitada cuando haya desaparecido más de la mitad de sus fondos propios, tal como se indican en los libros de la misma, y se hayan perdido más de una cuarta parte de los mismos en los últimos doce meses;
- c) para todas las formas de empresas, si reúne las condiciones establecidas en el Derecho interno para someterse a un procedimiento de quiebra o insolvencia».

Al margen de estos datos objetivos, la Comisión identifica unos «síntomas habituales de crisis», entre los que cita el nivel creciente de pérdidas, la disminución del volumen de negocios, el incremento de las existencias, el exceso de capacidad, la disminución del margen bruto de autofinanciación, el endeudamiento creciente, el aumento de los gastos financieros y el debilitamiento o desaparición de su activo neto. En el caso extremo de que la empresa hubiera llegado a una situación de insolvencia o de encontrarse en liquidación, las Directrices se aplicarían

¹⁵¹ MARÍN ARRESE, J. P.: «La política...», op. cit., p. 62. Para este autor el carácter restrictivo de estas condiciones es una consecuencia de su incidencia negativa en la competencia.

¹⁵² Acerca de esta categoría, la Comisión precisa en nota que se trata especialmente de las formas de sociedad que figuran en el párrafo 1º del apartado 1 del artículo 1 de la Directiva 78/660/CEE del Consejo, conocida como la Cuarta Directiva, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (DOCE L 222, de 14.8.1978, p. 11), modificada en particular por la Directiva 90/605/CEE (DOCE L 317, de 16.11.1990, p. 60). Sobre el acervo común formado por las diferentes normas que integran el denominado Derecho europeo de sociedades, vid. el apartado 1.1 del capítulo segundo de este trabajo.

a las ayudas que se concediesen con ocasión de este procedimiento y que conduzcan al mantenimiento de la actividad de la empresa.

La Comisión excluye expresamente del ámbito de aplicación de estas Directrices y, por ello, de la noción de empresa en crisis, a las empresas de nueva creación¹⁵³, aunque su situación financiera inicial sea precaria¹⁵⁴, así como a las empresas que formen parte de un grupo que no puedan acogerse a las ayudas de salvamento y reestructuración¹⁵⁵, salvo que se pueda demostrar que las dificultades por las que atraviesa la empresa le son propias, que no son simplemente el resultado de la asignación arbitraria de costes dentro del grupo y que son demasiado complejas para ser resueltas por el propio grupo.

En la práctica, la gran mayoría de las aportaciones de capital público que se reputan como ayudas estatales tienen como destinatarias a empresas en situación de crisis, ya que estas aportaciones no suelen superar con éxito el test del inversor privado en una economía de mercado.

3.5.2. *La distinción entre salvamento y reestructuración*

Recogiendo una práctica consolidada plasmada en documentos anteriores, las Directrices distinguen claramente entre ayudas de salvamento y de reestructuración, sin perjuicio de admitir que son, a menudo,

¹⁵³ No se considera que la creación de una filial por parte de una empresa con el único propósito de recibir sus activos y, en su caso, su pasivo, constituya una empresa de nueva creación (cfr. apartado 8 de las Directrices).

¹⁵⁴ La Comisión alude directamente a la empresa de nueva creación que ha surgido de la liquidación de otra empresa anterior o de la absorción de sus activos. Las únicas excepciones a esta regla son los posibles casos tratados por el *Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben* en el marco de su tarea de privatización y otros casos similares en los nuevos Estados federados, y ello para los casos de empresas que hayan salido de un proceso de liquidación o de absorción que tuviera lugar hasta el 31 de diciembre de 1999.

¹⁵⁵ La Comisión no precisa cuáles pueden ser las causas que impiden a un grupo acogerse a estas ayudas. Entendemos que esta circunstancia puede darse, por ejemplo, en el caso de que el grupo hubiera recibido ya ayudas de salvamento y de reestructuración en las condiciones en que resulte aplicable la cláusula de «ayuda única», a la que haremos referencia en el apartado 3.5.4 de este mismo capítulo.

dos fases de una única operación¹⁵⁶, a pesar de que respondan a mecanismos distintos¹⁵⁷.

Las ayudas de salvamento son, por su propia naturaleza, transitorias y excepcionales¹⁵⁸. Su objeto es permitir que una empresa en crisis se mantenga en activo durante un período determinado, que será el tiempo necesario para elaborar un plan de reestructuración o de liquidación o el necesario para que la Comisión se pronuncie sobre el mismo¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Resulta ilustrativa a este respecto la Decisión de 4 de diciembre de 1996, relativa a una ayuda de Estado concedida a Bestwood E. F. Kynder GmbH i. GV (DOCE L 194, de 23.7.1997, p. 32), en la que se rechazó la compatibilidad de las ayudas de salvamento proyectadas por no resultar acreditada su conexión con medidas destinadas a una efectiva reestructuración de la empresa. Es precisamente esta cuestión una de las que, *prima facie*, parece hacer más cuestionables las ayudas de rescate concedidas por las autoridades alemanas a MobilCom para evitar su quiebra, tal y como recoge la prensa. vid. por todos, Libertaddigital.com de 17.9.2002 («Críticas de Bruselas, los competidores y la oposición a las ayudas estatales alemanas a MobilCom»).

¹⁵⁷ Como ejemplo de autorización de ayuda de salvamento puede verse la Decisión comunicada de 16 de febrero de 2000. Ayuda de Estado n° N 498/99. España. Ayuda de salvamento en favor de Minas de Río Tinto S.A.L. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n498-99.pdf (última consulta realizada en noviembre de 2002) o las más recientes relativas a la compañía aérea Sabena (Decisión comunicada de 17 de octubre de 2001. Aide d'Etat n° N 636/2001. Royaume de Belgique. Sabena. Aide ausauvetage de EUR 125 millions. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n636-01.pdf) (última consulta realizada en noviembre de 2002) o al fabricante de ordenadores francés Bull (IP/02/1666, de 13.11.2002).

¹⁵⁸ A este respecto, en el punto 25 de las Directrices se afirma claramente que «(l)a ayuda de salvamento es una operación excepcional destinada a mantener la actividad durante un período limitado, durante el cual se puede evaluar el futuro de la empresa. En cambio, no se pueden autorizar operaciones repetidas de salvamento que se limiten a mantener el statu quo, a retrasar lo inevitable y, mientras tanto, a transferir los problemas económicos y sociales a otros productores más eficientes o a otros Estados miembros». Esta excepcionalidad no se corresponde con el hecho de que estas ayudas se den en repetidas ocasiones y en años sucesivos. Cfr. Decisión de 3 de febrero de 1999, relativa a las ayudas estatales concedidas por el Gobierno español a la empresa Hijos de Andrés Molina SA (HAMSA) (DOCE L 193, de 26.7.1999, p. 1) y STPI de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA) c. Comisión, asunto T-152/99, apartado 50, pendiente de publicación.

¹⁵⁹ Como destaca MARÍN ARRESE («La política...», op. cit., p. 62), en realidad estas ayudas están destinadas a empresas intrínsecamente viables que afrontan una aguda crisis coyuntural, generalmente de falta de liquidez, por lo que su otorgamiento se justifica en la necesidad de darles un margen de maniobra que les permita afrontar sus necesidades. Cuando los problemas son estructurales, el rescate temporal tiene como finalidad impulsar la elaboración, en su caso, del imprescindible plan de reestructuración o, en caso contrario, podemos añadir, de afrontar la liquidación controlada de la empresa.

Por su parte, las ayudas a la reestructuración¹⁶⁰ tienen como finalidad restablecer la viabilidad a largo plazo de una empresa, por lo que deben formar parte de un plan, denominado por ello *plan de reestructuración*, cuyo objetivo básico es abordar la crisis de la empresa¹⁶¹. La Comisión exige que este plan sea «realista, coherente y de amplio alcance»¹⁶².

El plan de reestructuración suele contemplar la reorganización y la racionalización de las actividades de la empresa para hacerlas más rentables, lo que hace por lo general que ésta se desprenda de sus actividades deficitarias, que reestructure aquéllas cuya competitividad pueda ser restablecida y, en ocasiones, que se diversifique orientándose hacia nuevas actividades rentables. Esta *reestructuración industrial* suele ir acompañada de la *reestructuración financiera*, constituida por lo general por aportaciones de capital, por amortización de deudas, etc. Como resalta la propia Comisión, la reestructuración «no puede limitarse exclusivamente a una intervención financiera destinada a cubrir las pérdidas anteriores sin abordar las causas que las originan».

3.5.3. Las condiciones de la compatibilidad

Cuando las medidas de salvamento o de reestructuración constituyen ayudas de Estado, por reunir las condiciones enumeradas en el apartado 1 del artículo 87 CE¹⁶³, quedan sujetas a la regla general de

¹⁶⁰ Vid. apartados 2.2 (punto 11) y 3.2, *in totum*, de las directrices.

¹⁶¹ Como destaca MORCH («Summary of the Most Important Recent Development», en *EC Comp. Pol. New*, vol 1, n° 3, autumn-winter, 1994, pp. 61 a 66, en concreto, p. 61), la necesidad de que exista un plan de reestructuración como requisito básico para autorizar estas ayudas había sido reconocida por la jurisprudencia en la STJCE de 14 de septiembre de 1994, Reino de España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec 1994, p. I-4103.

¹⁶² Como apunta MARÍN ARRESE («La política...», op. cit., p. 62), el presupuesto básico de estas directrices se asienta en la obligación de demostrar que la opción de la intervención comporta una ventaja neta, en términos sociales y económicos, particularmente en materia de empleo. Vid. a este respecto el apartado 3.2.7 de las vigentes directrices dedicado a las ayudas para cubrir los costes sociales de la reestructuración.

¹⁶³ La Comisión examina la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 87 del Tratado CE en su apartado 2.4 (puntos 13 a 18), en el que hace un resumen actualizado de las principales cuestiones que suscita el ámbito de aplicación de dicho precepto.

incompatibilidad, lo que supone su prohibición, salvo que puedan acogerse a alguna de las excepciones enumeradas en los apartados 2 y 3 de dicho precepto.

En este punto¹⁶⁴, la Comisión advierte expresamente que el único fundamento para la compatibilidad de las ayudas de salvamento o de reestructuración de empresas en crisis es la letra c del apartado 3 del artículo 87, ya que estas ayudas «pueden contribuir al desarrollo de actividades económicas sin afectar negativamente al comercio en contra del interés de la Comunidad».

La Comisión es consciente, sin embargo, de los problemas que desde el punto de vista de la competencia suscitan estas ayudas, especialmente las ayudas a la reestructuración, ya que en la práctica pueden suponer que una parte injusta del peso del ajuste estructural y de los problemas sociales y económicos que de ello se derivan recaiga sobre otros productores que no reciben ayudas y sobre otros Estados miembros. Por ello, establece como principio general que estas ayudas sólo se podrán autorizar cuando pueda demostrarse que su concesión no es contraria al interés comunitario; esto es, cuando la ayuda cumpla una serie de requisitos estrictos y cuando se establezcan garantías de que los posibles falseamientos de la competencia quedarán compensados por las ventajas que implica el mantenimiento de la actividad de la empresa¹⁶⁵ y, en su caso, por contrapartidas suficientes para los competidores, destinadas a compensarles, en cierta medida, del desequilibrio causado por la financiación pública derivada de las ayudas estatales.

¹⁶⁴ Vid. apartado 2.5.

¹⁶⁵ En especial si se demuestra que el efecto neto de los despidos, derivados de la quiebra de la empresa, junto a las consecuencias para los proveedores exacerbarían los problemas locales, regionales o nacionales en materia de empleo o, excepcionalmente, que su desaparición llevaría a una situación de monopolio o de oligopolio restringido (cfr. punto 28 *in fine* de las directrices). Esta última cuestión, a propósito de las directrices de 1994 se plantea en la STPI de 30 de enero de 2002, Keller, SpA. y Keller Meccanica SpA C. Comisión, asunto T-35/99, apartado 88, pendiente de publicación, que tiene por objeto la anulación de la Decisión de 1 de julio de 1998, relativa a las ayudas otorgadas o previstas por Italia en favor de Keller SpA y Keller Meccanica SpA (DOCE L 63, de 12.3.1999, p. 55).

3.5.3.1. Ayudas de salvamento

En coherencia con el carácter transitorio y excepcional que la Comisión atribuye a las ayudas de salvamento, su concesión está sujeta a severas condiciones¹⁶⁶.

En primer lugar, se consideran *ayudas de tesorería*, por lo que sólo pueden concederse en forma de garantías sobre préstamos o en préstamos propiamente dichos¹⁶⁷, con la única excepción del sector bancario, al objeto de que el establecimiento de crédito en cuestión pueda seguir ejerciendo temporalmente su actividad bancaria¹⁶⁸, en atención a las consecuencias que una crisis bancaria puede ocasionar¹⁶⁹.

En ambos casos, al préstamo se le ha de aplicar un tipo de interés comparable al aplicado a los préstamos concedidos a empresas saneadas y especialmente a los tipos de referencia adoptados por la Comisión. Esta circunstancia, como destaca Marín¹⁷⁰, supone, sin duda, la

¹⁶⁶ Cfr. apartado 3.1 (puntos 23 a 27) de las directrices. Estas condiciones, básicamente coincidentes con las que recogían tanto el VIII IPC 1978 (apartado 227) como las Directrices de 1994 fueron, como subraya KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 460 y nota 7), implícitamente ratificadas por la jurisprudencia en la STJCE de 21 de marzo de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. I-1433, en particular el apartado 37.

¹⁶⁷ Acerca de las ayudas en forma de garantía, vid. también la 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 (DOCE C 71, de 11.3.2000, p. 14).

¹⁶⁸ Cfr. la normativa cautelar vigente (Directiva 89/647/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1989, sobre el coeficiente de solvencia de las entidades de crédito (DOCE L 386, de 30.12.1989, p. 14). Llegado el caso, toda ayuda que adopte una forma distinta de la contemplada en la letra b, especialmente una aportación de capital o un préstamo subordinado, se tendrá en cuenta en el examen eventual de contrapartidas en el marco de un plan de reestructuración con arreglo a los puntos 35 a 39 de estas directrices.

¹⁶⁹ Vid. en relación con las ayudas a entidades de crédito, además de lo señalado en el apartado 3.1.1 del capítulo sexto del presente estudio, el análisis efectuado por FELTKAMP, R., PESARESI, N.: «Règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux établissements de crédit», en *Banque*, n° 566, janvier, 1996, pp. 42 a 45, así como RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Las entidades de crédito...», op. cit., pp. 81 a 124. Resulta asimismo muy ilustrativo el informe del Tribunal de Cuentas de la República francesa a propósito de la intervención pública en las diversas crisis bancarias producidas en dicho país a lo largo de la década de 1990. Cfr. COUR DES COMPTES: *L'intervention de l'État dans la crise du secteur financier. Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés*, Novembre, 2000.

¹⁷⁰ MARÍN ARRESE, J. P.: «La política...», op. cit., p. 62.

concesión de una ayuda, ya que la escasa solvencia o la falta de liquidez de la empresa le impediría obtener estos préstamos en las mismas condiciones acudiendo al mercado¹⁷¹.

En segundo lugar, el plazo de amortización de dichos préstamos, tras el último pago a la empresa de las cantidades prestadas, no podrá ser superior a doce meses, aunque la Comisión admite que su devolución pueda llevarse a cabo mediante la ayuda de reestructuración que, en su caso, fuese autorizada posteriormente.

En tercer lugar, la ayuda de salvamento deberá estar también justificada por serias razones sociales y no ser susceptibles de provocar un desequilibrio de la situación económica reinante en otros Estados miembros.

En cuarto lugar, la ayuda deberá ir acompañada, en el momento de su notificación, de un compromiso del Estado miembro de transmitir a la Comisión –en el plazo de seis meses a partir de la autorización de la ayuda de salvamento– un plan de reestructuración, un plan de liquidación o, en su caso, la prueba de que se ha reembolsado íntegramente el préstamo o de que se ha puesto fin a la garantía.

Finalmente, el importe de la ayuda deberá limitarse al necesario para mantener a la empresa en funcionamiento¹⁷² durante el período para el que se autoriza.

La autorización inicial de la ayuda de salvamento abarca un período máximo de sólo seis meses que, en el caso de que el Estado miembro hubiera remitido un plan de reestructuración en dicho plazo, podrá extenderse hasta que la Comisión se pronuncie sobre él. Una vez concedida la autorización inicial, sólo en casos excepcionales podrá concederse una prórroga en virtud de petición expresa, debidamente

¹⁷¹ No podemos olvidar en este punto que la Comisión ya había calificado en sus primeras decisiones como «ayudas de rescate» aquéllas concedidas a empresas cuya difícil situación económica hacía verosímil excluir toda posibilidad de acudir al mercado de capital no subvencionado. Cfr., entre otras, la Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales (Asunto *Balamundi*) (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18) y Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papelero (Asunto *Intermills*) (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

¹⁷² Por ejemplo, cobertura de los costes salariales o de suministros corrientes.

justificada, del Estado miembro interesado. Si en dicho plazo inicial el Estado miembro no remite el plan comprometido y no presenta la solicitud de prórroga debidamente justificada, la Comisión deberá incoar el procedimiento de investigación formal previsto en el apartado 2 del artículo 88 CE¹⁷³.

3.5.3.2. Ayudas de reestructuración

Por lo que respecta a las ayudas a la reestructuración, su otorgamiento está también¹⁷⁴ condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos generales¹⁷⁵. En este punto las actuales directrices elevan de cinco a siete las condiciones que deben concurrir, aunque se trata de meras precisiones ya que el esquema básico sigue siendo esencialmente idéntico¹⁷⁶.

¹⁷³ El documento (punto 26 de las directrices) habla en términos taxativos de incoar, aunque en la práctica dicha incoación depende de la voluntad de la propia Comisión, sin perjuicio de que sean los terceros interesados puedan acudir a los tribunales. A este respecto la jurisprudencia ha venido reduciendo el margen de discrecionalidad de la Comisión a la hora de decidir la apertura o no de la fase de investigación formal, especialmente a partir de la STPI de 15 de septiembre de 1998, *Gestevisión Telecinco SA c. Comisión*, asunto T-95/96, Rec. 1998, p. II-3407. Acerca de esta jurisprudencia, vid. en detalle lo señalado en el apartado 2.2.2.1.a, del capítulo tercero de este trabajo.

¹⁷⁴ La Comisión, en el punto 27, aclara a este respecto que la autorización de la ayuda de salvamento no presupone en absoluto la posterior aprobación de ayudas concedidas en el marco de un plan de reestructuración, que deberán ser evaluadas en función de sus características propias.

¹⁷⁵ La Comisión continua hablando de condiciones generales ya que dispone unas condiciones especiales aplicables a las regiones subvencionadas, a las pequeñas y medianas empresas y al sector agrario (vid. los puntos 53 a 55 y el capítulo 5). Se observa, sin embargo, que ya no se dictan reglas específicas para las grandes empresas, que se regirán por las condiciones generales aunque con algunas matizaciones, como por ejemplo, en materia de informes.

¹⁷⁶ Los cinco requisitos que recogía el apartado 3.2.2 de las Directrices de 1994 eran los siguientes: 1) restablecimiento de la viabilidad; 2) ausencia de falseamiento indebido de la competencia mediante la concesión de la ayuda. Las condiciones que impone la Comisión para disminuir los efectos sobre la competencia; 3) proporcionalidad de la ayuda con los costes y beneficios de la reestructuración; 4) aplicación íntegra del plan de reestructuración y observancia de las condiciones; y 5) supervisión e informe anual. (*requisitos generales*). Como destaca KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 462, nota 8), la jurisprudencia ha convalidado la validez de estas condiciones. Vid. STPI de 5 de noviembre de 1997, *Établissements J. Richard Ducros c. Comisión*, asunto T-149/95, Rec. 1997, p. II-2031, apartados 61 a 70.

a) Empresas que pueden recibir la ayuda

La primera de las condiciones que debe concurrir es, lógicamente, que la empresa se considere en crisis, con arreglo a lo establecido en las propias directrices.

b) Restablecimiento de la viabilidad

Como ya hemos apuntado, la concesión de la ayuda está supeditada a la ejecución del plan de reestructuración que previamente deberá ser autorizado por la propia Comisión para todas las ayudas individuales. En realidad, las ayudas a la reestructuración son uno de los elementos de dicho plan, por lo que en el mismo debe hacerse constar su incidencia.

La Comisión ofrece una serie de reflexiones acerca de cuál debe ser el contenido y el alcance de un plan de reestructuración. Así, además de subrayar que habrá de ser lo más breve posible y tener como objetivo básico permitir que se restablezca la viabilidad a largo plazo de la empresa en un plazo razonable, se indica que deberá estar basado en «hipótesis realistas» acerca de las condiciones futuras de explotación.

La viabilidad de la empresa deberá resultar principalmente de las medidas internas contenidas en el propio plan de reestructuración y no descansar en factores externos como el aumento de los precios o de la demanda, que son factores sobre los que la empresa, en principio, no pueden incidir, salvo que dichas apreciaciones macroeconómicas gocen de reconocimiento general¹⁷⁷.

En la misma línea, se exige que el plan acometa de manera realista la situación de la empresa en crisis, analizando y enfrentándose a las circunstancias que hayan generado las dificultades de la empresa, cuya detección resulta, por tanto, esencial. Para la Comisión este análisis será el que permita determinar si las medidas propuestas son las adecuadas. El plan deberá abordar, igualmente, la situación y la evolución previsibles de la oferta y la demanda en el mercado de los productos en cues-

¹⁷⁷ La Comisión afirma con rotundidad (punto 32 de las directrices) que una buena reestructuración debe implicar el abandono de las actividades que, incluso una vez realizada la reestructuración, sigan generando pérdidas estructurales.

ción, y barajará hipótesis optimistas, pesimistas e intermedias¹⁷⁸, atendiendo a los puntos fuertes y débiles de la empresa. El plan supone para la empresa una transición a una nueva estructura que le dé perspectivas de viabilidad a largo plazo y la posibilidad de funcionar con sus propios recursos.

La empresa será viable cuando sea capaz de cubrir todos sus costes, incluidos los relativos a la amortización y a las cargas financieras. Por su parte, la rentabilidad exigible de los fondos propios de la empresa reestructurada deberá bastar para que ésta pueda afrontar la competencia contando exclusivamente con sus propias fuerzas¹⁷⁹.

Este punto es especialmente interesante si se confronta con el nivel de rentabilidad que exige el principio del inversor privado en una economía de mercado para excluir la existencia de ayudas de Estado. En efecto, para que una ayuda a la reestructuración satisfaga el requisito de avalar la futura viabilidad de la empresa beneficiaria, basta con que permita a la empresa cubrir todos los costes, incluidos los relativos a la amortización y a las cargas financieras, y generar un mínimo rendimiento del capital; por contra, en el caso de una inversión racional, el rendimiento exigible tiene que ser lo suficientemente atractivo como para que un inversor privado hubiera asumido el riesgo, lo que supone que debe reportar al inversor un rendimiento superior –en dividendos o en plusvalía de la inversión–, al que ofrecer otras inversiones alternativas.

Para poder valorar adecuadamente estas expectativas, la Comisión acude, cada vez con mayor frecuencia, al asesoramiento externo de especialistas, a quienes, a menudo, se solicita no sólo que valoren el plan presentado, sino también que le formulen las observaciones¹⁸⁰ que

¹⁷⁸ En el caso *Crédit Lyonnais*, la Comisión califica el plan de reestructuración de «ligeramente optimista», a pesar de lo cual finalmente lo aprueba. Cfr. Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente de la ayuda concedida por Francia al banco *Crédit Lyonnais* (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92, apartado 6.2. párrafo 5).

¹⁷⁹ En este punto resultaban más precisas las anteriores directrices, ya que hablaban de «generar un mínimo rendimiento del capital, de forma que, finalizada la reestructuración, la empresa no necesite más apoyo estatal y pueda competir en el mercado sobre la base de sus propios recursos».

¹⁸⁰ La Comisión acude también al asesoramiento externo para valorar, conforme al principio del inversor privado en una economía de mercado, si la operación proyectada

estimen oportunas o, en su caso, que acrediten el cumplimiento de alguna de las condiciones¹⁸¹.

En el caso *Bull (II)*¹⁸², el informe del experto independiente llegó a la conclusión de que el plan de reestructuración de la empresa permitiría a este grupo recuperar la rentabilidad en su forma diversificada actual, aunque, como destaca la Comisión «se deduce del informe que para alcanzar la dimensión necesaria para recuperar una rentabilidad duradera a largo plazo, debe privatizarse el grupo Bull para que, mediante una asociación industrial, pueda realizar el aumento de escala imprescindible, reorientar su estrategia y recuperar la confianza en el futuro de sus clientes y de su personal»¹⁸³. En otros casos, como por ejemplo el relativo a la entidad francesa *Gan*, son precisamente las autoridades nacionales quienes aportan diversos informe de expertos externos¹⁸⁴,

constituye o no una ayuda de Estado. Vid. al respecto, entre otras, las Decisiones Credit Lyonnais (I) (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92) y (II) (DOCE L 221, de 8.8.1998, p. 28); Iberia (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25).

¹⁸¹ Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson Multimedia (DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31).

¹⁸² Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bull en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L386, de 31.12.1994, p. 1).

¹⁸³ En realidad, prosigue la Comisión «el experto llegó a la conclusión de que la privatización a muy corto plazo es la clave de la recuperación de Bull, ya que esta operación: a) constituiría una señal clara para el personal, los clientes y los socios de Bull de que esta empresa desea sobrevivir; b) pondría fin a las incertidumbres estratégicas; c) reforzaría determinadas actividades; d) permitiría llevar adelante la recuperación y la reducción de costes.

El experto concluye que si Bull desea seguir siendo un gran grupo informático, tanto en su vertiente de productor de bienes como de prestador de servicios, la privatización es necesaria y debe realizarse antes del 31 de diciembre de 1995. Se trata de un requisito indispensable para que Bull, con este nuevo formato, recupere la rentabilidad a largo plazo».

¹⁸⁴ Decisión de 30 de julio de 1997 por la que se aprueban condicionalmente las ayudas concedidas por Francia al grupo Gan (DOCE L 78, de 16.03.1998, p. 1). En esta decisión se señala que «(s)e ha facilitado a la Comisión diversa información, como las conclusiones de las auditorías realizadas por Arthur Andersen y un estudio de KPMG que pasa revista a estas conclusiones, diversos documentos redactados por expertos ajenos al grupo GAN y al Tesoro (una nota de SBC Warburg sobre el plan de reestructuración, sendas notas de J. P. Morgan y Goldman Sachs sobre la viabilidad del CIC y del polo de seguros de GAN y una nota del banco Lazard referente a UIC) y la correspondencia entre UIC y la Comisión bancaria y entre la Comisión de control de seguros y GAN».

como en el caso *Grupo de Empresas Álvarez (GEA)*¹⁸⁵, en el que son las autoridades españolas las que justifican la renuncia al 50% de sus créditos por parte de sus acreedores públicos y privados en el marco de un procedimiento de suspensión de pagos, aportando un informe elaborado por un abogado independiente en el que se confirma que en España una renuncia de tal envergadura es realista y constituye una práctica habitual en casos similares.

Otra cuestión importante es la del plazo en la que el plan prevé restablecer la viabilidad de la empresa. La Comisión no fija un plazo general, sino que se limita a exigir que sea «razonable». La práctica comunitaria al respecto es variable.

En el caso *Rover (I)* de 1988¹⁸⁶, la Comisión admitió que fuera a «muy largo plazo», mientras que en el asunto *Renault* consideró «absolutamente normal» el plazo de siete años «...habida cuenta del hecho de que el grupo Renault constituye un conglomerado que abarcaba 269 entidades el 31 de diciembre de 1986, y que empleaba a 182.448 personas, con una gama de actividades muy diversificada»¹⁸⁷. Además, «la reestructuración, que comprende múltiples actuaciones en las distintas actividades, requiere plazos de aplicación prolongados, comparables a los esfuerzos ya realizados por otros grupos del sector». De donde se infiere que el punto de referencia básico empleado para adoptar la decisión puede ser la evolución de otras empresas equivalentes del mismo sector¹⁸⁸.

Recientemente, la Comisión también ha tenido ocasión¹⁸⁹ de tomar

¹⁸⁵ Decisión de 15 de julio de 1997, relativa a la ayuda de Estado otorgada en favor del Grupo de Empresas Álvarez (GEA) (DOCE L 164 de 9.6.1998, p. 30).

¹⁸⁶ Decisión de 13 de julio de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno británico al Rover Group, empresa fabricante de vehículos de motor (DOCE L 25, de 28.1.1989, p. 92). En este sentido, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 161 a 163, concretamente p. 162.

¹⁸⁷ Decisión de 29 de marzo de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno francés al grupo Renault, empresa fundamentalmente productora de vehículos automóviles (DOCE L 220, de 11.8.1988, p. 30).

¹⁸⁸ Respecto a la duración de los planes de reestructuración, véase también la STJCE de 3 de octubre de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-261/89, Rec. 1991, p. I-4437.

¹⁸⁹ XXX IPC 2000. SEC (2001) 694 final (apartado 342).

posición a propósito de los procesos de reestructuración prolongados, evaluando si debía tramitarlos como una reestructuración en curso o considerar que se trataba, en realidad, de varios procesos de reestructuración sucesivos. En el asunto de *Lintra*¹⁹⁰, la reestructuración incluía al holding y a ocho filiales. Los planes de reestructuración para las filiales supervivientes diferían claramente del plan original, por lo que finalmente la Comisión decidió dividir el prolongado período de reestructuración.

Por lo que se refiere a las medidas de privatización con transferencia de activos seleccionados de Babcock Wilcox Española SA¹⁹¹ a una empresa privada, la Comisión decidió prorrogar el procedimiento incoado en abril de 1998¹⁹² para evaluar si los diversos programas de reestructuración podrían considerarse como una única medida global que, por norma general, sólo puede autorizarse en caso de fuerza mayor. La decisión finalmente adoptada¹⁹³ concluyó autorizando la mayor parte de las ayudas cuestionadas al amparo de las presentes directrices¹⁹⁴, estimando razonable que la empresa beneficiaria alcanzase el umbral de la rentabilidad a partir del tercer año.

c) Prevención de falseamientos indebidos de la competencia

La necesidad de que la competencia no se vea afectada de forma contraria al interés común¹⁹⁵, puede exigir la adopción de medidas que

¹⁹⁰ Doppstadt GmbH (Asunto C 39/2000) e ILKA MAFA Kältemaschinenbau GmbH (Asunto C 38/2000). Decisión de la Comisión de 12.7.2000 (DOCE C 278, de 30.9.2000).

¹⁹¹ Asunto C 33/98 (ex N 220/2000), Decisión de la Comisión de 13.6.2000 (DOCE C 232 de 12.8.2000).

¹⁹² DOCE C 249, de 8.8.1998, p. 3.

¹⁹³ Vid. Decisión de 3 de julio de 2001, sobre la ayuda estatal que España ha ejecutado y tiene previsto ejecutar para la reestructuración de Babcock Wilcox España SA (DOCE L 67 de 9.3.2002, p. 50) e IP/01/932, de 3.7.2001 («La Comisión aprueba la mayor parte de la ayuda a Babcock Wilcox Española, S.A.»).

¹⁹⁴ Una pequeña parte de la ayuda fue también autorizada al ser considerada como «ayuda existente». Sobre este concepto, vid. lo expuesto supra en el apartado 2.2.2 del capítulo tercero de este trabajo.

¹⁹⁵ El hecho de que la medida cuestionada haya sido calificada como de ayuda estatal implica necesariamente que afecta a la competencia y los intercambios intracomunitarios.

mitiguen en lo posible las consecuencias negativas que la ayuda puede acarrear para los competidores.

Lo más frecuente es que esta condición se traduzca en una limitación de la presencia que la empresa puede asumir en el mercado o mercados en los que opere, una vez transcurrido el período de reestructuración¹⁹⁶.

Esta limitación forzosa de la presencia en el mercado o mercados en los que opere la empresa supone, en realidad, una contrapartida para los competidores. Su cuantía ha de ser proporcional al falseamiento causado por la ayuda y especialmente al peso relativo de la empresa en el mercado¹⁹⁷.

Se admite, sin embargo, que será posible flexibilizar la necesidad de ofrecer contrapartidas si pudiera causar un deterioro manifiesto de la estructura del mercado; por ejemplo, favoreciendo una situación monopolística o de oligopolio restringido. Asimismo, las contrapartidas pueden adoptar diferentes formas en función de que en el mercado en el que opere la empresa exista o no exceso de capacidad, cuya prueba incumbe a la propia Comisión.

En el caso de que exista un exceso de capacidad estructural en la Comunidad o en el EEE, el plan de reestructuración habrá de contribuir a su saneamiento mediante una reducción irreversible de aquélla¹⁹⁸. Sin embargo, aún cuando no existiese un exceso de capacidad,

¹⁹⁶ Si el mercado o mercados de que se trate son muy pequeños, desde el punto de vista comunitario o del EEE, o si la cuota de mercado (cuotas de mercados) es muy reducida, se ha de considerar que no existe falseamiento indebido de la competencia, por lo que se ha de estimar que esta condición no se aplica, en principio, a las pequeñas y medianas empresas, salvo en el caso de que existan disposiciones sectoriales de las normas de competencia en materia de ayudas estatales que establezcan lo contrario (Directrices, punto 32).

¹⁹⁷ La Comisión determina su magnitud basándose en el estudio de mercado adjunto al plan de reestructuración y, una vez incoado el procedimiento, en los datos facilitados por los competidores. El plan de reestructuración y las condiciones que lleve aparejadas serán los que determinen la reducción de la presencia de la empresa.

¹⁹⁸ A este respecto, la Comisión precisa [punto 39.i)] que la reducción sólo tendrá carácter irreversible cuando los activos afectados sean eliminados, inutilizados para producir al mismo nivel que anteriormente o reestructurados con carácter definitivo para poder emplearse con otro fin. La venta de capacidades de producción a competidores no es una medida suficiente, salvo en el caso de que las instalaciones vayan a ser utilizadas en un

la Comisión se reserva igualmente la facultad de imponer contrapartidas –como las cesiones de activos o filiales– atendiendo a la situación del mercado y especialmente a su nivel de crecimiento y al grado de cobertura de la demanda.

Una decisión especialmente ilustrativa a este respecto es la relativa a la segunda operación de recapitalización del grupo bancario público francés *Crédit Lyonnais*¹⁹⁹, puesto que en ella la Comisión resolvió autorizar finalmente la ayuda imponiéndole la obligación de desprenderse de buena parte de sus activos en Europa fuera de Francia, con excepción de las actividades en Londres, Luxemburgo, Francfort y Suiza.

Igualmente, en el caso *Babcock Wilcox Española, S.A.* recientemente resuelto²⁰⁰, se impuso a la empresa una severa reducción del 57% de la plantilla y del 45% de la capacidad como contrapartida para autorizar un importante paquete de ayudas.

d) Ayuda circunscritas al mínimo

Para evitar que tras la intervención, la situación de la empresa beneficiaria sea más favorable que la de sus competidores que no se han beneficiado de la ayuda, se exige que el importe y que la intensidad de la ayuda se limiten a lo estrictamente necesario para permitir la reestructuración en función de las disponibilidades financieras de la empresa, de sus accionistas o del grupo comercial del que forme parte²⁰¹.

mercado geográfico, en el que su explotación permanente no se prevea que vaya a tener consecuencias importantes sobre la situación de la competencia en la Comunidad.

¹⁹⁹ Decisión de 20 de mayo de 1998, relativa a las ayudas concedidas por Francia al grupo *Crédit Lyonnais* (DOCE L 221, de 8.8.1998, p. 28).

²⁰⁰ Cfr. Decisión de 3 de julio de 2001, sobre la ayuda estatal que España ha ejecutado y tiene previsto ejecutar para la reestructuración de *Babcock Wilcox España SA* (DOCE L 67 de 9.3.2002, p. 50) e IP/01/932, de 3.7.2001.

²⁰¹ En las Directrices de 1994 se exigía también que la ayuda guardase «proporción con las ventajas que se espere obtener desde el punto de vista de la Comunidad». En esta línea se sitúa la Decisión de 3 de mayo de 1989, relativa a la ayuda que el Gobierno español ha concedido o se propone conceder a *Enasa*, empresa fabricante de vehículos para uso comercial, bajo la marca *Pegaso* (DOCE L 367, de 16.12.1989, p. 62), en la que se señala que «...la Comisión, tras consultar a las autoridades españolas, ha estudiado hasta qué punto puede reducirse la ayuda sin poner en peligro la recuperación financiera, económica y técnica de la empresa, consiguiendo así que la magnitud de la ayuda, que ha de concederse teniendo en cuenta el coste total del plan de reestructuración, sea proporcio-

Los beneficiarios de la ayuda deben contribuir también «de forma importante» al plan de reestructuración con cargo a sus propios recursos, incluida la venta de activos, en caso de que éstos no sean indispensables para la supervivencia de la empresa, o mediante financiación externa obtenida en condiciones de mercado. Con ello se pretende básicamente limitar el falseamiento de la competencia, al evitar que la ayuda proporcione a la empresa un «exceso de tesorería» que podría utilizar para una política agresiva susceptible de provocar distorsiones en el mercado o de servir para financiar nuevas inversiones que no son indispensables para lograr que la empresa vuelva a ser viable²⁰².

En el caso de que la ayuda fuera destinada a la condonación de una deuda derivada de pérdidas registradas con anterioridad, la preocupación de la Comisión se centra en evitar que la empresa pueda beneficiarse de nuevas ayudas derivadas de la compensación fiscal de dichas pérdidas condonadas, no pudiendo, en consecuencia, utilizarlas para compensar futuros beneficios ni vender ni transferir a terceros. La Comisión expone claramente que si se permitiera esta posibilidad «la empresa estaría recibiendo la ayuda dos veces»²⁰³.

nal a los problemas que se van a resolver, es decir, al porcentaje de exceso de capacidad de la empresa que ha de suprimirse mediante las reducciones de capacidad».

En la misma dirección, pero atendiendo a un contexto más amplio, la Decisión de 24 de julio de 1991, relativa a las ayudas que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE 300, de 31.10.1991, p. 48) señala que «(l)a intensidad de las ayudas debe ser proporcional a la amplitud de los problemas subyacentes, con el fin de minimizar los posibles falseamientos de la competencia. El problema de la adecuación de la ayuda que el Gobierno belga se propone conceder a Sabena al nivel necesario para reflotar la empresa ha de valorarse dentro de un contexto más amplio, teniendo también en cuenta aspectos de política aérea».

²⁰² En el punto 38 de las directrices sobre el transporte aéreo (DOCE C 350, de 10.12.1994, p. 7), se señala claramente que «durante el período de reestructuración, la empresa deberá abstenerse de adquirir acciones de otras compañías aéreas». A título de ejemplo, vid. la Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73), por la que se impone a la compañía la condición de que «no se utilice para adquirir participaciones en otras líneas aéreas comunitarias». Igualmente, en la Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994, p. 22), se prevé expresamente que Olympic Airways «no adquirirá gracias a la ayuda una participación en los transportes aéreos de la Comunidad».

²⁰³ El artículo 1.d de la Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba con-

e) Condiciones específicas aplicables a la autorización de una ayuda

Éste es uno de los requisitos que incorporan las directrices de 1999. En él se prevé que, además de las contrapartidas anteriormente descritas, en el caso de que el Estado miembro no haya adoptado tales medidas, la Comisión podrá imponer las condiciones y las obligaciones que considere necesarias para que no se falsee la competencia en sentido contrario al interés común. A tal efecto, se enumeran, a título ilustrativo, las siguientes: i) adoptar el mismo Estado medidas (por ejemplo, la obligación de abrir determinados mercados a otros operadores comunitarios); ii) imponer determinadas medidas al beneficiario (por ejemplo, que no actúe como empresa líder en materia de precios en determinados mercados); y iii) no conceder al beneficiario ayudas destinadas al logro de otros objetivos durante el período de reestructuración.

f) Aplicación íntegra del plan de reestructuración y observancia de las condiciones impuestas:

La empresa beneficiaria está obligada a aplicar íntegramente el plan de reestructuración, tal y como ha sido aprobado, y a cumplir cualesquiera otras obligaciones fijadas en la decisión adoptada²⁰⁴.

dicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco Crédit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92), señala expresamente como condición la de «eliminar la posibilidad de que Crédit Lyonnais se acoja a un traslado de los déficit fiscales por el importe de la pérdida fiscal de 1994 cubierta por el aumento de capital de 4 900 millones de francos franceses». En el mismo sentido, la Decisión de 30 de julio de 1997, por la que se aprueban condicionalmente las ayudas concedidas por Francia al grupo Gan (DOCE L 78, de 16.3.1998, p. 11), que establece como condición la de «no permitir que las empresas del grupo GAN que se hayan beneficiado de las ayudas de Estado en cuestión trasladen créditos fiscales correspondientes a las pérdidas cubiertas por las ampliaciones de capital».

²⁰⁴ En caso de que no se cumpliera estrictamente el plan autorizado, las Directrices de 1994 [apartado 3.2..2. iv)] señalaban que la Comisión «adoptará las medidas oportunas para exigir el reembolso de la ayuda». En la actualidad, sin embargo, la Comisión se limita a señalar que «considera un uso abusivo de la ayuda el incumplimiento del plan o de las obligaciones» (punto 43 de las actuales directrices). Ello supone que la Comisión no podrá instar su recuperación sin más, sino que deberá tramitarla como abusiva, conforme al procedimiento establecido en el artículo 16 del Reglamento (CE) n° 659/1999

En el caso de que el plan de reestructuración se prolongue durante varios años y de que movilice ayudas importantes, podrá exigírsele además que la ayuda de reestructuración se fraccione en varios pagos, pudiendo supeditarse la autorización de los pagos sucesivos a la confirmación de la correcta ejecución del plan en cada una de sus etapas. En la práctica ambas condiciones vienen siendo exigidas cumulativamente²⁰⁵.

Las Directrices²⁰⁶ prestan atención a la posible modificación del plan de reestructuración²⁰⁷, señalando que el Estado miembro que la conceda puede solicitar durante su período de vigencia, modificaciones del plan presentado y que se concrete el importe de la ayuda. La Comisión puede autorizar tales modificaciones si concurren los siguientes requisitos: «a) el plan revisado ha de tener como objetivo el retorno a la viabilidad siempre en un plazo razonable; b) si se aumenta el importe de la ayuda, la importancia de cualquier contrapartida exigida deberá ser mayor que lo decidido en un principio; c) si las contrapartidas pro-

del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DOCE L 83, de 27.3.1999, p. 1). Sobre este procedimiento, vid. lo señalado *supra* en el capítulo tercero, apartado 2.2.2.3.

²⁰⁵ Como ejemplos de pago fraccionado podemos citar, entre otros, los relativos a Air Lingus: Decisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus, suministrador principalmente de servicios de transporte aéreo (DOCE L 54, de 25.2.1994, p. 30); Comunicaciones relativas al desembolso del segundo tramo de la ayuda (DOCE C 399, de 31.12.1994, p. 1) y del tercer tramo de la ayuda (DOCE C 70, 8.3.1996, p. 2). TAP: Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital, garantías de crédito y exacciones fiscales existentes en favor de TAP (DOCE L 279, de 28.10.1994, p. 29); segundo tramo de la ayuda (DOCE C 154, de 21.6.1995, p. 5); tercer tramo (DOCE C 259, de 6.9.1996, p. 2) y cuarto tramo (DOCE C 239, de 6.8.1997, p. 7); Air France: Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73); segundo tramo (DOCE C 295, de 10.11.1995, p. 2) y tercer tramo (DOCE C 374, de 11.12.1996, p. 9) o Iberia: Decisión de 31 de enero de 1996 relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, 27.4.1996, p. 25) y Decisión comunicada el 3 de septiembre de 1999. Ayuda de Estado n° N 368/99. España. Iberia, ampliación de capital. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/in_dustrie/n368-99.pdf.

²⁰⁶ Apartado 3.2.4.

²⁰⁷ Las directrices de 1994 señalaban que la Comisión consideraría ineludible garantizar que el plan fuese cumplido en su integridad, «salvo que se modifique la decisión original a raíz de una nueva notificación del Estado miembro».

puestas son inferiores a las previstas inicialmente, se ha de reducir proporcionalmente el importe de la ayuda; d) el nuevo calendario de ejecución de las contrapartidas sólo podrá retrasarse con relación a lo previsto en un principio por razones no imputables a la empresa o al Estado miembro. De no ser así, el importe de la ayuda deberá reducirse en consecuencia».

g) Supervisión e informe anual

Para garantizar la correcta puesta en práctica del plan de reestructuración tal y como ha sido aprobado, la Comisión se reserva importantes facultades de control²⁰⁸, mediante informes periódicos y detallados, que deberán ser presentados por el Estado miembro, cuyo rigor y periodicidad está en función del tamaño de la empresa²⁰⁹.

En el caso de las ayudas a grandes empresas, el primero de estos informes se deberá presentar, por regla general, a más tardar seis meses después de la fecha en que se autorice la ayuda, mientras que los posteriores podrán tener una periodicidad anual²¹⁰, antes de que se cumpla un plazo fijo, mientras no se hayan alcanzado los objetivos del plan de reestructuración. Dichos informes deberán contener los datos que la Comisión necesita para poder supervisar la ejecución del programa

²⁰⁸ No podemos olvidar que la fuerza legal de estas facultades se encuentra, en realidad, en la regulación de los instrumentos de control previstos en el 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 (hoy 88 CE), que son objeto de estudio pormenorizado en el apartado 2.2.2.7 del capítulo tercero de este trabajo.

²⁰⁹ A título ilustrativo, vid. la Decisión de 15 de julio de 1997, relativa a la ayuda de Estado otorgada en favor del Grupo de Empresas Álvarez (GEA) (DOCE L 164, de 9.6.1998, p. 30), en la que la Comisión estableció que «(h)asta el 31 de diciembre de 2000, las autoridades españolas presentarán a la Comisión informes semestrales relativos a los avances realizados en la aplicación del plan de reestructuración, así como sobre los datos económicos relativos a GEA (plan de negocios, cuentas de resultados), a fin de poder comprobar si se cumplen las estimaciones incluidas en el plan y si las autoridades españolas han respetado su compromiso de abstenerse de conceder ninguna ayuda financiera estatal a la empresa. Los informes se presentarán a la Comisión en marzo y en octubre, a más tardar».

²¹⁰ En caso de que la Comisión necesite que se confirmen a su debido tiempo determinados datos básicos, tales como los relativos a los cierres o a las reducciones de capacidad, podrá exigir que se le presenten informes con mayor frecuencia.

de reestructuración, el calendario de pagos a la empresa y su situación financiera, así como la observancia de las condiciones y de las obligaciones establecidas en la decisión de autorización. Asimismo, incluirán los datos de utilidad en relación con las ayudas que la empresa haya podido recibir durante el período de reestructuración, independientemente del fin que pretendan lograr, ya sean *ad hoc* o en el marco de regímenes.

Por el contrario, con respecto a las pequeñas y medianas empresas, bastará por lo general con que se remita con una periodicidad anual la cuenta de resultados y el balance de la sociedad subvencionada, salvo en el caso de que existan disposiciones más estrictas en la decisión de autorización²¹¹.

3.5.4. Principio de ayuda única

Las presentes Directrices recogen de manera expresa el principio de *ayuda única*, también conocido por la expresión anglosajona *one time, last time* (*primera y última vez*) que con carácter singular se había formulado para el sector del transporte aéreo²¹². En consecuencia, cuando la Comisión tenga conocimiento de un proyecto de ayuda de reestructuración, habrá de verificar si la empresa ya se ha acogido anteriormente a otra²¹³. Si así fuera y el período de reestructuración se

²¹¹ No se puede olvidar que las directrices son líneas generales, por lo que las decisiones concretas pueden incorporar exigencias adicionales, incluso más rigurosas, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto.

²¹² DOCE C 350, de 10.12.1994, p. 7. En este punto las directrices seguían las recomendaciones del informe elaborado por el Comité de Sabios creado para estudiar el futuro del transporte aéreo, (*Expanding Horizons. Civil aviation in Europe, an action programme for the future*, publicado el 1 de febrero de 1994). Con posterioridad se incorporó también con carácter singular en el caso de la construcción naval. Cfr. Reglamento (CE) n° 1540/98 del Consejo de 29 de junio de 1998 sobre ayudas a la construcción naval (DOCE L 202 de 18.7.1998, p. 1).

²¹³ Las directrices consideran como «ayudas a la reestructuración» aquellas ayudas concedidas antes de la entrada en vigor de las presentes Directrices y las ayudas no notificadas. Con respecto a estas últimas, la Comisión aclara en nota (n° 22) que tendrá en cuenta en su análisis la posibilidad de que puedan declararse compatibles con el mercado común por un concepto distinto al de ayudas de reestructuración.

hubiese acabado o el plan hubiese dejado de aplicarse hace menos de diez años, la Comisión, por regla general²¹⁴, no autorizará la concesión de una nueva ayuda de reestructuración²¹⁵ «salvo que concurren circunstancias excepcionales, imprevisibles y no imputables a la empresa», considerando como *circunstancia imprevisible* cualquier suceso que no se pudiese prever en el momento de la elaboración del plan de reestructuración.

La admisión con carácter general²¹⁶ de que la aplicación de esta cláusula no puede ser absoluta, sino flexible, se debe a la jurisprudencia²¹⁷, que ha venido exigiendo a la Comisión el examen pormenorizado de cada caso concreto y no la aplicación automática de esta regla.

A modo de cautela, la Comisión prevé²¹⁸ que la aplicación de este principio no se verá afectada por cambios en la propiedad de la empresa beneficiaria tras la concesión de una ayuda ni por ningún procedi-

²¹⁴ La Comisión matiza, también en nota (nº 24) esta regla general, señalando que, habida cuenta del grado de liberalización y de las especificidades de cada sector, se han de señalar dos situaciones: a) en el sector del transporte aéreo, completamente liberalizado desde 1997, la Comisión aplicará el principio de ayuda única dentro de los límites y condiciones de las Directrices relativas a las ayudas estatales en el sector de la aviación; b) en los demás sectores, si las consecuencias de la liberalización de los mercados comunitarios anteriormente cerrados a la libre competencia han provocado nuevas circunstancias económicas, se pueden contemplar excepciones.

²¹⁵ Cfr. Decisión de 31 de enero de 2001, relativa a la ayuda estatal ejecutada por España en favor del grupo Fesa-Enfersa (Fertiberia) (DOCE L 165 de 24.6.2002, p. 1, apartado 112 y nota 26).

²¹⁶ Esta salvaguarda ya había sido reconocida en las Directrices aplicables al sector del transporte aéreo, que recogían como excepción a la aplicación de este principio el hecho de que concurrieran «...circunstancias excepcionales, imprevisibles y ajenas a la compañía». Acerca de esta cuestión, vid. FRÜLING, P.: «Le contrôle...», op. cit., p. 315. La Comisión consideró que concurrían estas circunstancias para autorizar las ayudas concedidas a las compañías aéreas que se vieron afectadas por las consecuencias económicas de la guerra del Golfo, a principios de los años noventa, siendo previsible que valore igualmente el apoyo financiero que se pueda prestar en su momento a las empresas que se vean perjudicadas por las repercusiones económicas de los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. En este sentido, vid. «Swissair pierde caso todo su valor en Bolsa y fuerza al Gobierno a intervenir en su ayuda», el *El País*, de 4.10.2001.

²¹⁷ En este sentido, vid. STPI de 5 de noviembre de 1997, Etablissements J. Richard Ducros c. Comisión, asunto T-149/95, Rec. 199, p. II-2031, apartado 115.

²¹⁸ Punto 49 de las directrices.

miento judicial o administrativo que tenga como consecuencia el saneamiento de su balance, la reducción de sus créditos o la liquidación de deudas anteriores, puesto que en todas estas circunstancias se trata de la continuación de una misma empresa.

En la misma línea, en el caso de una empresa que adquiriera los activos de otra²¹⁹ a la que se haya aplicado uno de los procedimientos antes mencionados o un procedimiento de quiebra basado en el Derecho nacional y que haya recibido una ayuda de salvamento o de reestructuración, el comprador no estará sujeto a esta limitación, siempre que: a) no tenga ninguna vinculación con la antigua empresa; b) haya adquirido los activos vendidos por aquélla al precio de mercado²²⁰; o c) la liquidación o la recuperación y absorción no sean meras fórmulas para evitar la aplicación de este principio²²¹.

3.6. *La excepción cultural*

La denominada *excepción cultural* es un concepto de reciente aparición en el Derecho comunitario, puesto que fue incorporada al apartado 3 del artículo 87 CE en virtud del Tratado de la Unión Europea

²¹⁹ La Comisión recuerda que las ayudas destinadas a la adquisición de los activos por parte de la nueva empresa, al tratarse de ayudas a la inversión inicial, no pueden ser autorizadas con arreglo a las presentes Directrices, en coherencia con lo señalado en punto 7, respecto de las empresas de nueva creación.

²²⁰ Las directrices señalan expresamente que con ello se evita cualquier «fuga» (*sic*) hacia la nueva empresa de las ayudas concedidas a la anterior [punto 50.b) de las directrices].

²²¹ La Comisión podría considerar que se trata de evitar la aplicación de esta regla si, por ejemplo, en el momento de adquirir los activos de la empresa anterior se hubieran podido prever con claridad las dificultades por las que atravesaría la nueva empresa. Como se señala en el XXX IPC 2000. SEC (2001) 694 final (apartado 341), la Comisión tuvo que tratar la cuestión de si una empresa que retoma todos los activos de otra empresa en quiebra podría definirse como una empresa nueva o se le podría exigir la devolución de una ayuda incompatible con el Tratado CE. Fue con motivo de los casos Graf von Henneberg Porzellan GmbH (Asunto NN 135/99, Decisión de la Comisión de 13.6.2000 –(DOCE C 272, de 23.9.2000–) y Kalha Porzellan GmbH (Asunto NN 142/99, Decisión de la Comisión de 15.11.2000, –DOCE C 185, de 30.6.2001, p. 45–) en Alemania. La Comisión incoó un procedimiento ya que albergaba serias dudas de que se tratara de empresas nuevas, teniendo en cuenta que retomaban todos los activos y que seguían realizando su actividad con el mismo nombre.

de 1992²²². Hasta entonces, como subraya Arpio²²³, las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio que podían afectar al comercio entre Estados miembros y que distorsionaban la competencia entraban en el ámbito de aplicación del Tratado CE y, por lo tanto, se veían afectadas por la regla de incompatibilidad del apartado 1 del artículo 87 CE. No obstante, en los escasos supuestos en que se cuestionaba la aplicación de las reglas sobre ayudas estatales, se había resuelto su compatibilidad al amparo de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE²²⁴.

A juicio de este autor, dos son las causas que han llevado a introducir esta nueva excepción. Por un lado, hasta la entrada en vigor del Tratado CE algunos Estados sostenían que las ayudas destinadas a promover la cultura nacional debían ser toleradas. Frente a esta opinión, la Comisión mantenía que las reglas sobre ayudas estatales debían aplicarse a toda actividad empresarial²²⁵ independientemente de su finalidad²²⁶. La inclusión en el apartado 3 del artículo 87 CE supone necesariamente que las medidas culturales que reúnan las condiciones del apartado 1

²²² Artículo G del TUE que desplaza el contenido de la letra d a una nueva letra e, introduciendo esta nueva excepción en la letra d.

²²³ ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 299 a 301, en concreto p. 299.

²²⁴ En este sentido, vid., por todos, KEPPELNE, G. P.: *Guide...*, op. cit., pp. 496 y 497. Un ejemplo puede ser la Decisión de 21 de diciembre de 1988, relativa a las ayudas acordadas por el Gobierno griego a la industria cinematográfica para la producción de películas griegas (DOCE L 208, de 20.7.1989, p. 38). Ante este hecho, algunos autores habían apuntado la ausencia de necesidad de incorporar una excepción específica en materia cultural al régimen de excepciones previsto en el Tratado CE. Cfr. NAVARRO, M.: «Directrices de la Comisión Europea sobre ayudas públicas a la PYME. Otros regímenes horizontales», en VARIOS: *Jornadas sobre ayudas...*, op. cit., pp. 81 a 94, en particular pp. 93 y 94. En el mismo sentido, vid. también BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., p. 45, y XXIII IPC 1993, apartado 172.

²²⁵ Para un análisis económico de las actividades artísticas resulta especialmente ilustrativo el trabajo de FREY, B. S., POMMERHNE, W. W.: *Musas e mercados: exploracions na economia da arte*, Laiovento, Santiago de Compostela, 1995.

²²⁶ La doctrina suele apuntar acerca de esta cuestión la diferencia entre actividades puramente culturales y actividades mixtas, entre lo cultural y lo económico, que implícitamente recoge la STPI de 18 de septiembre de 1995, Societe Internationale de Diffusion et d'Édition (SIDE) c. Comisión, asunto T-49/93, Rec. 1995, p. II-2501, apartado 11. En este sentido, vid. HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 79.

quedan sometidas a su régimen y control. Por otro lado, su inclusión como excepción particular permite un trato singular de las ayudas destinadas a promover la cultura y el patrimonio histórico-artístico.

Al igual que las excepciones de la letra c, es preciso que las ayudas no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común. Ello supone, en este caso concreto, como subraya Keppenne²²⁷, que quedan excluidas las ayudas que favorezcan la compartimentación del mercado cultural europeo.

Estas ayudas se han venido desarrollando tradicionalmente en tres ámbitos básicos: a) la producción cinematográfica, b) la televisión, y c) el libro; no pudiéndose ignorar en la actualidad otras actividades²²⁸, como las deportivas²²⁹ o la conservación del patrimonio cultural²³⁰. Un ejemplo ilustrativo es la Decisión relativa a las subvenciones concedi-

²²⁷ KEPPELNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 497. Este autor cita en este sentido la Decisión de 2 de octubre de 1996, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno francés a la sociedad de producción audiovisual Société Française de Production (DOCE L 95, de 10.4.1997, p. 19, punto IX).

²²⁸ Dentro de una concepción amplia del ocio y de la cultura podemos destacar también que, en fechas recientes y tras diversas denuncias, la Comisión ha decidido incoar el procedimiento de investigación formal respecto de unas presuntas ayudas concedidas en favor del parque temático Terra M tica, en la Comunidad Valenciana. Cfr. IP/01/868, de 20 de junio de 2001 y DOCE C 300, de 26.10.2001, p. 2. Fuera del campo de las ayudas estatales, resulta igualmente ilustrativa a este respecto la decisión adoptada por la Comisión a propósito de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por las compañías de subastas de arte Christie's y Sotheby's» (IP/02/1585, de 30 octubre de 2002, «La Comisión condena las prácticas colusorias de Christie's y Sotheby's») o la condena al fabricante japonés de videojuegos Nintendo por prácticas restrictivas en materia de precio (IP/02/1584, de 30.10.2002 «La Comisión multa a Nintendo y a siete de sus distribuidores por colusión para impedir la comercialización de productos a bajo precio»).

²²⁹ A propósito de las relaciones entre el deporte y las reglas de la competencia y, en particular, sobre la regulación de las ayudas estatales, vid. lo expuesto *supra* en el apartado 3.1.1 del capítulo sexto de este trabajo.

²³⁰ En 1995 la Comisión elaboró un borrador de directrices sobre ayudas estatales en el sector audiovisual (*Preparativos para la sociedad de la información: directrices sobre ayudas estatales al arte y la cultura, con especial referencia al sector audiovisual*), que no llegó a ser aprobado. A este respecto, vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Patrimonio cultural y Unión Europea», en *XVII Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 1998, pp. 229 a 236, en concreto p. 234, nota 4, y HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., 79, y *XXIX IPC 1999*, apartado 3.2.2 (sector audiovisual).

das para la restauración del monasterio vallisoletano de Santa María de Retuerta²³¹.

En el análisis de la ayuda *ad hoc* concedida por la Consejería de Educación y Cultura de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la Comisión consideró que no existía ayuda estatal, en el sentido del apartado 1 del artículo 87 CE²³², no sin antes aclarar que «...suponiendo que la subvención en cuestión constituya una ayuda en el sentido del artículo 87 del Tratado CE, la Comisión considera que ésta puede ser autorizada de conformidad con la derogación prevista en el apartado 3 letra d) del artículo 87 del Tratado CE. En efecto, la subvención está claramente destinada a promover la conservación del patrimonio histórico artístico español».

3.7. Las ayudas autorizadas por el Consejo

La última excepción que contempla el apartado 3 del artículo 87 CE, en la actualidad con la letra e, permite al Consejo autorizar «las demás categorías de ayudas», siempre que se acuerde por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión. La generalidad de la doctrina ha entendido que esta excepción sólo permite autorizar nuevas categorías de ayudas y no las específicamente previstas en los demás apartados de este precepto²³³.

Como destaca Keppenne²³⁴, el Consejo, al amparo de esta norma, pudo tomar en consideración circunstancias de orden económico y

²³¹ Ayuda de Estado n° N 503/99. El texto íntegro de esta decisión se puede consultar en el servidor de la UE en la dirección. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n503-99.pdf. Para un comentario más detallado de esta decisión, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «La restauración del monasterio de Santa María de Retuerta en clave comunitaria», en *XXI Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 2003, en prensa.

²³² La Comisión llegó a esta conclusión teniendo en cuenta que su limitada cuantía y su escasa intensidad no alteran las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común.

²³³ En este sentido, vid. entre otros, HANCHER, L., OTTERVARGEN, T., SLOT, P. J.: *EC State...*, op. cit., p. 80, y ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 301.

²³⁴ KEPPEPNE, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 497.

social para adoptar una decisión de compatibilidad. La facultad de la Comisión se limita, en consecuencia, a verificar el cumplimiento de las condiciones fijadas por el Consejo²³⁵.

La autorización debe ser abstracta y general, por cuanto se limita a determinadas «categorías de ayudas» en favor de potenciales beneficiarios y no de beneficiarios concretos y determinados. Respecto de estos últimos, sin embargo, el Consejo podría hacer uso de la facultad que le otorga el párrafo 3º del apartado 3 del artículo 87 CE, conforme al cual «(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 sea considerada compatible con el mercado común, cuando circunstancias excepcionales justifiquen dicha decisión. Si, con respecto a esta ayuda, la Comisión hubiere iniciado el procedimiento previsto en el párrafo primero del presente apartado, la petición del Estado interesado dirigida al Consejo tendrá por efecto la suspensión de dicho procedimiento hasta que este último se haya pronunciado sobre la cuestión».

Un ejemplo²³⁶ de ejercicio de esta última facultad por parte del Consejo lo encontramos en la Decisión del Consejo de 22 de junio de 1995, relativa a la concesión de una ayuda extraordinaria a los productores de vinos de mesa en Francia, cuya legalidad fue discutida sin éxito por la Comisión²³⁷.

²³⁵ En este sentido, vid. KEPPEL, J. P.: *Guide...*, op. cit., p. 498, y la STPI de 22 de octubre de 1996. Foreningen af Jernskibs-og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsværftsforeningen, Assens Skibsværft A/S, Burmeister & Wain Skibsværft A/S, Danyard A/S, Fredericia Skibsværft A/S, Odense Staalskibsværft A/S, Svendborg Værft A/S, Ørskov Christensens Staalskibsværft A/S y Aarhus Flydedok A/S c. Comisión, asunto T-266/94, Rec. 1996, p. II-1399, apartados 169 y 231.

²³⁶ Una interesante relación de casos se puede encontrar en RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 98, reproducida por FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 97, nota 77.

²³⁷ STJCE de 19 de febrero de 1998, Comisión c. Consejo, asunto C-309/95, Rec. 1998, p. I-655. El Tribunal rechazó el recurso de la Comisión por extemporáneo sin entrar en el fondo del asunto. La Comisión invocaba en apoyo de su recurso, con carácter principal, la aplicación errónea del párrafo 3º del apartado 2 del artículo 88 CE, en la medida en que fue utilizado para apartarse de los mecanismos de la organización común

Esta facultad, que hace posible incluso la autorización de ayudas sobre las que la Comisión ha iniciado una investigación formal²³⁸ ha sido, además, la base legal para la autorización de las ayudas a la construcción naval, que no podían acogerse a la excepción de la letra c al tratarse de «ayudas a la producción» y no de ayudas al desarrollo, como exige este último²³⁹.

del mercado vitivinícola y, con carácter subsidiario, de una parte, la inexistencia en el presente caso, de las circunstancias excepcionales exigidas por dicha disposición y, de otra parte, la insuficiencia y el carácter erróneo de la motivación.

²³⁸ A este respecto, KEPPELNE (*Guide...*, op. cit., p. 499, nota 17) cita el caso de la Comunicación por la que se acuerda el archivo de las ayudas que el Gobierno español piensa conceder para respaldar la reestructuración de los astilleros públicos de la División de Construcción Naval (DCN), integrada en la sociedad holding estatal Agencia Industrial del Estado (AIE) (DOCE C 354, de 21.11.1997, p. 2). Este autor manifiesta, no obstante, lo criticable que resulta la utilización de esta excepción en estos supuestos.

²³⁹ Vid., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 86.

SENTENCIAS Y DECISIONES

1. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE)

- STJCE de 23 de febrero de 1961, De Gezamenlijke Steenkolemmijnen in Limburg c. Alta Autoridad, asunto 30/59, Rec. 1961, p. 3.
- STJCE de 15 de julio de 1963, Plaumann & Co c. Comisión, asunto 25/62, Rec. 1963 p. 95.
- STJCE de 15 de julio de 1964, Flaminio Costa c. ENEL, asunto 6/64, Rec. 1964, p. 1141.
- STJCE de 10 de diciembre de 1969, Societa Eridania Zuccherifici Nazionali y otros c. Comisión, asuntos acumulados 10 y 18/68, Rec. 1969, p. 459.
- STJCE de 13 de julio de 1971, Deutscher Komponistenverband c. Comisión, asunto 8/71, Rec. 1971, p. 705.
- STJCE de 12 de julio de 1973, Comisión c. República Federal de Alemania, asunto 70/73, Rec. 1973, p. 813.
- STJCE de 11 de diciembre de 1973, Gebrueder Lorenz GmbH c. República Federal de Alemania y Land Rheinland-Pfalz, asunto 120/73, Rec. 1973, p. 1471.
- STJCE de 2 de julio de 1974, República italiana c. Comisión, asunto 173/73, Rec. 1974, p. 709.
- STJCE de 3 de febrero de 1977, Luigi Benedetti c. Munari F.LLI S.A.S., asunto 52/76, Rec. 1977, p. 163.

- STJCE de 22 de marzo de 1977, Steinike & Weinlig c. República Federal de Alemania, asunto 78/76, Rec. 1977, p. 595.
- STJCE de 27 de marzo de 1980, Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Denkavit italiana SRL, asunto 61/79, Rec. 1980, p. 1205.
- STJCE de 24 de abril de 1980, Comisión c. República italiana, asunto 72/79, Rec. 1980, p. 1411.
- STJCE de 17 de septiembre de 1980, Philip Morris Holland BV c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671.
- STJCE de 14 de julio de 1981, Gerhard Züchner c Bayerische Vereinsbank AG, asunto 172/80, Rec. 1981, p. 2021.
- STJCE de 6 de julio de 1982, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión, asuntos acumulados 188 a 190/80, Rec. 1982, p. 2545.
- STJCE de 13 de octubre de 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will y otros c. Bundesanstalt fuer Landwirtschaftliche Marktordnung, asuntos acumulados 213 a 215/81, Rec. 1982, p. 3583
- STJCE de 24 de noviembre de 1982, Comisión c. Irlanda, asunto 249/81, Rec. 1982, p. 4005 (Buy Irish).
- STJCE de 20 de marzo de de 1984, Alemania c. Comisión, asunto 84/82, Rec. 1984, p. 1451.
- STJCE de 14 de noviembre de 1984, SA Intermills c. Comisión, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 4295.
- STJCE de 30 de enero de 1985, Comisión c. República francesa, asunto 290/83, Rec. 1985, p. 439
- STJCE de 7 de febrero de 1985, ADBHU, 240/83, Rec. p. 531
- STJCE de 13 de marzo de 1985, Reino de los Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek BV c. Comisión, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 0809.
- STJCE de 15 de enero de 1986, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 52/84, Rec. 1986, p. 89.
- STJCE de 28 de enero de 1986, Compagnie Francaise de l'Azote (COFAZ) S.A. y otros c. Comisión, asunto 169/84, Rec. 1986, p. 391.
- STJCE de 30 de abril de 1986, Ministère Public c. Lucas Asjas y otros, asuntos acumulados 209 a 213/84, Rec. 1986, p. 1425.
- STJCE de 10 de julio de 1986, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 40/85, Rec. 1986, p. 2321 (Asunto Boch II).
- STJCE de 24 de febrero de 1987, Deufil GmbH und Co. KG c. Comisión, asunto 310/85, Rec. 1987, p. 901.

- STJCE de 9 de abril de 1987, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 5/86, Rec. 1987, p. 1773.
- STJCE de 14 de octubre de 1987, República Federal de Alemania c. Comisión, asunto 248/84, Rec. 1987, p. 4013.
- STJCE de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds c. Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487.
- STJCE de 2 de febrero de 1988, Kwekerij Gebroeders van der Kooy BV y otros c. Comisión, asuntos acumulados 67, 68 y 70/85, Rec. 1988, p. 219.
- STJCE de 8 de marzo de 1988, Ejecutivo Regional Valón y S.A. Glaverbel c. Comisión, asuntos acumulados 62/87 y 72/87, Rec. 1988, p. 1573.
- STJCE, de 6 de julio de 1988, Dillinger Hüttenwerk c. Comisión, asunto 236/86, Rec 1988, p. 3761.
- STJCE de 15 de diciembre de 1988, Irish Cement c. Comisión, asuntos acumulados 166/86 y 220/86, Rec. 1988, p. 6473.
- STJCE de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro GmbH c. Zentrale zur Bekämpfung, asunto 66/86, Rec. 1989, p. 803.
- STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c. Comisión, Rec. 1990, p. I-0307.
- STJCE de 21 de marzo de 1990, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-142/87, Rec. 1990, p. I-0959.
- STJCE de 12 de julio de 1990, Société CDF Chimie Azote et Fertilisants SA y Société Chimique de la Grande Paroisse SA c. Comisión, asunto 169/84, Rec. 1990, p. I-3083.
- STJCE de 6 de diciembre de 1990, Wirtschaftsvereinigung Eisen-und Stahlindustrie c. Comisión, asunto C-180/88, Rec. 1990, p. I-4440.
- STJCE de 19 de febrero de 1991, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto C-375/89, Rec. 1991, p. I-0383.
- STJCE de 28 de febrero de 1991, Stergios Delimitis c. Henninger Braeu AG, asunto C-234/89, Rec. 1991, p. I-935.
- STJCE de 21 de marzo de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-305/89, Rec. 1991, p. I-1603.
- STJCE de 21 de marzo de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. I-1433.
- STJCE de 3 de octubre de 1991, República italiana c. Comisión, asunto C-261/89, Rec. 1991, p. I-4437.
- STJCE de 21 de noviembre de 1991, Federation Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires y Syndicat National des Negociants et Trans-

- formateurs de Saumon c República francesa, asunto C-354/90, Rec. 1991, p. I-5505.
- STJCE de 4 de febrero de 1992, British Aerospace Public Ltd Company y Rover Group Holdings Plc c. Comisión, asunto C-294/90, Rec. 1992 p. I-0493.
- STJCE de 30 de junio de 1992, Reino de España c. Comisión, asunto C-312/90, Rec. 1992, p. I-4117.
- STJCE de 17 de marzo de 1993, Firma Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG, asuntos acumulados C-72/91 y C-73/91, Rec. 1993, p. I-0887.
- STJCE de 19 de mayo de 1993, William Cook plc c. Comisión, C-198/91, Rec. 1993, p. I-2487.
- STJCE de 19 de mayo de 1993, procedimiento penal entablado contra Paul Corbeau, asunto C-320/91, Rec. 1993, p. I-2533.
- STJCE de 10 de junio de 1993, Comisión c. Grecia, asunto C-183/91, Rec. 1993, p. I-3131.
- STJCE de 15 de junio de 1993, Matra SA c. Comisión, C-225/91, Rec. 1993, p. I-3203.
- STJCE de 30 de noviembre de 1993, Petra Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal, asunto C-189/91, Rec. 1993, p. I-6185.
- STJCE de 15 de marzo de 1994, Banco de Crédito Industrial SA, devengue Banco Exterior de España SA c. Ayuntamiento de Valencia, asunto C-387/92, Rec. 1994, p. I-877.
- STJCE de 13 de abril de 1994, República Federal de Alemania y Pleuger Worthington GmbH c. Comisión, asuntos acumulados C-324/90 y C-342/90, Rec. 1994, p. I-1173
- STJCE de 27 de abril de 1994, Ayuntamiento de Almelo y otros c. NV Energiebedrijf Ijsselmij, asunto C-393/92, Rec. 1994, p. I-1477.
- STJCE de 9 de agosto de 1994, Namur-les Assurances du Crédit SA c. Office National du Ducroire y Estado belga, asunto C-44/93, Rec. 1994, p. I-3829.
- STJCE de 14 de septiembre de 1994, Reino de España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. 1994, p. I-4103.
- STJCE de 4 de abril de 1995, Comisión c. República italiana, asunto C-350/93, Rec. 1995, p. I-0699.
- STJCE de 4 de abril de 1995, Comisión c. República italiana, asunto C-348/93, Rec. 1995, p. I-0673.
- STJCE de 29 de junio de 1995, Reino de España c. Comisión, asunto C-135/93, Rec. 1995, p. I-1651.

- STJCE de 29 de febrero de 1996, Comisión c. Consejo de la Unión Europea, asunto C-122/94, Rec. 1996, p. I-0881.
- STJCE de 29 de febrero de 1996, Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-56/93, Rec. 1996, p. I-0723.
- STJCE de 11 de julio de 1996, Syndicat Français de l' Express International (SFEI) y otros c. La Poste y otros, asunto C-39/94, Rec. 1996 p. I-3547.
- STJCE de 24 de octubre de 1996, República Federal de Alemania, Hanseatische Industrie-Beteiligungen GmbH y Bremer Vulkan Verbund AG c. Comisión, asuntos acumulados C-329/93, C-62/95 y C-63/95, Rec. 1996, p. I-5151.
- STJCE, de 19 de noviembre de 1996, Siemens AG c. Henry Nold, asunto C-42/95, Rec. 1996, p. I-6017.
- STJCE de 20 de marzo de 1997, Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH, asunto C-24/95, Rec. 1997 p. I-1591.
- STJCE de 15 de abril de 1997, Reino de España c. Comisión, asunto C-292/95, Rec. 1997, p. I-1931.
- STJCE de 15 de mayo de 1997, Siemens SA c. Comisión, asunto C-278/95 P, Rec. 1997, p. I-2507.
- STJCE de 29 de enero de 1998, Comisión c. República italiana, asunto C-280/95, Rec.1998, p. I-0259.
- STJCE de 19 de febrero de 1998, Comisión c. Consejo de la Unión Europea, asunto C-309/95, Rec. 1998, p. I-655.
- STJCE de 2 de abril de 1998, Comisión c. Chambre Syndicale Nationale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeurs (Sytraval) y Brink' s France SARL, recurso de casación, asunto C-367/95 P, Rec 1998, p. I-1719.
- STJCE de 7 de mayo de 1998, que falló los asuntos acumulados Epifanio Viscido, Mauro Scandella y otros y Massimiliano Terragnolo y otros c. Ente Poste Italiane, asuntos acumulados C-52/97, C-53/97 y C-54/97, Rec. 1998, p. I-2629.
- STJCE de 1 de diciembre de 1998, Ecotrade Srl contra Altiforni e Ferriere di Servola SpA (AFS), asunto C-200/97, Rec. 1998, p. I-7907.
- STJCE de 29 de abril de 1999, Reino de España c. Comisión, asunto C-342/96, Rec. 1999, p. I-2459.
- STJCE de 17 de junio de 1999, Industrie Aeronautiche e Meccaniche Rinaldo Piaggio SpA c. I International Factors Italia SpA (IFITALIA) y otros, asunto C-295/97, Rec. 1999, p. I-3735.
- STJCE de 29 de junio de 1999, Déménagements-Manutention Transport SA (DMT), asunto C-256/97, Rec. 1999, p.I-3913.
- STJCE de 23 de marzo de 2000, Dionysios Diamantis c. Elliniko Dimosio et

- Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE), asunto C-373/97, Rec. 2000, p. I-1705.
- STJCE de 16 de junio de 2000, República francesa y Ladbroke Racing Ltd c. Comisión, asunto C-83/98, Rec. 2000, p. I-3271.
- STJCE de 22 de junio de 2000. República Francesa c. Comisión. Asunto C-332/98. Rec. 2000, p. I-04833.
- STJCE de 27 de junio de 2000, Comisión c. República Portuguesa, asunto C-404/97, Rec. 2000, p. I-4897.
- STJCE de 19 de septiembre de 2000, República Federal de Alemania c. Comisión, asunto C-156/98, Rec. p. I-6857.
- STJCE de 12 de octubre de 2000, Reino de España c. Comisión, asunto C-480/98, Rec. 2000 p. I-8717 (Caso Magefesa).
- STJCE de 15 de febrero de 2001. República francesa c. Comisión, asunto C-99/98. Rec. 2001 p.I-1101.
- STJCE de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra AG y otras c. Land Schleswig-Holstein, asunto C-379/98, Rec. 2001, p. I-2099.
- STJCE de 22 de marzo de 2001, República francesa c. Comisión, asunto C-17/99, Rec. 2001, p. I-2481.
- STJCE de 3 de mayo de 2001, Portugal c. Comisión, asunto C-204/97, Rec. 2001 p.I-3175.
- STJCE de 9 de octubre de 2001, República Italiana c. Comisión, asunto C-400/99, Rec. 2001, I-7303.
- STJCE de 16 de mayo de 2002, República francesa c. Comisión, asunto C-482/99, pendiente de publicación.
- STJCE de 26 de septiembre de 20002, España c. Comisión, asunto C-351/98, pendiente de publicación.

2. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia (STPI)

- STPI de 27 de abril de 1995, Association of Sorbitol producers within the EC (ASPEC), Cerestar Holding BV, Roquette Freres SA y Merck OHG c. Comisión, asunto T-435/93, Rec. 1995, p. II-1281.
- STPI de 27 de abril de 1995, Association des Amidonneries de Cereales de la CEE, Levantina Agricola Industrial SA, Societa Piemontese Amidi e Derivati SpA, Pfeifer & Langen, Ogilvie Aquitaine SA, Cargill BV y Latenstein zetmeel BV c. Comisión, asunto T-442/93, Rec. 1995, p. II-1329.
- STPI de 8 de junio de 1995, Siemens SA c. Comisión, asunto T-459/93, Rec. 1995, p. II-1675.

- STPI de 13 de septiembre de 1995, TWD Textilwerke Deggendorf GmbH c. Comisión, asuntos acumulados T-244/93 y T-486/93, Rec. 1995, p. II-2265.
- STPI de 15 de septiembre de 1995, SIDE c. Comisión, asunto T- 49/93, Rec. 1995, p. II. 2501.
- STPI de 22 de mayo de 1996, Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AI TEC) c. Comisión, asunto T-277/94, Rec. 1996 p. II-351.
- STPI de 5 de junio de 1996, Kahn Scheppvaart BV c. Comisión, asunto T-398/94, Rec. 1996, p. II-0477.
- STPI de 22 de octubre de 1996, Foreningen af Jernskibs- og Maskinbyggerier i Danmark, Skibsværftsforeningen, Assens Skibsværft A/S, Burmeister & Wain Skibsværft A/S, Danyard A/S, Fredericia Skibsværft A/S, Odense Staalskibsværft A/S, Svendborg Værft A/S, Ørskov Christensens Staalskibsværft A/S y Aarhus Flydedok A/S c. Comisión, asunto T-266/94, Rec. 1996, p. II-1399.
- STPI de 12 de diciembre de 1996, Compagnie Nationale Air France c, Comisión, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109.
- STPI de 27 de febrero de 1997, Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA), Union des Sociétés Étrangères d'Assurances (USEA), Groupe des Assurances Mutuelles Agricoles (Groupama), Fédération Nationale des Syndicats d'Agents Généraux d'Assurances (FNSAGA), Fédération Française des Courtiers d'Assurances et de Réassurances (FCA) y Bureau International des Producteurs d'Assurances et de Réassurances (BIPAR) c. Comisión, asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229.
- STPI de 18 de septiembre de 1997, Mutual Aid Administration Services c. Comisión, asuntos acumulados T-121/96 y T-151/96, Rec. p. II-1355.
- STPI de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK c. Comisión asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739.
- STPI de 5 de noviembre de 1997, Établissements J. Richard Ducros c. Comisión, asunto T-149/95, Rec. 1997, p. II-2031.
- STPI de 2 de diciembre de 1997, Waterleiding Maatschappij Noord-West Brabant NV c. Comisión, asunto T-188/95, Rec. 1998, p. II-3713.
- STPI de 27 de enero de 1998, Ladbroke Racing Ltd c. Comisión, asunto T-67/94, Rec. 1998, p. II-1.
- STPI de 17 de febrero de 1998, Pantochim SA c. Comisión, asunto T-107/96, Rec. 1998, p. II-0311.
- STPI de 30 de abril de 1998, Cityflyer Express Ltd c. Comisión, asunto T-16/96, Rec. 1998, p. II-0757.
- STPI de 25 de junio de 1998, British Airways plc, Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden, Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV, Air UK

- Ltd, Euralair international, TAT European Airlines SA y British Midland Airways Ltd. c. Comisión, asuntos acumulados T-371/94 y T-394/94, Rec. 1998, p. II-2405.
- STPI de 15 de septiembre de 1998, Gestevisión Telecinco SA c. Comisión, asunto T-95/96, Rec. 1998, p. II-3407.
- STPI de 15 de septiembre de 1998, BP Chemicals Limited c. Comisión, asunto T-11/95, Rec. 1998, p. II-3235.
- STPI de 15 de septiembre de 1998, Ryanair Limited c. Comisión, asunto T-140/95, Rec. 1998, p. II-3327.
- STPI de 15 de septiembre de 1998, Breda Fucine Meridionali SpA (BFM) y Ente Partecipazioni e Finanziamento Industria Manifatturiera (EFIM) c. Comisión, asuntos acumulados T-126/96 y C-127/96, Rec. 1998, p. II-3437.
- STPI de 21 de enero de 1999, Neue-Maxhütte-Stahlwerke GmbH y Lech-Stahlwerke GmbH c. Comisión, asuntos acumulados T-129/95, T-2/96 y T-97/96, Rec. 1999, p. II-0017.
- STPI de 28 de enero de 1999, Bretagne Angleterre Irlande (BAI) c. Comisión, asunto T-14/96, Rec. 1999, p. II-0139.
- STPI de 3 de junio de 1999, Télévision Française 1 SA (TF1) c. Comisión, asunto T-17/96, Rec. 1999, p. II-0757.
- STPI de 10 de mayo de 2000, SIC Sociedade Independente de Comunicação, SA, c. Comisión, asunto T-46/97, Rec. 2000, p. II-2125.
- STPI de 15 de junio de 2000, Alzetta Mauro y otros c. Comisión, asuntos acumulados T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 a T-607/97, T-1/98, T-3/98 a T-6/98 y T-23/98, Rec. 2000, p. II-2319.
- STPI de 12 de diciembre de 2000, Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA, c. Comisión, asunto T-296/97, Rec. 2000, p. II-3871.
- STPI de 15 de marzo de 2001, Sociétés Chimique Prayon-Rupel SA c. Comisión, asunto T-73/98, Rec. 2001, p. II-2769.
- STPI de 4 de abril de 2001, Regione autonoma Friuli Venezia Giulia c. Comisión, asunto T-288/97, pendiente de publicación.
- STPI de 7 de junio de 2001, Agrana Zucker und Starke AG c. Comisión, asunto T-187/99, Rec. 2001 p.II-1587.
- STPI de 30 de enero de 2002, Keller, SpA. y Keller Meccanica SpA c. Comisión, asunto T-35/99, pendiente de publicación.
- STPI de 6 de marzo de 2002, Territorio Histórico de Álava - Diputación Foral de Álava, Ramondín, S.A. y Ramondín Cápsulas, S.A. c. Comisión, asuntos acumulados T-92/00 y T-103/00 (pendiente de publicación).

STPI de 11 de julio de 2002, Hijos de Andrés Molina, S.A. (HAMSA) c. Comisión, asunto T-152/99, pendiente de publicación.

STPI de 23 de octubre de 2002, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa y Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión, asuntos acumulados T-346/99, T-347/99 y T-348/99, pendiente de publicación.

STPI de 23 de octubre de 2002, Territorio Histórico de Álava-Diputación Foral de Álava, Territorio Histórico de Guipúzcoa-Diputación Foral de Guipúzcoa y Territorio Histórico de Vizcaya-Diputación Foral de Vizcaya c. Comisión, asuntos acumulados T-269/99, T-271/99 y T-272/99, pendiente de publicación.

3. Decisiones de la Comisión

Decisión de 2 de mayo de 1979, a propósito de la bonificación de intereses para la compra de material offshore sobre la plataforma continental británica (DOCE L 127, 24.5.1979, p. 30).

Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de un grupo industrial y comercial en el sector de revestimientos murales Balamundi (DOCE L 138, de 19.5.1982, p. 18).

Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a una ayuda del Gobierno holandés en favor de una empresa de transformación de cartón, Leeuwarder Papierwarenfabriek, BK (DOCE L 277, de 29.9.1982, p. 15).

Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papelerero (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

Decisión de 16 de febrero de 1983, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de una empresa del sector de cerámica sanitaria (DOCE L 91, de 9.4.1983, p. 32).

Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyectaba conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.08.1983, p. 1).

Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno francés proyecta conceder en favor de Sacilor y Usinor (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 14).

Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno irlandés proyecta conceder a Irish Steel Ltd. (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 21).

Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno luxemburgués proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 29).

Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno neerlandés proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 33).

- Decisión de 29 de junio de 1983, sobre las ayudas que el Gobierno del Reino Unido proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.83, p. 36).
- Decisión de 30 de noviembre de 1983, relativa a una ayuda el Gobierno belga en favor de un fabricante de fibras sintéticas (DOCE L 62, de 3.3.1984, p. 18).
- Decisión de 17 de abril de 1984, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de una empresa productora de instalaciones para la industria alimentaria, situada en Tournai (DOCE L 276, de 19.10.1984, p. 34).
- Decisión de 28 de septiembre de 1984, relativa a la ayuda concedida entre 1981 y 1982 en forma de préstamos participativos por un importe de 200 millones FF por el Gobierno francés a una empresa del sector papelero (DOCE L 273, de 16.10.1984, p. 26).
- Decisión de 10 de julio de 1986, relativa a una ayuda concedida por el Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria y de vajilla (DOCE L 223, de 8.9.1986, p. 30).
- Decisión de 22 de octubre de 1986, relativa a las ayudas de los poderes públicos de Bélgica en favor de una industria de equipos para la fabricación de cerveza (DOCE L 20, de 22.1.1987, p. 20).
- Decisión de 4 de febrero de 1987, relativa a una ayuda otorgada por el Gobierno belga en favor de una empresa de tubos de acero (DOCE L 227, de 15.8.1987, p. 45).
- Decisión de 11 de marzo de 1987, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de un fabricante de cerámica sanitaria situado en La Louvière (Bosch IV) (DOCE L 228, de 15.8.1987, p. 39).
- Decisión de 25 de marzo de 1987, sobre las ayudas concedidas por el Gobierno francés a dos grupos siderúrgicos (DOCE L 290, de 14.10.1987, p. 21)
- Decisión comunicada el 29 de abril de 1987, propuesta del Gobierno del Reino Unido para proporcionar nuevo capital en acciones ordinarias a una empresa con objeto de facilitar la reestructuración de sus filiales de vehículos comerciales (Grupo Rover).
- Decisión comunicada el 11 de mayo de 1987, Francia, Trailor, S.A.
- Decisión de 15 de julio de 1987, sobre ayudas concedidas por el Gobierno francés a la empresa Boussac Saint Frères fabricante de productos textiles, de la confección y derivados de papel (DOCE L 352, de 15.12.1987, p. 42)
- Decisión comunicada el 4 de agosto de 1987, Ley belga de saneamiento de 31 de julio de 1984 (reconversión industrial en las regiones en declive).
- Decisión de 7 de octubre de 1987, sobre la Ley 1386/1983, en virtud de la cual el Gobierno griego concede diversas ayudas a la industria del país (DOCE L 76, de 22.3.1988, p. 18).

- Decisión de 9 de diciembre de 1987, relativa a las ayudas del Gobierno francés en el sector de la transformación de la madera, asunto Isoroy y Pinault (DOCE L 119, de 7.5.1988, p. 38).
- Decisión comunicada el 11 de diciembre de 1987, ayuda concedida al principal fabricante textil de Grecia (Piraiki-Patraiki).
- Decisión de 3 de febrero de 1988, relativa a la ayuda del Gobierno francés a la sociedad Pechiney, que produce principalmente aluminio (DOCE L 121, de 11.5.1988, p. 57).
- Decisión de 29 de marzo de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno francés al grupo Renault, empresa fundamentalmente productora de vehículos automóviles (DOCE L 220, de 11.8.1988, p. 30).
- Decisión comunicada el 27 de junio de 1988, ayudas en favor de la empresa Fokker de construcciones aeronáuticas, Países Bajos (DOCE C 198, de 7.8.1990, p. 2).
- Decisión de 13 de julio de 1988, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno británico a Rover Group, empresa fabricante de vehículos de motor (DOCE L 25, de 28.1.1989, p. 92).
- Decisión de 26 de julio de 1988, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno italiano a ENI-Lanerossi (DOCE L 16, de 20.1.1989, p. 52).
- Decisión comunicada el 26 de julio de 1988: Ayuda en favor del principal productor griego de hilo textil (S. Michailiois).
- Decisión comunicada el 1 de agosto de 1988. Intervención estatal en la creación de la empresa Maxhüte Neu (land de Baviera) productora de tubos, inexistencia de elementos de ayuda en el sentido de los Tratados CEEA y CEE.
- Decisión comunicada el 9 de agosto de 1988, ayudas en favor de la S.A. POURNARA, fabricante griego de calcetines.
- Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayudas en favor de la S.A. VELKA A.E., fabricante griego de hilo de algodón.
- Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayudas en favor de empresas pape-leras Athems Paper Mills, Thessaly Paper Mills y Mel.
- Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayuda en favor de ELINOA, fabricante griego de aparatos para uso doméstico.
- Decisión comunicada el 5 de octubre de 1988, ayudas del Gobierno griego en favor de EPAS, empresa griega del sector de transformación de madera.
- Decisión de 30 de noviembre de 1988, sobre la ayuda decidida por el Gobierno de Italia a inversiones en la industria del vidrio plano, caso Veneziana Vetro (DOCE L 166, de 16.6.1989, p. 60).
- Decisión de 21 de diciembre de 1988, relativa a las ayudas acordadas por el

- Gobierno griego a la industria cinematográfica para la producción de películas griegas (DOCE L 208, de 20.7.1989, p. 38).
- Decisión de 3 de mayo de 1989, relativa a la ayuda que el Gobierno español ha concedido o se propone conceder a Enasa, empresa fabricante de vehículos de uso comercial, bajo la marca Pegaso (DOCE L 367, de 16.12.89, p. 62)
- Decisión comunicada el 16 de mayo de 1989, ayudas en favor de MTM/ ATEIMSA.
- Decisión de 24 de mayo de 1989, sobre la ayuda concedida por el Gobierno italiano a Alumina y Comsal, dos empresas públicas de la industria del aluminio (DOCE L 118, de 9.5.1990, p. 42).
- Decisión de 31 de mayo de 1989, relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo, empresa del sector del automóvil (DOCE L 394, de 30.12.1989, p. 9).
- Decisión de 21 de febrero de 1990, por la que se modifican los regímenes de ayuda alemanes al sector del automóvil (DOCE L 188, de 20.7.1990, p. 55).
- Decisión de 2 de mayo de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno griego a una empresa de cementos (Halkis Cement Company) (DOCE L 73, de 20.3.1991, pp. 27 a 31).
- Decisión de 18 de julio de 1990, relativa a las ayudas concedidas por la Ciudad de Hamburgo (DOCE L 215, de 2.8.1991, p. 1).
- Decisión de 25 de julio de 1990, relativa a la ayuda concedida por el Gobierno italiano a una empresa de productos ópticos, caso Industrie Ottiche Riunite-IOR (DOCE L 183, de 3.7.1992, p. 30).
- Decisión de 24 de julio de 1991 relativa a las ayudas (en forma de inyecciones de capital y de reducciones de capital) que el Gobierno belga prevé conceder a la compañía aérea Sabena (DOCE L 300, de 31.10.1991, p. 48).
- Decisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la ayuda concedida por Italia a Nuova Cartiera de Arbatax (DOCE L 159, de 12.6.1992, p. 46).
- Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Hilaturas y Tejidos Andaluces, S.A. denominada actualmente Mediterráneo Técnica Textil, S.A. y a su comprador (DOCE L 171, de 26.6.1992, p. 54)
- Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Intelhorce, S.A. (antes Industrias Textiles de Guadalhorce, S.A.), denominada actualmente GTE General Textil de España, S.A., fabricante, de propiedad estatal, de tejidos de algodón (DOCE L 176, de 30.6.1992, p. 57).
- Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a Industrias Mediterráneas de la Piel S.A (Imepiel) (DOCE L 172, de 27.6.1992, p. 76).

- Decisión de 4 de noviembre de 1992, referente a las ayudas concedidas por el Gobierno español a la empresa Merco (DOCE L 55, de 6.3.1993, p. 34).
- Decisión de 6 de abril de 1993, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno alemán a Hiber y por Hiber a Bremer Vulkan AG, a través de Krupp GmbH, para facilitar la venta de Krupp Atlas Elektronik GmbH a Bremer Vulkan AG por parte de Krupp GmbH (DOCE L 185, de 28.7.1993, p. 43).
- Decisión de 10 de mayo de 1993, relativa a un sistema de ayudas fiscales a la inversión en el País Vasco (DOCE L 134, de 3.6.1993, p. 25).
- Decisión de 22 de septiembre de 1993, relativa a varias ayudas concedidas por las autoridades francesas a la empresa Pari Mutuel Urbain (PMU) y a las sociedades de carreras (DOCE L 300, de 7.12.1993, p. 15).
- Decisión de 7 de diciembre de 1993, relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno español a la sociedad Merco (DOCE L 154, de 21.6.1994, p. 37).
- Decisión de 21 de diciembre de 1993, relativa a una ayuda del Gobierno irlandés al grupo Air Lingus, suministrador principalmente de servicios de transporte aéreo (DOCE L 54, de 25.2.1994, p. 30).
- Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que España tiene previsto conceder a la empresa pública siderúrgica Corporación de la Siderurgia Integral (CSI) (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 38).
- Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Alemania tiene previsto conceder a la empresa siderúrgica EKO Stahl AG, Eisenhüttenstadt (DOCE L 112, de 3.5.1994, p. 45).
- Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Portugal tiene previsto conceder a la empresa siderúrgica Siderurgia Nacional (DOCE L 112, 3.5.1994, p. 52)
- Decisión de 12 de abril de 1994, relativa a las ayudas que Italia tiene previsto conceder a las empresas siderúrgicas del sector público (Grupo ILVA) (DOCE 112, de 3.5.1994, p. 64).
- Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la compensación del déficit registrado por TAP en las rutas hacia las regiones autónomas de Azores y de Madeira (DOCE L 260, de 8.10.1994, p. 27).
- Decisión de 6 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital, garantías de crédito y exacciones fiscales existentes en favor de TAP (DOCE L 279, de 28.10.1994, p. 29).
- Decisión de 27 de julio de 1994, relativa a la ampliación de capital notificada de Air France (DOCE L 254, de 30.9.1994, p. 73).
- Decisión de 27 de julio de 1994 relativa a la suscripción por CDC-Participations (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26).

- Decisión de 7 de octubre de 1994, relativa a las ayudas concedidas por el Estado griego a la compañía Olympic Airways (DOCE L 273, de 25.10.1994, p. 22).
- Decisión de 12 de octubre de 1994, relativa a una ayuda de Estado de Francia al grupo Bulll en forma de una ampliación de capital no notificada (DOCE L 386, de 31.12.1994, p. 1).
- Decisión de 30 de noviembre de 1994, relativa a la transferencia por los Países Bajos de una escuela de vuelo a KLM (DOCE L 379, de 31.12.1994, p. 13).
- Decisión (I) de 4 de abril de 1995 relativa a la ayuda que el land de Baviera tiene previsto conceder a a las empresas CECA Neve Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosemberg, Lench-Stahlwerke GmbH, Meitingen-Herberstshofen (DOCE L 253, de 21.10.1995, p. 22).
- Decisión de 7 de junio de 1995, relativa a la ayuda concedida por el Estado italiano a la empresa Iritecchia SpA (DOCE L 300, de 13.12.1995, p. 23).
- Decisión de 21 de junio de 1995, relativa a la ayuda concedida por el Estado Italiano a la empresa Enichem Agricoltura SpA (DOCE L 28, de 6.2.1996, p. 18).
- Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco Credit Lyonnais (DOCE L 308, de 21.12.1995, p. 92).
- Decisión de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por la región flamenca de Bélgica al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 31).
- Decisión de 4 de octubre de 1995, relativa a la ayuda concedida por los Países Bajos al fabricante de camiones DAF (DOCE L 15, de 20.1.1996, p. 37).
- Decisión (II) de 18 de octubre de 1995, relativa a una ayuda que el Estado Federado de Baviera a la empresa siderúrgica CECA Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH, Sulzbach-Rosemberg (DOCE L 53, de 2.3.1996, p. 41).
- Decisión de 31 de octubre de 1995, relativa a una ayuda de Estado concedida por la Freie und Hansestadt Hamburg a la empresa siderúrgica CECA Hamburger Stahlwerke GmbH (DOCE L 78, de 28.3.1996, p. 31).
- Decisión de 4 de abril de 1995, por la que se modifica la anterior (DOCE L 219, de 15.9.1995, p. 34).
- Decisión de de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25).
- Decisión de 13 de marzo de 1996, relativa a una ayuda fiscal en forma de amortización en beneficio de las compañías aéreas alemanas (DOCE L 146, de 20.6.1996, p. 42).
- Decisión 30 de abril de 1996, relativa a las ayudas concedidas por Italia al sector del calzado (DOCE L 231, de 12.9.1996, pp. 23 y 29).

- Decisión de 17 de julio de 1996, relativa a la ayuda concedida a la Compagnie Général Maritime en el marco de su plan de reestructuración (DOCE L 40, de 9.1.1997, p. 40).
- Decisión de 17 de julio de 1996 relativa a las ayudas otorgadas por la provincia de Bolzano a la sociedad Acciaieirie di Bolzano (DOCE L 274, 26.10.1996, p. 30).
- Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a una ayuda estatal concedida a la Compañía Española de Tubos por Extrusión, S.A. situada en Llodio (Álava) (DOCE L 8, de 11.1.1997, p. 14).
- Decisión de 30 de julio de 1996, relativa a las ayudas del Gobierno austríaco a la empresa Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital (DOCE L 25, de 28.1.1997, p. 26).
- Decisión de 4 de diciembre de 1996, relativa a las ayudas concedidas por Bélgica en el marco de la Operación Maribel bis/ter (DOCE L 95, de 10.4.1997, p. 25).
- Decisión de 19 de diciembre de 1996, acero CECA, Forges de Clabecq (DOCE L 106, de 24.4.1997, p. 9).
- Decisión de 16 de abril de 1997, relativa a las ayudas concedidas por Italia a Enisorse SpA (DOCE L 80, de 18.3.1998, p. 32).
- Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).
- Decisión de 15 de julio de 1997, relativa a la ayuda de Estado otorgada en favor del Grupo de Empresas Álvarez (GEA) (DOCE L 164, de 9.6.1998, p. 30).
- Decisión de 30 de julio de 1997, por la que se aprueban condicionalmente las ayudas concedidas por Francia al grupo Gan (DOCE L 78, de 16.3.1998, p. 1).
- Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a Thomson SA-Thomson Multimedia (DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31).
- Decisión de 20 de mayo de 1998, relativa a las ayudas concedidas por Francia al grupo Crédit Lyonnais (DOCE L 221, de 8.8.1998, p. 28).
- Decisión de 22 de julio de 1998, relativa a la desviación de ayudas de reestructuración destinadas a los astilleros MTW-Schiffswerft de Wismar y Volkswerft Stralsund de Stralsund en el seno del antiguo grupo Bremer Vulkan Verbund (DOCE L 108, de 27.4.1999, p. 34).
- Decisión de 22 de julio de 1998, relativa a la ayuda concedida por Francia en relación con la operación de recapitalización y cesión de activos de la Société de Banque Occidentale (SDBO) (DOCE L 103, de 20.4.1999, p. 19).
- Decisión de 29 de julio de 1998, relativa a la aprobación condicional de la ayuda concedida por el Gobierno italiano al Banco di Napoli (DOCE L 116, de 4.5.1999, p. 36).

- Decisión de 3 de febrero de 1999, relativa a las ayudas estatales concedidas por el Gobierno español a la empresa Hijos de Andrés Molina SA (HAMSA) (DOCE L 193, de 26.7.1999, p. 1).
- Decisión de 2 de junio de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por Italia a la empresa Seleco SpA (DOCE L 227, de 7.9.2000, p. 24).
- Decisión de 8 de julio de 1999, relativa a una medida ejecutada por la República Federal de Alemania en favor de Westdeutsche Landesbank Girozentrale (DOCE L 150, de 23.6.2000, p. 1).
- Decisión de 23 de junio de 1999, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Crédit Foncier de France (DOCE L 34, de 3.2.2001, p. 36).
- Decisión de 8 de julio de 1999, relativa a las ayudas concedidas por Francia al grupo Crédit Agricole en concepto de recepción y conservación de los depósitos de los notarios en los municipios rurales (DOCE L 193, de 29.7.1999, p. 79).
- Decisión comunicada el 3 de septiembre de 1999. Ayuda de Estado n° N 368/99. España. Iberia, ampliación de capital. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n368-99.pdf
- Decisión comunicada el 27 de octubre de 1999. Ayuda de Estado n° N 503/99. Valladolid (España). Subvención para la restauración del Monasterio de Santa María de Retuerta. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n503-99.pdf
- Decisión de 10 de noviembre de 1999, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Italia a los bancos públicos sicilianos Banco di Sicilia y Sicilcassa (DOCE L 256, de 10.10.2000 p. 21).
- Decisión de 22 de diciembre de 1999, sobre el régimen de ayuda C 39/99 (ex E 2/97) del Reino Unido a English Partnerships (EP) under the Partnership Programme (PIP) (DOCE L 145, de 20.6.2000, p. 27).
- Decisión de 22 de diciembre de 1999, relativa a la ayuda estatal ejecutada por España en favor de Ramondín SA y de Ramondín Cápsulas SA (DOCE L 318, de 16.12.2000, p. 36).
- Decisión comunicada de 16 de febrero de 2000. Ayuda de Estado n° N 498/99. España. Ayuda de salvamento en favor de Minas de Río Tinto S.A.L. http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n498-99.pdf
- Decisión de 29 de marzo de 2000, relativa al régimen de ayudas instituido por el artículo 29 ter de la Ley de 30 de diciembre de 1970 para la expansión económica, modificada por el Decreto de 25 de julio de 1992 y ejecutado por Bélgica (DOCE L 191, de 27.7.2000, p. 30).

- Decisión de 17 de abril de 2000. Aiuto di Stato n° N 634/A/99. Italia (Sardegna). Legge regionale n. 33/98, articolo 2, interventi per la riconversione delle aree minerarie: interventi in favore delle PM.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n634-99.pdf
- Decisión de 16 de mayo de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por España a la empresa Asociación General Agraria Mallorquina SA (AGAMA SA) (DOCE L 267, de 20.10.2000, p. 53).
- Decisión de 16 de mayo de 2000, relativa a un régimen de ayudas aplicado por Italia en beneficio de las grandes empresas en crisis (Ley n° 95/1979 de conversión del Decreto-ley n° 26/1979 sobre medidas urgentes relativas a la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis) (DOCE L 79 de 17.3.2001, p. 29).
- Decisión comunicada el 17 de mayo de 2000. Ayuda de Estado n° N 773/99. España. Mapa de ayudas de finalidad regional para el período 2000-2006.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n773-99.pdf
- Decisión comunicada el 20 de junio de 2000. Ayuda de Estado n° N 498/2000. España (Galicia). Régimen de ayudas regionales a la inversión, a la investigación, a la formación, al rescate y a la reestructuración, al empleo no vinculado a la inversión y a las PYME.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids
- Decisión de 28 de junio de 2000, relativa a la ayuda estatal concedida por Alemania a Salzgitter AG, Preussag Stahl AG y las filiales siderúrgicas del grupo (DOCE L 323 de 20.12.2000, p. 5, en particular apartado 102).
- Decisión de 26 de julio de 2000, relativa al régimen de ayudas aplicado por España para la adquisición de vehículos industriales mediante el Convenio de colaboración de 26 de febrero de 1997 entre el Ministerio de Industria y Energía y el Instituto de Crédito Oficial (DOCE L 212 de 7.8.2001, p. 34).
- Decisión comunicada de 4 de agosto de 2000. State aid n° N 705/99. United Kingdom. UK High Technology Fund.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n705-01.pdf
- Decisión comunicada el 17 de agosto de 2000. Aiuti di Stato n° N 233/2000. Italia. Aumento di capitale per la società Termini di Castrocaro, SpA.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n233-00.pdf
- Decisión comunicada el 3 de octubre de 2000, aide d'Etat n° N 286/2000, France, extension du champ d'intervention de SOFIREM à la zone d'emploi de Castres-Mazamet et au canton de Graulhet, dans le Département du Tarn.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n286-00.pdf

Decisión de 4 de octubre de 2000, relativa a las ayudas estatales en favor de Verlipack-Bélgica (DOCE L 320 de 5.12.2001, p. 28).

Decisión comunicada el 17 de octubre de 2000. State aid n° N 72/2000. Ireland. Seed and Venture Capital Fund Scheme.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n172-00.pdf

Decisión comunicada el 1 de febrero de 2001. State aid n° N 72/2000. Ireland. Western Investment Fund.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n72-00.pdf

Decisión de 13 de febrero de 2001 relativa al régimen de ayudas Viridian Growth Fund notificado por el Reino Unido (DOCE L 144, de 30.5.2001, p. 23).

Decisión de 12 de junio de 2001, relativa a la ayuda estatal que Alemania tiene previsto conceder en favor de Technische Glaswerke Ilmenau GmbH (Alemania) (DOCE L 62 de 5.3.2002, p. 30).

Decisión de 3 de julio de 2001, sobre la ayuda estatal que España ha ejecutado y tiene previsto ejecutar para la reestructuración de Babcock Wilcox España SA (DOCE L 67 de 9.3.2002, p. 50).

Decisión de 11 de julio de 2001 relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Álava en forma de crédito fiscal del 45% de las inversiones (DOCE L 296 de 30.10.2002, p. 1).

Decisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación de Álava (DOCE L, 314, de 18.11.2002, p. 1).

Decisión de 11 de julio de 2001, relativa al régimen de ayudas estatales aplicado por España a algunas empresas de reciente creación en la comunidad autónoma de Navarra (España) (DOCE L, 314, de 18.11.2002, p. 17).

Decisión de 11 de julio de 2002, relativa al régimen de ayudas estatales ejecutado por España en favor de las empresas de Guipúzcoa en forma de crédito fiscal del 45 % de las inversiones (DOCE L, 314, de 18.11.2002, p. 26).

Decisión comunicada el 24 de julio de 2001. State aid n° N 210/2001, United Kingdom. Viridian Growth Fund Investments in medium-sized Companies http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n210-01.pdf

Decisión comunicada de 25 de julio de 2001. Aide d'Etat N 448/2001. France. Régimecadre: fonds de capital investissement.

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n448-00.pdf

- Decisión comunicada el 25 de julio de 2001. Ayudas de Estado NN 00/99. España. Régimen transitorio del mercado de la electricidad.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn049-99.pdf
- Decisión comunicada de 25 de julio de 2001. Aide d'Etat n° NN 121/2000. Belgique. Participation financière de la Region wallonne dans l'entreprise Duferco Belgium, S.A.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn121-00.pdf
- Decisión comunicada de 17 de octubre de 2001. Aide d'Etat n° N 636/2001. Royaume de Belgique. Sabena. Aide ausauvetage de EUR 125millions.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n636-01.pdf
- Decisión de 17 de octubre de 2001 relativa a las ayudas estatales de Alemania a Deckel Maho Seebach GmbH (DOCE L 126, de 13.5.2002, p. 14).
- Decisión de 13 de noviembre de 2001, relativa al régimen de ayudas que la Región de Cerdeña (Italia) tiene previsto conceder con vistas a la reestructuración de las empresas en crisis del sector de los cultivos de invernadero (DOCE L 77 de 20.3.2002. p. 29).
- Decisión de 30 de enero de 2002 relativa a la ayuda estatal concedida por España a distintas empresas del sector de la siderurgia en el País Vasco (DOCE L 296 de 30.10.2002, p. 35).
- Decisión comunicada el 28 de noviembre de 2001. Asunto: Ayuda estatal n° N 347/01. España (Galicia). Régimen de ayudas en favor de la contratación de parados y de transformación de contratos de duración determinada en contratos de duración indeterminada.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n347-01.pdf
- Decisión de 30 de enero de 2002 relativa a la ayuda estatal concedida por España a distintas empresas del sector de la siderurgia en el País Vasco (DOCE L 296 de 30.10.2002, p. 35).
- Decisión comunicada el 22 de mayo de 2002. Asunto: Corrigendum. Ayuda estatal n° N 348/2001. España. Régimen de ayudas al fomento de la contratación y la estabilidad en el empleo de la Comunidad Autónoma de Galicia.
http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n348-01.pdf

PÁGINAS DE INTERNET

1. Organismos internacionales

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO

Página principal (en español):

<http://www.wto.org/indexsp.htm>

Documentos oficiales de la OMC

http://www.wto.org/spanish/docs_s/docs_s.htm

Textos jurídicos: los Acuerdos de la OMC

http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/legal_s.htm

FONDO MONETARIO INTERNACIONAL (FMI)

Página principal:

<http://www.fmi.org/>

Publicaciones:

<http://www.fmi.org/pub/>

EUROPEAN FREE TRADE ASSOCIATION (EFTA)

Página principal:

<http://www.efta.int/structure/main/index.html>

State Aids:

<http://www.efta.int/structure/SURV/efta-srv.asp>

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT/ORGANIZACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA COOPERACIÓN ECONÓMICA (OECD/OCDE)

Página principal:

<http://www.oecd.org/oecd/pages/home/displaygeneral/0,3380,EN-home-0-nodirectorate-no-no-no-0,FF.html>

OECD On-line Bookshop:

<http://electrade.gfi.fr/cgi-bin/OECDBookShop.storefront/>

2. Administración Federal norteamericana

UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION

Página principal:

<http://www.usitc.gov/>

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES

U.S. House of Representatives Downloadable U.S. Code. Título 19 USC:
uscode.house.gov/title_19.htm

UNITED STATES GOVERNMENT PRINTING OFFICE

Página principal:

<http://www.access.gpo.gov/>

Access to Government Information Products:

<http://www.access.gpo.gov/#info>

OFFICIAL FEDERAL GOVERNMENT INFORMATION AT YOURS FINGERTIPS

Página principal:

http://www.access.gpo.gov/su_docs/index.html

Federal Register Online via GPO Access

http://www.access.gpo.gov/su_docs/aces/aces140.html

UNITED STATES CONGRESS

United States Code:

<http://www.access.gpo.gov/congress/cong013.html>

Code of Federal Regulations (CFR)

<http://www.access.gpo.gov/nara/cfr/index.html>

CFR Titles for Sale via GPO Access

http://www.access.gpo.gov/su_docs/chklst/chklst.html

Database for the 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, 2000 and 2001 Federal Register (volumes 60, 61, 62, 63, 64, 65 and 66):

http://www.access.gpo.gov/su_docs/aces/aces140.html

Judicial:

http://www.access.gpo.gov/su_docs/judicial.html

UNITED STATES COURT OF INTERNATIONAL TRADE

Página principal:

<http://www.uscit.gov/>

3. Unión Europea

EUROPA

Página principal es español:

http://europa.eu.int/index_es.htm

POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

Página principal:

http://europa.eu.int/pol/comp/index_es.htm

COMISIÓN EUROPEA

Página principal:

http://europa.eu.int/comm/index_es.htm

Direcciones Generales y Servicios de la Comisión:

http://europa.eu.int/comm/dgs_es.htm

Dirección General de la Competencia (en español):

http://europa.eu.int/comm/competition/index_es.html

Documentation, Publications, Speeches and Articles:

<http://europa.eu.int/comm/competition/publications/>

EC Competition Policy Newsletter:

<http://europa.eu.int/comm/competition/publications/cpn/>

Annual Reports on Competition Policy:

http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/

Speeches and articles Speeches and articles:

<http://europa.eu.int/comm/competition/speeches>

State Aid – Legislation:

http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#A

Other documents - State Aid

http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/

Aides d'Etat. Décisions récentes de la Commission

http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/droit_com/index_fr.htm#aides

Notas de prensa de la Comisión. Página de búsqueda

<http://europa.eu.int/rapid/start/cgi/guesten.ksh>

INFOREGIO

Página principal en español:

http://www.inforegio.cec.eu.int/wbnews/new_es.htm

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS Y

TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA

Página principal en español:

<http://europa.eu.int/cj/es/index.htm>

Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia y del

Tribunal de Primera Instancia

<http://europa.eu.int/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es> (formulario de consulta)

Investigación y Documentación

<http://europa.eu.int/cj/es/recdoc/index.htm>

EUR-LEX-EL PORTAL DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Página principal (en español):

<http://europa.eu.int/eur-lex/es/index.html>

DIARIO OFICIAL DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Lista cronológica de los diarios disponibles:

<http://europa.eu.int/eur-lex/es/oj/index-list.html>

Tratados:

http://europa.eu.int/eur-lex/es/search/search_treaties.html

Legislación:

http://europa.eu.int/eur-lex/es/search/search_lif.html

4. España

ADMINISTRACIÓN

Página principal:

<http://www.administracion.es/marcos1.htm>

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

Página principal:

<http://www.congreso.es/>

SENADO

Página principal:

www.senado.es

Buscador:

<http://www.senado.es/legis7/buscador/>

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Página principal:

<http://www.tdcompetencia.org>

SERVICIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Página principal:

<http://www.mineco.es/dgpedc/new/new.htm>

INSTITUTO DE DERECHO INDUSTRIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (IDIUS)

Página principal:

<http://www.usc.es/idius/Inicio.htm>

SOCIEDAD ESTATAL DE PARTICIPACIONES INDUSTRIALES (SEPI)

Página principal:

www.sepi.es

BIBLIOGRAFÍA

I. Artículos, capítulos de libros y conferencias

- ABBAMONTE, G. B.: «Market Economy Investors Principle: A Legal Analysis of an Economic Problem», en *ECLR*, n° 4, 1996, pp. 258 a 268.
- AHLBOORN, CH.: «Unequal Twins: Reform of the State Aid Rules Under Article 94», en BILAL, S., NICOLAIDES, P. (ed.): *Understanding State Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999, pp. 213 a 242.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: «Derecho de sociedades y actualización de balances», en *RdS*, n° 8, Aranzadi, 1997, pp. 214 a 225.
- ALCOVER GARAU, G.: «Aproximación al régimen jurídico de las sociedades de capital local», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, 1996, pp. 1419 a 1442.
- : «Préstamo de socio a sociedad: la infracapitalización de las sociedades de capital y el negocio en fraude de la Ley», en *RdS*, n° 9, 1997, pp. 294 a 296.
- ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: «Las ayudas de Estado en la CEE», en *GJ*, n° 18, julio, 1986, pp. 547 a 570.
- ÁLVAREZ SÁNCHEZ, E.: «La operación acordeón (Comentario a la RDGRN de 16 de enero de 1995)», en *RJN*, n° 15, julio-septiembre, 1995, pp. 243 a 293.
- ALVARGONZÁLEZ RODRÍGUEZ, I.: «Las ayudas a la construcción naval, al carbón y al acero», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único Europeo*, en *BAUE*, n° 9, supl., abril, Principado de Asturias, 1996, pp. 89 a 117.

- ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P.: «Primera multa coercitiva a un Estado miembro por inexecución de sentencia (Comentario a la sentencia del TJCE 4 de julio de 2000, Grecia c. Comisión)», en *RDCE*, n° 8, julio-diciembre, 2000, pp. 493 a 518.
- AREÁN LALÍN, M.: «Conceptos mercantiles tipificados en los delitos societarios», en VARIOS: *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa-Galicia, A Coruña, 1998, pp. 13 a 32.
- ARENA, A.: «Contribución a la sistemática jurídica de los entes públicos que ejercen una actividad económica», en VARIOS: *La empresa pública*, vol. I, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970, pp. 117 a 134.
- ARIÑO ORTIZ, G.: «De la empresa pública a la empresa con participación pública: ¿privatización o reforma?, quizás ambas cosas», en *RAP*, 138, septiembre-diciembre, 1995, pp. 7 a 36.
- ASENJO GIL, D.: «Recurso de anulación: acceso dos entes subestatais ó Tribunal de Primeira Instancia da Unión Europea», en *BGE*, n° 83, xullo, 1998, pp. 7 a 10.
- ATZWANGER, M.: «Gli aiuti erogati da enti territoriali in Italia, in particolare da regioni e/o province a statuto speciale ed il controllo della Commissione CE», en *For. Pad.*, n° 2, 1995, pp. 33 a 48.
- BAZEX, M.: «Comentario de la STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión», en *RTDE*, 1983, pp. 638 a 643.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: «La definición del mercado revelante en la aplicación de las normas de la competencia. Análisis de la comunicación de la Comisión», en *GJ*, B-129, diciembre, 1997, pp. 5 a 12.
- : «La reforma del Reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración», en *GJ*, D-29, septiembre, 1998, pp. 207 a 244.
- BENYON, F., BOURGEOIS, J.: «The European Community-United States Steel Arrangement», en *CMLRev*, n° 21, June, 1984, pp. 305 a 354.
- BERCOVITZ, A.: «Normas sobre la competencia del Tratado de la CEE», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1986 pp. 327 a 480.
- BERLIN, D.: «L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes», en *RTDE*, n° 2-3, 1983, pp. 233 a 285 y 393 a 442.
- BEVIGLIA ZAMPETTI, A.: «The Uruguay Round Agreement on Subsidies-A Forward-Looking Assesment», en *JWTL*, n° 6, December, 1995, pp. 5 a 29.

- BIANCARELLI, J.: « Le contrôle de la Court de Justice des Communautés Européennes en matière d'aides publiques », en *AJDA*, n° 6, de 20.6.1993, pp. 412 a 436.
- BISHOP, S.: «The European Commission's Policy Toward State Aid: A Role for Rigorous Competitive Analysis», en *ECLR*, n° 2, 1997, pp. 84 a 86.
- BLUMANN, C.: «De l'existence d'une politique communautaire des aides nationales», en BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationales dans la Communauté Européenne*, cap. V, Publications de l'Université de Tours, 1987, pp. 85 a 124.
- : «L'émergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'État: le règlement n. 994/98» du 7 du mai 1998», en *RMC*, n° 428, 1999, pp. 319 a 327.
- BORDE, D., KIRCH, P.: «La restitution des Aides d'Etat (Le point de vue français)», en *RTDE*, juillet-sep., 1993, pp. 477 a 502.
- BOTANA AGRA, M.: «Algunas cuestiones sobre la emisión de obligaciones convertibles en acciones», en PUY FRAGA, P. (coord.): *Estudios en homenaje al profesor Carlos Otero Díaz*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991, pp. 159 a 180.
- : «Las reglas de la competencia de la CEE y el transporte aéreo intracomunitario», en VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 189 a 202.
- : «La aplicación de las reglas comunitarias de la competencia a las entidades de crédito en el marco del artículo 90.2 del Tratado CEE», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. I, La Ley, 1994, pp. 349 a 362.
- BROBERG, M. P.: «The *Minimis* Notice», en *ELR*, vol 20, n° 4, august, 1995, pp. 371 a 387.
- BROSETA PONT, M.: «Régimen de los préstamos participativos (El artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización)», en *RDBB*, n° 14, abril-junio, 1984, pp. 241 a 290.
- BROTHWOOD, M.: «The Commission Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings», en *CMLRev*, n° 18, 1981, pp. 207 a 217. ss.
- : «Comentario de la STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos acumulados 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión», en *CMLR*, n° 20, 1983, pp. 335 a 346.
- BUENDÍA SIERRA, J. L.: «Services d'intérêt général en Europe et politique communautaire de concurrence», en *EC. Comp. Pol. News*, n° 3, vol. 2, autum, 1996, pp. 14 a 22.
- BUSTI, S.: «La nuova disciplina comunitaria dei servizi aeri», en *DCSI*, n° 1-2, 1993, pp. 187 a 211.

- BYOK, J.: «Gli aiuti erogati da enti territoriali in Germania, in particolare dai Länder ed il controllo della Commissione CE», en *For. Pad.*, n° 2, pp. 48 a 52.
- CADIEUX, J. L.: «Restructuration industrielle et politique communautaire vis-à-vis des aides nationales», en DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J., VANDAMME, J. (dir.): *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, París, 1988, pp. 77 a 88.
- CAFARI PANICO, R.: «Il recupero degli aiuti illegittimamente concessi», en *RDE*, n° 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 39 a 52.
- CALVO DE CELIS, J. L.: «Espagne: la Commission décide que six régimes d'aides fiscales des provinces basques et un régime de la Navarre sont incompatibles avec le marché commun et que les aides déjà versées doivent être remboursées» en *EC Comp. Pol. News.*, n° 3, october, 2001, pp. 67 a 69.
- CAÑIBANO LEANDRO, L.: «Contabilidad e información sobre los fondos propios», en VARIOS: *Dudas, ejemplos y soluciones del Plan General de Contabilidad*, Expansión / ICAC / Coopers & Lybrand, Madrid, 1997, pp. 101 a 104.
- CARBAJO, J.: «La notion d'aide nationale d'après l'article 92 du Traité CEE», en BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationale dans la Communauté Européenne*, Publications de l'Université de Tours, Tours, 1987, pp. 1 a 14.
- CASPARI, M.: «The Aid Rules of the EEC Treaty and Their Application», en SCHWARZE (dir.): *Les pouvoirs discrétionnaires des Etats membres de la CE dans le domaine de la politique économique et leurs limites en vertu du Traité CEE*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1988, pp. 37 a 52.
- CASSAGNE, J. C.: «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción)», en *RAP*, n° 140, mayo-agosto, 1996, pp. 95 a 110.
- CASTELLS ARTECHE, J. M.: «Fomento», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Aranzadi*, vol. 4, Madrid, 1995, pp. 3130 a 3131.
- CASTILLO, J. A.: «Historia de España en el GATT», en *ICE*, n° 770, abril-mayo, 1998, pp. 35 a 47.
- CASTILLO DE LA TORRE, F., KEPPELNE, G. P.: «Ayudas estatales; jurisprudencia comunitaria en 1999», en *GJ*, n° 205, enero-febrero, 2000, pp. 52 a 76.
- : «Ayudas estatales; jurisprudencia comunitaria en 2000», en *GJ*, n° 211, enero-febrero, 2001, pp. 67 a 93.
- : «Ayudas estatales; jurisprudencia comunitaria en 2001», en *GJ*, n° 217, enero-febrero, 2002, pp. 106 a 134.
- CERVERA-MERCADILLO, V.: «RDL 7/1996: modificaciones a la regulación de las entidades de capital-riesgo y de las instituciones de inversión colectiva», en *RDBB*, n° 63, julio-septiembre, 1996, pp. 833 a 836.
- CHÉROT, J. Y.: «La discipline des aides nationales dans la Communauté Européenne», en *REI*, n° 63, 1er trim., 1993, pp. 222 a 241.

- CHINCHILLA MARIN, C.: «El servicio público ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991, pp. 944 a 972.
- CIRENEI, M. T.: «Risanamento di imprese in crisi, impresa pubblica e Diritto comunitario», en *Riv. Dir. Comm.*, I, 1981, pp. 263 a 291.
- COCCIA, M.: «Comment on Public Undertakings-Equity in Fusions», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 139 a 150.
- : «Le partecipazioni statale italiane davante alla Corte de Giustizia. Aiuti di Stato o aiuti di status?», en *RDI*, 1992, pp. 966 a 994.
- COLLINS-WILLIAMS, T., SALEMBIER, G.: «International Disciplines on Subsidies. The GATT, the WTO and the Future Agenda», en *JWTL*, vol. 30, n° 1, february, 1996, pp. 5 a 17.
- CONESA HERNÁNDEZ, A.: «Los derechos de la junta general de accionistas frente a las normas de saneamiento bancario», en *La Ley*, de 23.7.1996.
- : «Libertad de establecimiento y Derecho de sociedades: algunas conexiones mutuas (Comentario a la STJCE de 15 de mayo de 1997)», en *La Ley*, de 2.10.1997.
- COSTAS COMESAÑA, J.: «Crónica crítica de la reforma de la Ley española de defensa de la competencia», en *ADI*, n° XX, *Homenaje al profesor Carlos Fernández-Novoa*, Madrid, 2000, pp. 1411 a 1430.
- COULON, E., CRAS, S.: «Contentieux de la légalité dans le domaine des aides d'Etat: les récents évolutions», en *CDE*, n° 1-2, 1999, pp. 61 a 146.
- COX, G.: «Horizontal Guidelines: Do They Facilitate Job Creation? The Example of Employment Subsidies», en BILAL, S., NICOLAIDES P.: *Understanding State Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999, pp. 119 a 128.
- CRUZ VILAÇA, J. L. DA. ARAGAO MORAIS, T.: «Competition Policy and Etate Aids to Undertaking», en RAFFAELLI, E. A.: *Antitrust between EC Law and National Law*, Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario, Treviso, 1998, pp. 325 a 345.
- CUESTA, C.: «Las directrices comunitarias sobre ayudas estatales a las pequeñas y medianas empresas (PYMES)», en *ICE*, n° 2354, del 25-31.1.1993.
- : «Modificación de la directiva de transparencia y comunicación de la Comisión sobre empresas públicas», en *ICE*, n° 2395, diciembre, 1993, pp. 3525 a 3528.

- D'SA, R. M.: «When is Aid Not a State Aid? The Implications of the *English Partnerships* Decision for European Competition Law and Policy», en *ELR*, n° 25, 2000, pp. 141 a 156.
- DANA-DEMARET, S.: «Jurisprudence commentée: société en général. CJCE, 3 octobre 1991, Aff. 261/1989», en *Rev. Soc.*, n° 110, 1992, pp. 296 a 303.
- DELANNAY, P.: «Comentario de la STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión», en *JDT*, 1985.
- DELCROS, X.: «Le contrôle du juge administratif français en matière d'aides publiques», en *AJDA*, n° 6, pp. 462 a 471.
- DELION, A. G.: «Entreprises publiques et Communauté Economique Européenne», en *RMC*, 1966, pp. 67 a 84.
- DEPAYRE, G., PETRICCIONE, R.: «Definition of Subsidy», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 67 a 74.
- DEVROE, W.: «Privatization and Community Law: Neutrality Versus Policy», en *CMLRev*, n° 34, 1997, pp. 267 a 306.
- DÍAZ ABAD, N.: «Clases de ayudas de Estado: subvenciones, medidas de tipo financiero y aportaciones de capital», en *Not. UE*, n° 196, mayo, 2001, pp. 7 a 16.
- DÍAZ MORENO, A.: «Las perspectivas de la protección de los depósitos en Italia: el futuro *Fondo dei Tutela dei Depositi Bancari*», en *RDBB*, n° 26, 1987, pp. 341 a 377.
- : «Fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito», en *DN*, 1992, n° 76, pp. 33 a 37.
- DIDIER, P.: «Le code anti-subsventions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté», en *CDE*, n° 5-6, 1995, pp. 679 a 750.
- DOMÍNGUEZ RUIZ DE HUIDOBRO, A.: «Observaciones a la Ley 5/1995, de 23 marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas», en *RDBB*, 58, abril-junio, 1995, pp. 449 a 476.
- DOMINICK, M. F.: «Countervailing State Aids to Steel: A Case for International Consensus», en *CMLRev*, 21, n° 2, june, 1984, pp. 355 a 403 .
- DONY-BARTHOLME, M.: «La participation des pouvoirs publics au capital des entreprises et le droit de la concurrence (Comentario de la STJCE *Intermills*, de 14 de noviembre de 1984)», en *CDE*, n° 2, 1986, pp. 161 a 184.
- : «Les aides aux entreprises et le droit communautaire de la concurrence», en *CH du CRISP*, n° 1316, 1991, pp. 13 a 20.
- : «La notion d'aide d'Etat», en *CDE*, IX, 3-4, 1993, pp. 399 a 416.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, J.: «Interventions publiques et Marché Unique de transport aerien en Europe», en DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., VANDAMME, J.

- (dir.): *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, París, 1988, pp. 154 a 174.
- EHLERMANN, C. D.: «State Aids Under European Community Competition Law», en *FILR*, vol. 18, 1994, pp. 410 a 436.
- EMBED IRUJO, J. M.: «Aproximación al significado jurídico de las sociedades y fondos de capital-riesgo», en *RDBB*, n° 22, abril-junio, 1986, pp. 360 a 375.
- ESTEBAN VELASCO, G.: «La sociedad europea: nuevas perspectivas desreguladoras», en VARIOS: *Manuales de la reforma mercantil en España*, vol. I, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, 1999, pp. 107 a 142.
- EVANS, A., MARTIN, S.: «Socially Acceptable Distortion of Competition Community Policy on State Aid», en *ELR*, n° 16, 1991, pp. 79 a 111.
- EVANS, A.: «Contextual Problems of EU Law: State Aid Control Under the European Agreements», en *ELR*, vol. 21, n° 4, agosto, 1996, pp. 263 a 279.
- FAULL, J.: «Some of the Questions you Always Wanted to Ask about State Aids», en *EC Comp. Pol. News*, vol. 1, n° 2, 1994, pp. 48 a 49.
- : «State Aid Procedure», en *EC Comp. Pol. News*, vol. 1, n° 2, 1994, p. 11.
- FELTKAMP, R., PESARESI, N.: «Règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux établissements de crédit», en *Banque*, n° 566, janvier, 1996, pp. 42 a 45.
<http://europea.eu.int/en/comm/dg04/speech/five/htm/sp95045.htm>
- FERNÁNDEZ ALONSO, J., ROGERO FIGUEIRA, F.: «Las sociedades y fondos regionales de capital riesgo, análisis desde la perspectiva del derecho de la competencia comunitario», en *GJ*, B-104, junio, 1995, pp. 13 a 19.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: «Ayudas otorgadas por los Estados (D° comunitario)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, pp. 740 a 742.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: «Aplicación de resultados y defensa del capital social. De nuevo sobre la crisis (presunta) de la noción de capital social», en *RGD*, n° 622-623, 1996, pp. 8543 a 8587.
- : «Las acciones rescatables o redimibles», en *La Ley*, 1990-4, pp. 1164 a 1177.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El control de las ayudas financieras nacionales», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1986, pp. 619 a 646.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J.: «Las ayudas con finalidad regional y la cohesión económica y social», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único europeo*, BAU, n° 9, supl., Principado de Asturias, 1996, pp. 61 a 87.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: «Significado y delimitación del mercado relevante», en *ADI*, n° VI, 1979-1980, pp. 247 a 261.

- FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: «El sistema bancario español ante el Mercado Único», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. I, Civitas, Madrid, 1994, pp. 745 a 770.
- FLYNN, J.: «Orders for the Recovery of Illegal Aid», en *ELR*, vol. 9, 1984, pp. 365 a 367.
- FRANCH MENEU, J. J.: «Sobre cajas de ahorro y competencia», en *GJ*, n° 208, julio-agosto, 2000, pp. 39 a 42.
- FRANZOSI, M.: «Il sistema degli aiuti di Stato ex artt. 92-94 Tratt. UE, alla luce della recente giurisprudenza», en *For. Pad.*, n° 2, pt. II, 1995, pp. 13 a 28.
- FRAZER, T.: «The New Structural Funds, State Aids and Interventions on the Single Market», en *ELR*, vol. 20, n° 1, pp. 3 a 19.
- FREIRE COSTAS, R. M.: «Emisión de warrants», en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones de mercado financiero*, vol. VII, 1999, pp. 4259 a 4290.
- FROMONT, M.: «La récupération des aides versées en violation du Droit communautaire», en HARDEN, I. (dir.): *State Aid: Community Law and Policy*, Europäische Rechtsakademie Trier, Band 4, 1993, pp. 96-107.
- FRÜLING, P.: «Le contrôle des aides d'Etat dans le secteur du transport aérien», en *CDE*, n° 3-4, 1997, pp. 275 a 365.
- GALÁN LÓPEZ, C.: «El aumento de capital por compensación de créditos», en VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, Madrid, 1991, pp. 433 a 464.
- GARBAR, Ch.: «Aides d'Etat: pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté Européenne (1990-1994) I», en *RMC*, 383, décembre, 1994, pp. 665 a 674.
- : «Aides d'Etat: pratique décisionnelle de la Commission de la Communauté Européenne (1990-1994) II», en *RMC*, 384, janvier, 1995, pp. 36 a 45.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F.: «La nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia», en *ADI*, n° XVIII, 1997, pp. 1023 a 1030.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La reforma del régimen del Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios», en *RDBB*, n° 55, julio-septiembre, 1994, pp. 569 a 594.
- : «Obligaciones convertibles (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, pp. 4513 a 4516.
- : «Acciones rescatables», en *La Ley*, n° 4874, de 26.6.1999.
- GARCÍA FEMENIA, A. M.: «Ayudas estatales: intervenciones financieras notificación previa (Comentario de la STJCE en el Asunto C-301/87, Francia v. Comisión)», en *Not. CEE*, n° 78, julio, 1991, pp. 125 a 129.

- GARCÍA GALLARDO, R.: «Ayudas de Estado: las ayudas públicas en el proyecto de Tratado», en DN, n° 82/83, 1997, p. 39.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «La constitución y el capital de las sociedades en la CEE (Primera y Segunda Directivas)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZALEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. III, Civitas, 1986, pp. 230 a 268.
- : «Atipicidad contractual y contratos de financiación», en VARIOS: *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1990, pp. 3 a 19.
- : «Capital mínimo», en VARIOS: *Derecho de sociedades anónimas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 111 a 142.
- : «Créditos participativos», en ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones del mercado financiero*, vol. II, 1999, pp. 657 a 678.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «Créditos participativos», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. II, Civitas, 1994, pp. 1081 a 1123.
- : «Préstamo participativo (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, pp. 5040 a 5044.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: «Consideraciones en torno a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de sociedades», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. II, Civitas, 1994, pp. 935 a 978.
- : «Acciones rescatables», en *La Ley*, n° 4802, de 24.5.1999, pp. 1 a 11.
- GARCÍA-MORENO GONZALO, J. M.: «Actualización de balances: afloración y aplicación de reservas ocultas», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. II, Civitas, 1996, pp. 1839 a 1866.
- GARCÍA-PITA LASTRES, J. L.: «Breves consideraciones sobre la problemática jurídica de los warrants y las opciones sobre valores negociables», en *La Ley*, 1990, vol. II, pp. 1213 a 1223.
- : «Las medidas de intervención y sustitución de órganos de las entidades de crédito en la Ley 26/1988, de 29 de junio», en *CD y Mom*, n° 7, 1990, pp. 47 a 126.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «El procedimiento comunitario aplicable a las «ayudas ilegales». Especial referencia a la recuperación de ayudas», en *REDE*, n° 1, enero-marzo, 2002, pp. 101 a 135.
- GARRIDO FALLA, F.: «Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales» en *REDA*, n° 79, julio-septiembre, 1993, pp. 389 a 399.
- GERMAIN, M., HERMITTE, M. A.: «Capital social et droit communautaire des aides étatiques», en *La Semaine Jurudique*, n° 22, 1989, pp. 349 a 351.

- GILMOUR, D.: «The Enforcement of Community Law by Commission in the Context of State Aids» (art. 93 and 169)», en *CMLRev*, n° 18, 1981, pp. 63 a 67.
- GIPPINI FOURNIER, E.: «Droit communautaire de la concurrence et sport automobile: épilogue des affaires FIA/Formula One», en *RAE*, 2001-2002, pp. 361 a 371.
- GIPPINI FOURNIER, E., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Golden shares en la Comunidad Europea: ¿fin de la edad dorada?», en *GJ*, n° 220, julio-agosto, 2002, pp. 38 a 62.
- GÓMEZ PORRÚA, J. M.: «La modificación de los estatutos sociales: aumento y reducción del capital social», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed. Barcelona, 1999, pp. 329 a 349.
- GONDRÁ ROMERO, J. M.: «Integración económica e integración jurídica en el marco de la CEE. (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea desde una perspectiva sistemática funcional)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho comunitario europeo*, vol. I, Civitas, Madrid, 1986, pp. 275 a 312.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El Derecho comunitario ante el servicio público y la competencia», en *GJ*, B-124, junio, 1997, pp. 17 a 21.
- GRABITZ, E.: «Comment on US Law and Practice», BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 43 a 46.
- GREENWALD, J. D.: «US Law and Practice», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 33 a 41.
- GUASCH MARTORELL, R.: «La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades», en *RDM*, n° 234, octubre-diciembre, 1999, pp. 1489 a 1514.
- HANCHER, L., BUENDÍA SIERRA, J. L.: «Cross-Subsidization and EC Law», en *CMLRev*, n° 4, august, 1998, pp. 901 a 945.
- HAZARD, I.: «Pouvoirs respectifs de la Commission et des juridictions nationales: Arrêts récents en matière de procédure applicable aux aides d'États», en *RMC*, n° 365, febrero, 1993, pp. 145 a 149.
- HELLINGMAN, K.: «State Participation as State Aid Under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission Guidelines», en *CMLRev*, n° 23, 1986, p. 111 a 133.
- HENDERSON, R. C.: «The Private Inversor Theory: ITA Equity and Credit Decisions Since 1984», en *WC*, n° 33, june, 1988, pp. 6 a 27.
- HEREDIA BENOT, D.: «Control de las ayudas públicas», en VARIOS: *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92-94 del Tratado CEE)*, Fundación Galicia-Europa, 1997, pp. 27 a 59.

- : «El Reglamento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas», en *Not UE*, n° 196, mayo, 2001, pp. 17 a 33.
- HERMITTE, M. A.: «Aides des Etats membres-compatibilité des aides des Etats membres avec le Droit communautaire», en *JCE*, vol. III, fasc. 675, pp. 1 a 16.
- HEVIA LAGUNA, E.: «El Derecho de sociedades en Europa: armonización o el reto de la Sociedad Europea», en *BAUE*, n° 68, marzo-abril, 1997, pp. 8 a 22.
- HORLICK, G. N., CLARKE, P. A.: «The 1994 WTO Subsidies Agreement», en *WC*, vol. 17, 1993-1994, pp. 41 a 54.
- HOUTMAN, A.: «Entreprise en difficulté et règles communautaires en matière d'aides d'Etat», Colloque de l'AIDE «Entreprises en difficulté et concurrence», Rennes, 1994.
<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/four/htm/sp94045>
- ICARDI, P., VUILLERMOZ, F.: «Italie – les interventions en faveur de la régularisation de l'économie souterraine constituent des mesures générales», en *EC Comp. Pol. News*, n°, february, 2002, pp. 90 a 92.
- IGLESIAS PRADA, J. L.: «Aproximación al estudio de las sociedades de capital-riesgo», en *RDM*, n° 191, enero-marzo, 1989, pp. 45 a 66.
- : «Sobre el aumento de capital por compensación de créditos», en *AAMN*, tomo XXXIII, 1994, pp. 205 a 248.
- : «Sociedad y fondo de capital-riesgo (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, pp. 6349 a 6356.
- JIMÉNEZ BLANCO, A.: «El Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios», en MARTÍN-RETORTILLO, S. (dir.): *Estudios de Derecho público bancario*, Civitas, 1987, pp. 189 a 193.
- JOLY: «L'incompatibilité des aides nationales», en BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationales dans la Communauté Européenne*, Publications de l'Université de Tours, Tours, 1987, pp. 15 y ss.
- KEPPENNE, J. P.: «(R)évolution dans le système communautaire de contrôle des aides d'Etat», en *RMC et UE*, n° 2, 1998, p. 125 a 156.
- KOBIA: «Introduction to the Law, Practice and Policy of State aids in the European Community», conferencia pronunciada en Gante (Bélgica) el 1.2.96.
<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/six/en/sp96007.htm>
- KOVAR, R.: «Les prises de participation publiques et le régime communautaire des aides d'Etat», en *RTDC*, vol. 45, n° 1, janvier-mars, 1992, pp. 9 a 157.
- : «Nationalisation-privatizations», en SCHWARZE (dir.): *Les pouvoirs discrétionnaires des Etats membres de la Communauté Européenne dans le domaine de la politique économique et leurs limites en vertu du Traité CEE*, Institut Universitaire de Florence, Nomos Verlag, Baden Baden, 1988, pp. 97 y ss.

- LAGUNA DE PAZ, J. C.: «Derecho comunitario europeo y televisión», en *Not. UE*, n° 145, febrero, 1997, pp. 73 a 81.
- LAÍNEZ GADEA, J. A., CALLAO GASTÓN, C.: «La diversidad contable internacional y su armonización», en VARIOS: *Dudas, ejemplos y soluciones al Plan General de Contabilidad*, Expansión/ICAC/Coopers & Lybrand, Madrid, 1998, p. 8.
- LARGO GIL, R.: «La tutela de los depositantes ante las crisis financieras de las entidades de crédito. En particular, el supuesto de las cuentas con varios titulares», en *RDBB*, n° 58, 1995, pp. 393 a 426.
- LASOK, P.: «The Commission's Powers Over Illegal State Aids», en *ECLR*, 1990, pp. 125 a 127.
- LEANZA, U.: «Commento artículo 92», en VARIOS: *Commentario CEE*, Milán, Giffré, 1965, pp. 712 y ss.
- LEDESMA, M.: «Ayudas públicas con finalidad regional: regulación comunitaria y aplicación en España», en VARIOS: *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92-94 del Tratado CEE)*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 1997, pp. 61 a 79.
- LEHMANN, Ch.: «Domestic Subsidies under European Community Countervailing Duty Law: An Emerging Standar after the ECJ Soja Cases», en *WC*, vol. 12, n° 4, june 1989, pp. 31 a 38.
- LICALZI, J. O.: «Competition and Deregulation: *Nouvelles Fontières* for the EEC Air Transport Industry?», en *Fortham Int. L. J.*, vol. 10, 1987, pp. 808 a 841
- LLAVERO RODRÍGUEZ-PORRERO, M.: «Algunas consideraciones sobre los aumentos mixtos de capital social (en parte con nuevas aportaciones y en parte con cargo a reservas)», en *La Ley*, de 16.4.1996, pp. 1 a 7.
- LEBOT NAJO, J. O.: «La geometría del capital social», en *RDM*, n° 231, enero-marzo, 1999, pp. 37 a 89.
- Lojendio Osborne, I.: «Aportaciones sociales (artículos 36 a 41 LSA)», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dir.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, vol. 3, Civitas, 1994, pp. 18 a 227.
- LOJENDIO OSBORNE, I.: «La acción. Los derechos del socio», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999, pp. 242 a 260.
- : «La sociedad comanditaria por acciones», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999, pp. 363 a 373.
- : «Las sociedades mercantiles», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999, pp. 167 a 183.
- LUZÓN CÁNOVAS, A.: «Los caudales de las empresas públicas como posible objeto del delito de malversación», en *AJA*, 9.1.1997, pp. 1 a 6.

- MADERO, C.: «Incumplimiento de la normativa de la UE en materia de ayudas públicas», en Varios: *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92 a 94 del Tratado CEE)*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 1997, pp. 95 a 102.
- MADRID PARRA, A.: «Instituciones de inversión y financiación colectiva», en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999, pp. 432 a 452.
- MARAÑÓN HERMOSO, M.: «Ayudas de Estado y privatización de empresas públicas deficitarias», en *CEA*, nº 12, diciembre, 1998, pp. 37 a 40.
- MARÍN ARRESE, J.: «La política comunitaria de las ayudas sectoriales», en *Not. UE*, nº 196, mayo, 2001, pp. 55 a 77.
- MARÍN LÓPEZ, J. J.: «Notas sobre la Ley 27/1999 de 16 de julio, de cooperativas», en *La Ley*, nº 4930, de 18.11.1999, pp. 1 a 5.
- MARTÍN, I.: «Le contrôle des aides d'Etat dans l'Espace Economique Européen», en *RIDE*, nº 3, 1993, pp. 403 a 427.
- MARTÍNEZ LAGE, S.: «La discrecionalidad de la Comisión en el procedimiento de examen de las ayudas estatales» en *GJ* (editorial), nº 72, diciembre, 1989, pp. 1 a 3.
- : «La protección de los secretos de negocios en los procesos de aplicación del Derecho de la competencia», en *GJ*, B-121, marzo, 1997, pp. 1 a 3.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: «Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública (Comentario a la STJCE, de 16 de junio de 1987, Causa 118/85, Comisión v. Italia, Asunto *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato*)», en *Not. CEE*, nº 42, 1988, pp. 163 a 167.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Reflexiones sobre la huída del Derecho administrativo», en *RAP*, nº 140, mayo-agosto, 1996, pp. 25 a 67.
- : «Reflexiones sobre las privatizaciones», en *RAP*, nº 144, septiembre-diciembre, 1997, pp. 7 a 43.
- MASSAGUER, J.: «El capital nominal. Un estudio del capital de la sociedad anónima como mención estatutaria», en *RGD*, julio-agosto, 1990, pp. 5547 a 5604.
- MEDERER, W.: «Artikel 93», en GROEBEN, H., THIESING, J., EHLERMANN, C. D.: *Kommentar zum EU/EG Vertrag*, 5ª ed., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999.
- MELIN-SOUCRAMANIEN, F.: «Les pouvoirs spéciaux conférés à la Commission en matière de concurrence par l'article 90.3, du Traité de Rome», en *RMC et UE*, nº 382, noviembre, 1994, pp. 601 a 610.
- MÉNDEZ-NAVIA GÓMEZ, F.: «Las ayudas públicas a las PYMES y otros regímenes horizontales y sectoriales», en VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia en el mercado único europeo*, en BAUE, nº 9, supl., Principado de Asturias, 1996, pp. 117 a 142.

- MENGOZZI, P.: «El principio dell'investitori in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario», en *RDE*, n° 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 19 a 25.
- MERINO MERCHAN, J. F.: «El caso *Bosman* y el arbitraje deportivo», en *La Ley*, de 12.4.1996, D-129, pp. 1533 a 1534;
- MEROLA, M.: «Introduction à l'étude des règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux entreprises», en *RIDE*, n° 3, 1993, pp. 277 a 323.
- : «Explicación de las normas aplicables a las ayudas de Estado», en COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia de las Comunidades Europeas*, vol. IIB, Bruselas/Luxemburgo, 1997.
- MERTENS DE WILMAR, J.: «Aides CECA et aides CEE. Aspects juridiques d'une convergence économique», en VARIOS: *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 421 a 440.
- MIERT, K. V.: «The Proposal for a European Competition Agency», en *EC Comp. Pol. News*, vol. 2, n° 2, summer, 1996, pp. 1 a 4.
- : «Sport et concurrence; développements récents et actions de la Commission» (conferencia pronunciada el 27.11.1997 en el *Forum Européen du Sport*, Luxemburgo).
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1997_069_fr.html
- : «La conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence», en *EC. Comp. Pol. News*, n° 2, vol. 3, summer, 1997, pp. 1 a 5.
- MINNECI, F.: «Le partecipazioni pubbliche al capitale di imprese», en *DCSI*, n° 3-4, luglio-dicembro, 1991, pp. 365 a 372.
- MOAVERO-MILANESI, E.: «Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 6 luglio 1982; cause 188, 189, 190/80», en *Riv. Dir. Ind.*, 1982, II, pp. 265 a 305.
- MOLINA DEL POZO, C. F.: «La empresa pública y el Derecho comunitario: especial referencia a los límites establecidos para las ayudas por la normativa comunitaria», en VARIOS: *Administración instrumental. Estudios en homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, Universidad de Albacete/Civitas, 1994, pp. 1233 a 1250.
- MONTAÑÁ MORA, M.: «El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay», en *GJ*, D-27, 1997, pp. 239 a 280.
- MORCH, H.: «Summary of the Most Important Recent Development», en *EC Comp. Pol. New*, vol 1, n° 3, autumn-winter, 1994, pp. 61 a 66.
- MORILLAS JARILLO, M. J.: «El transporte aéreo y las ayudas de Estado en la Unión Europea», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. III, Civitas, 1996, pp. 3989 a 4046.

- MORSON, S.: «La récupération des aides octroyées par les Etats en violation du Traité CEE», en *RTDE*, nº 3, 1990, pp. 409 a 440.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «La noción de empresa pública, la libre competencia y los límites del principio de neutralidad», en *VIARIOS: Administración instrumental. Homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, Universidad de Albacete, Civitas, 1994, pp. 1251 a 1282.
- : «La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas», en *VIARIOS: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Civitas, 1996, pp. 4651 a 4666.
- MUÑOZ, A.: «El capital-riesgo», en *VIARIOS: Enciclopedia práctica de la banca*, vol. 3, Planeta, Barcelona, 1989, pp. 231 a 266.
- NAVARRO, M.: «Directrices de la Comisión Europea sobre ayudas publicas a la PYME. Otros regímenes horizontales», en *VIARIOS: Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92 a 94 del Tratado CEE)*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 1997, pp. 81 a 94.
- OPORTO DEL OLMO, A.: «Comentarios acerca de la evolución de la industria y la política industrial de 1986 a 1996», en *ICE*, nº 766, octubre-noviembre, 1997, pp. 89 a 102.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: «El efecto (directo e indirecto) de las directivas y la nulidad de las sociedades mercantiles (Comentario a la sentencia del TJCE de 13 de noviembre de 1990)», en *La Ley-Comunidades Europeas*, de 11.3.1991, pp. 1 a 5.
- : «Notificación y control de las ayudas públicas en el Mercado Único Europeo», en *VIARIOS: Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único europeo*, en *BAUE*, nº 9, supl., abril, Universidad de Albacete, Civitas, Madrid, 1994, pp. 27 a 56.
- PAGE, A. C.: «The New Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings», en *ELR*, nº 5, 1980, pp. 492 y ss.
- PALAO TABOADA, C.: «La subcapitalización y los convenios de doble imposición», en *VIARIOS: Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Civitas, 1996, pp. 4727 a 4741.
- PAPAIIOANNOU, A.: «Case C-325/91, France v. Commission, Judgement of 16 June 1993», en *CMLRev*, nº 31, 1994, pp. 155 a 164.
- PAPPALARDO, A.: «Aids to Restructuring and Government Equity Participation in the EEC and in International Trade Recent Developments», en *It. Year. Inter. L.*, 1986-7, pp. 80 a 95.
- : «Government Equity Participation Under the EEC Rules on State Aids. Recents Developments», en *Fortham Int. L. Rev.*, vol. 2, nº 2, winter, 1988, pp. 310 a 331.

- : «Les participations de l'Etat dans le capital d'entreprises constituent-elles des aides au sens de l'article 92 du Traité CEE», en DDC, Lisboa, 1988.
- : «Public Undertakings-Equity Infusions», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 123 a 138.
- PAZ-ARES, C.: «Sobre la infracapitalización de sociedades», en ADC, 1983, pp. 1587 a 1639.
- : «Ánimo de lucro y concepto de sociedad», en VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, CGCCOC/Civitas, Madrid, 1991, pp. 729 a 753.
- : «La aportación de uso en las sociedades de capital», en RdS, nº 5, Aranzadi, 1995, pp. 35 a 46.
- : «La Agrupación de Interés Económico y las sociedades profesionales», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 735 a 764.
- : «La sociedad en general: caracterización del contrato», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 427 a 462.
- : «La reforma de las opas y la prima de control (I) y (II)», en *ExpansiónDIRECTO* (Opinión), 17 y 18 de octubre de 2002.
- PESARESI, N., LA ROCHEFORDIERE, C.: «Crises bancaires: un bilan d'aides d'Etat. Concurrence en matière d'aides d'Etat. Leçons de la crise de Crédit Lyonnais», en *EC Comp. Pol. News*, nº 3, october, 2000, pp. 12 a 26.
- PIFFAUT, H.: «Banque-concurrence», en *L'Observateur de Bruxelles*, nº 21, 1997.
<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/seven/fr/sp97006.htm>
- PIÑEL LÓPEZ, E.: «La crisis bancaria desde la óptica del Derecho. (Análisis de la legislación española reguladora de las crisis bancarias)», en RDBB, nº 3, 1983, pp. 553 a 577.
- POLO SÁNCHEZ, E.: «La aportación de empresa a sociedad», en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, vol. III, Civitas, 1994, pp. 2205 a 2256.
- PONS, J. F.: «La politique européenne de concurrence: tendances récentes et nouveaux défis», 7^o *Encontro Nacional de Economia Industrial*, Vila Real, 1998.
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_045_fr.html
- : «Sport and European Competition Policy», en *Fordtham Corp. L, XXVI Annual Conference on International Antitrust Law & Policy*, New York, 14-15 october 1999, pp. 1 a 20.
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1999_019_fr.html
- « Formule 1, transferts de footballeurs: deux nouvelles illustrations de l'appli-

- cation de la politique européenne de la concurrence au secteur du sport», en *EC. Comp. News Pol.*, n° 1, february, 2001, pp. 1 y 2.
- : «Le sport et la politique de la concurrence: *regles de jeu* et exemples recentes», Lille, 2001, pp. 1 a 7.
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.html
- PORTALE, G. B.: «Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata», en *Riv. Soc.*, anno 36, gen.-febb., 1991, fasc. 1, pp. 3 a 124.
- POUCHAIN, M., LAMBERT, T.: «Les aides publiques: éléments d'analyse statique», en *AJDA*, n° 6, pp. 472 a 473.
- PRIESS, H. J.: «Recovery of Illegal State Aid: An Overview of Recent Developments in the Case Law», en *CMLRev*, n° 33, 1996, pp. 69 a 91.
- QUICK, R.: «Calculation of Subsidy», en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 83 a 115.
- QUIGLEY, C.: «The Notion of State Aid in the EEC», en *ELR*, vol. 13, 1998, pp. 242 a 256.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J.: «Ayudas estatales a las empresas», en BIGLINO CAMPOS, P. (coord.): *Diccionario de términos comunitarios*, Madrid, 1997, pp. 29 a 36.
- QUINTANA CARLO, I.: «La aviación civil española ante el derecho comunitario», en *GJ*, D-11, n° 68, julio, 1989, pp. 193 y ss.
- : «Transporte aéreo (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, vol. IV, pp. 6659 a 6666.
- RHODES, C.: «Managed Steel Trade, the GATT Subsidies and Countervailing Duty Code and the 1979 United States Trade Act», en *WC*, vol. 12, n° 2, december, 1988, pp. 37 a 47.
- RICCIOLI, F. D.: «Comentario de la STJCE de 6 de juliode 1982, asuntos 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión», en *For. It.*, 1984, IV, pp. 137 a 139.
- RICO PÉREZ, E.: «Pasivos financieros, intereses implícitos y préstamos participativos», en VARIOS: *Dudas, ejemplos y soluciones del Plan General de Contabilidad*, vol. 3, Expansión/ICAC/Coopers & Lybrand, Madrid, 1997, pp. 7 a 20.
- RIVAS ANDRÉS, J., GUTIÉRREZ GISBERT, J.: «Un comentario crítico al reglamento procedimental en materia de ayudas de Estado: Reglamento 659/99...», en *GJ*, 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 40 a 58.
- ROBERTI, G. M.: «SCGJCE 21 marzo 1990 (causa 142/87), Regno de Belgio c. Commissione CE», en *For. It.*, 1991, IV, pp. 28 a 37.
- : «Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales», en *AJDA*, n° 6, 20, juin, 1993, pp. 397 a 411.

RODRIGO FERNÁNDEZ: «Ayudas de Estado», en *Not. CEE*, n° 33.

RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: «Compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas de Estado a empresas públicas. Artículo 92.3 del Tratado CEE», en *RAP*, n° 122, 1990, pp. 409 a 438.

— : «STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c Comisión, Asunto 301/87», en *GJ*, n° 78, 1990, pp. 17 a 18.

— : «Ayudas de Estado a empresas públicas. Los casos *Eni-Lanerossi* y *Alfa Romeo*», en *GJ*, n° 92, abril, 1992, pp. 3 a 5.

— : «La nueva comunicación de la Comisión sobre ayudas de Estado a empresas públicas», en *Not. CEE*, n° 89, junio, 1992, pp. 35 a 40.

— : «Giro jurisprudencial restrictivo del concepto de ayuda de Estado. STJCE, de 17 de marzo de 1993», en *GJ*, n° 1, 83, serie B, abril, 1993, pp. 5 a 11.

— : «Aproximación a un análisis comparado entre el acuerdo de subvenciones y medidas compensatorias (Acta final de la Ronda Uruguay del GATT de 13.12.93, y el artículo 92 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea)», en *GJ*, B-98, octubre, 1994, pp. 13 a 16.

— : «Comentario de algunas sentencias de 1994 sobre ayudas de Estado», en *GJ*, B-109, enero, 1996, pp. 13 a 18.

— : «Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia», en *EI*, n° 318, 1997, pp. 97 a 110.

— : «Al fin, se aprueba un reglamento de procedimiento sobre ayudas de Estado: Aplicación del artículo 93 del Tratado CE», en *GJ*, n° 201, junio-julio, 1999, pp. 51 a 58.

— : «Principios generales del derecho y recuperación de ayuda de Estado ilegales. En especial la confianza legítima», en *GJ*, n° 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 32 a 39.

— : «Discrepancia de algunas críticas al reglamento comunitario sobre ayudas de Estado», en *GJ*, n° 212, marzo-abril, 2001, pp. 78 a 81.

— : «Inexistencia de ayuda de estado en la mera compensación por obligaciones de servicio público (Sentencia «Ferring» de 22.11.2001)», en *GJ*, n° 216, noviembre/diciembre, 2001, pp. 90 a 94.

— : «Las ayudas públicas en la Ley de defensa de la competencia», en BENEYTO, J. (Dir.), *El nuevo Derecho comunitario y español de la competencia: descentralización, análisis económico y cooperación internacional*, Bosch, Barcelona, 2002, pp. 357 a 392.

— : «Recursos contra la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado interpuestos por personas físicas o jurídicas» en *REDE*, n° 2, abril-junio, 2002, pp. 259 a 289.

- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Una nueva reforma de la Directiva 80/723/CEE, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas: la Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993», en *ADI*, n° XV, 1993-1994, pp. 775 a 779.
- : «Las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado en favor del medio ambiente», en *ADI*, n° XVII, 1996-1997, pp. 1083 a 1096.
 - : «Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado», en *RDBB*, n° 69, enero-marzo, 1998, pp. 81 a 124.
 - : «Las reglas de procedimiento en materia de ayudas estatales en la Comunidad Europea», en *ADI*, tomo XX, 1999, Madrid, 2000, pp. 1501 a 1505.
 - : «Patrimonio cultural y Unión Europea», en *XVII Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 1998, pp. 229 a 236.
 - : «O Consello aproba o Regulamento sobre procedemento en materia de axudas estatais», en *BGE*, n° 91, marzo, 1999, pp. 7 a 10.
 - : «Algunas cuestiones básicas sobre las relaciones entre el deporte y el Derecho comunitario de la competencia», en *XVIIIª Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 1999, pp. 232 a 236.
 - : «A nova reforma da Directiva sobre transparencia impón a contabilidade separada ás empresas encargadas de servizos de interese económico xeral», en *BGE*, n° 106, xullo-agosto, 2000, pp. 20 y 21.
 - : «La nueva regulación comunitaria de las ayudas de minimis: el Reglamento (CE) núm. 69/2001, de la Comisión, de 12 de enero de 2002», en *ADI*, n° XXI, 2000, Santiago de Compostela, 2001, pp. 1329 a 1332.
 - : «Precisións da xurisprudencia sobre a orixe das axudas estatais» en *BGE*, n° 126, Fundación Galicia Europa, maio, 2002, pp. 21 y 22.
 - : «A expiración do Tratado CECA e as regras da competencia», en *BGE*, n° 128, xullo-agosto, 2002, pp. 25 a 28.
 - : «Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: El Principio del inversor privado en una economía de mercado», en *GJ*, n° 221, septiembre-octubre, 2002, pp. 59 a 75.
 - : «La financiación de los servicios públicos y la noción de ayuda de Estado. A propósito de la STJCE de 22 de noviembre de 2001, en el asunto C-53/00. Decisión prejudicial planteada por el tribunal des affaires de sécurité sociale de Créteil (Francia), en el litigio Ferring SA c. Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS)», en *AFDUC*, n° 6, A Coruña, 2002, pp. 953 a 964.
 - : «La restauración del monasterio de Santa María de Retuerta en clave comunitaria», en *XXI Ruta Cicloturística del Románico Internacional*, Fundación Cultural Rutas del Románico, Pontevedra, 2003, en prensa.

- ROSS, M.: «Challenging State Aids: The Effect of Recent Developments», en *CMLRev*, nº 23, 1986, pp. 867 a 894.
- : «Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?», en *ELR*, nº 25, febrero, 2000, pp. 22 a 38.
 - : «State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems - A Case of Premature Emancipation?», en *CMLRev*, nº 37, april, 2000, pp. 401 a 423.
- ROUX, X., VILLEMOT, D.: «Les pouvoirs de la Commission dans le cadre de l'article 90», en VARIOS: *Dictionnaire du Marché Commun*, tomo II, título VIII, Gide-Loyrette-Nouel, Dictionnaires Joly, 4ª ed., 1982, pp. 209 a 237.
- RU, H. J. DE: «Comentario de la STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión», en *SEW*, 1983, pp. 338 a 341.
- SALINAS ADELANTADO, C.: «La nueva regulación de los fondos de garantía de depósitos», en *RDBB*, 1997, pp. 432 a 475.
- SAMANIEGO BORDIU, G.: «La noción de ayuda de Estado», en *GJ*, nº 212, marzo-abril, 2001, pp. 83 a 99.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: «El Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios», en *RDBB*, nº 1, 1981, pp. 23 a 77.
- : «Concepto amplio de sociedad a efectos de inscripción en el Registro Mercantil de sucursales extranjeras», en *Not. CEE*, nº 91-92, agosto-septiembre, 1992, pp. 119 a 123.
 - : «Modificación del régimen de los fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito, con motivo de la transposición de la Directiva 94/19/CE», en *RDBB*, nº 61, enero-marzo, 1996, pp. 228 a 230.
- SCARPA, R.: «Comentario de la STJCE de 6 de julio de 1982, asuntos 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión» en *Gius. Civ.*, 1983 I, pp. 1085 a 1088.
- SCORDAMAGLIA, V.: «Gli aiuti di cui agli 92-94 Tratt UE erogati da enti territoriali in Italia, Germania e Belgio ed in controllo di compatibilità da parte della Commissione CE», en *For. Pad.*, , nº 2, 1995, pp. 1 a 14.
- SCOTTI CAMUZZI, S.: «La società con unico azionista come fenomeno tipico del gruppo societario», en *Riv. Soc.*, 31, 1986, pp. 465 a 559.
- : «L'unico azionista», en COLOMBO, G. E., PORTALE, G. B. (dir): *Trattato delle società per azioni*, cap. VII, UTEC, 1991, pp. 667 y ss.
- SERNA BI, M. N. DE LA: «La enajenación de participaciones públicas en empresas que realizan actividades de interés público. Su regulación por la Ley 5/1995, de 23 de marzo», en *RAP*, nº 143, mayo-agosto, 1997, pp. 435 a 461.

- SCHAUB, A.: *EC Competition System - Proposals for Reform*, Fordtham Corporate Law Institute, New York, 1998.
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_048_en.html
- : *State aid Control in the EU. In Particular the Latest Developments on Policy Concerning the Recovery of Incompatible Aid*, The Mentor Group, The Forum for US-EU legal Economic Affairs, 1996, Vienna.
<http://europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/six/en/sp96063.htm>
- SHÜTTE, M., HIX, J. P.: «The Application of the EC State Aid Rules to Privatizations: The East German Example», en *CMLRev*, n° 32, 1995, pp. 215 a 248.
- SILVA DE LAPUERTA, R. : «Procedimiento en materia de ayudas públicas» en *Not. CEE*, n° 66, julio, 1990, pp. 51 a 59.
- : «La Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre comitología», en *Not. UE*, n° 179, 1999, pp. 43 a 50.
- SINNAEVE, A.: «Recent Developments. The Commission's Proposal for a Regulation on State Aid Procedures», en *EC Comp. Pol. News*, n° 2, june, 1998, pp. 79 a 82.
- : «State Aid Procedures: The Reform Project», en BILAL, S., NICOLAIDES, P. (ed.): *Understanding State Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999, pp. 209 a 230.
- : «Unanimous Agreement in the Council on the Procedural Regulation», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 1999, pp. 45 a 49.
- : «Les premières exemptions par categorie en matière d'aides d'Etat», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 2001, pp. 22 a 28.
- : «Block Exemptions for State Aid: More Scope for State Aid Control by Member States and Competitors», en *CMLRev*, n° 38, december, 2001, pp. 1479 a 1501.
- SINNAEVE, A., SLOT, P. J.: «The New Regulation on State Aid Procedures», en *CMLRev*, n° 36, december, 1999, pp. 1153 a 1194.
- SLOCOCK, B.: «Commission Adopts Communication on State Aid and Risk Capital», en *EC Com. Pol. News*, n° 2, june, 2001, pp. 1 a 3.
- : «Who can be the Beneficiary of a State Aid?», en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 2000, pp. 7 a 12.
- SLOT, P. J.: «Procedural Aspects of State Aids: The Guardian of Competition Versus the Subsidy Villains?», en *CMLRev*, n° 27, 1990, pp. 241 a 260.
- : «Procedural Law of State Aids», en HARDEN, I. (dir.): *State Aid: Community Law and Policy*, Europäische Rechtsakademie Trier, Band 4, 1993.
- : «State Aid in the Energy Sector in the EC: The Application of the Market

- Economy Investor Principle», en BILAL, S., NICOLAIDES, P. (ed.): *Understanding State Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999, pp. 143 a 157.
- SLOTBOOM, M. M.: «State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?», en *ELR*, vol. 20, n° 3, june 1995, pp. 289 a 301.
- SOAMES, T., RYAN, A.: «State Aid and Air Transport», en *ECLRev*, vol. 16, n° 5, july-august, 1995, pp. 290 a 309.
- SOUKUP, K.: «Commission Proposes Change to Transparency Directive», en *EC Comp. Pol. News*, n° 2, june, 1999, pp. 37 y 38.
- STRUYS, M. L.: «Questions choisies de procedure en matière d'aides d'Etat», en *RTDE*, n° 29, 1993, pp. 17 a 38.
- TAPIA HERMIDA, A. J.: «Los accionistas y el gobierno de las sociedades cotizadas. Observaciones a la vista de algunas crisis financieras recientes», en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje del profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, 1996, pp. 2543 a 2563.
- TESAURO, G.: «Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e attività bancarie», en *DCSI*, n° 3-4, 1991, pp. 487 a 497.
- TILMANS, M.: «State Aids: Most Recent Developments», en *EC Comp. Pol. News*, n° 3, october, 1999, pp. 50 a 61.
- : «State Aids. Main Developments between 1st June and 30th September 2000», en *EC Comp. Pol. News.*, n° 3, october, 2000, pp. 75 a 82.
- : «State Aids. Main Developments between 1st October and 31st December 2000», en *EC Comp. Pol. News.*, n° 1, february, 2001, pp. 52 a 58.
- TRIANTAFYLLOU, D.: «L'encadrement communautaire du financement du service public», en *RTD Eur.*, vol. 35, n° 1, janvier-mars, 1999, pp. 21 a 41.
- UREÑA GUTIÉRREZ, B.: «El papel de las agencias de desarrollo regional en el ámbito de la Unión Europea y España. Propuestas para Castilla y León», en *REE*, n° 13, mayo-agosto, 1996, pp. 101 a 112.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «La sociedad anónima: las obligaciones», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 999 y 1000.
- : «La sociedad anónima: la acción como objeto de negocios jurídicos», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 839 a 865.
- : «La sociedad anónima: principios fundamentales», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 765 a 781.
- : «La sociedad anónima: la modificación de los estatutos sociales», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 943 a 979.

- : «La sociedad anónima: la acción en general», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 815 a 837.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., VERGEZ, M.: «Sociedades cooperativas», en URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 1279 a 1302.
- VADRI i FORTUNY, M. T., AGUADO i CUDOLA, V.: «La normativa de la empresa pública de las comunidades autónomas: tendencias actuales», en VARIOS: *Administración instrumental. Estudios en homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, tomo I, Universidad de Albacete/Civitas, 1994, pp. 1685 y ss..
- VALLE GÁLVEZ, A.: «Las ayudas de Estado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., LIÑÁN NOGUERA, D. G. (dir.): *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1993, pp. 885 a 934.
- VANDAMME, J.: «Section troisième: les aides accordées par les états (articles 92 á 94)», en CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R., SIMON, D. (dir.): *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992, pp. 489 a 508.
- VÁZQUEZ ALBERT, D.: «Las nuevas tendencias en materia de exclusión del derecho de suscripción preferente en Alemania (El caso *Deutsche Bank* y la reforma de la *Aktiengesetz*)», en CRDBB, n° 1, 1995, pp. 151 a 182.
- : «El derecho de suscripción preferente en el Derecho comunitario. A propósito de la sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 19 de noviembre de 1996 y del Tribunal Supremo alemán de 23 de junio de 1997 en el caso *Siemens*», en RDM, n° 230, octubre-diciembre, 1998, pp. 1691 a 1717.
- : «El derecho de suscripción preferente en Europa», en RdS, n°11, 1999, pp. 79 a 131.
- VERMULST, E.: «Comment on US Law and Practice» en BOURGEOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991, pp. 49 a 65.
- VICENT CHULIÁ, F. : «Capital social (D° mercantil)», en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol. I, Civitas, 1995, pp. 918 a 924.
- : «Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible en el impuesto sobre sociedades», en RGD, n° 628-9, enero-febrero, 1997, pp. 453 a 507.
- : «Nuevas estrategias en el derecho de sociedades europeo», en DN, n° 76, 1997, pp. 14 a 27.
- VILA LÓPEZ, R.: «Artículo 1196 C.c.» en VARIOS.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1156 a 1213*, ALBALADEJO, M., ALBALAT, S. (dir.), Tomo XVI, vol. I, Edersa, 1991, pp. 503 a 508.
- VILLAR PALASÍ: «Tipología y Derecho estatutario de las entidades instrumentales

- de la Administración Pública», en VARIOS: *Administración instrumental. Estudios en homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, Universidad de Albacete, Civitas, tomo I, Madrid, 1994, pp. 151 y ss.
- VOCI, P.: «Comentario de la STJCE de 6 de julio de 1982, Asuntos 188 a 190/80, República francesa, República italiana y Reino Unido c. Comisión, Rec. 1982, p. 2545», en *RTDP*, 1983, pp. 1137 a 1141.
- WALTERS, K. D., MONSEN, R. J.: «State-Owned Business Abroad: New Competitive Threat», en *Harvard Bus. Rev.*, march-april, 1979, pp. 160 a 170.
- WINTER, J. A.: «Supervision of State Aid: Article 93 in the Court of Justice», en *CMLRev*, n° 30, 1993, pp. 311 a 329.
- : «The Rights of Complainants in State Aid Cases; Judicial Review of Commission Decisions Adopted Under Article 88», en *CMLRev*, n° 36, june, 1999, pp. 521 a 568.
- WOUTERS, I.: «European Company Law: Quo Vadis?», en *CMLRev.*, n° 37, april, 2000, pp. 257 a 307.

2. Obras generales y monografías

- ADKINS, B.: *Air Transport and E.C. Competition Law*, European Competition Law Monographs, Sweet & Maxwell, London, 1994.
- ALBALADEJO, M., ALBALAT, S. (dir.): *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1991.
- ALEXANDER, I.: *Cost of Capital: The Applications of Financial Models to State Aid*, The Oxera Press, Oxford, 1995.
- ALONSO UREBA, A.: *La empresa pública, aspectos jurídicos, constitucionales y de derecho económico*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- : *La sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Universidad Complutense, Madrid, 1988.
- ALONSO UREBA, A., BONARDELL LEZCANO, R., GARCÍA VILLAVERDE, R. (coord.): *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Civitas, 1990.
- ALONSO UREBA, A., MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones del mercado financiero: contratos bancarios*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1999.
- ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993.
- ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Monografías Aranzadi, 2000.
- AYMERICH CANO, C. I.: *Ayudas públicas y Estado autonómico*, Universidade da Coruña, Monografías n° 23, A Coruña, 1994.

- BAUDENBACHER, C.: *A Brief Guide to European State Aid Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1997.
- BELLAMY, Ch., CHILD, G.: *Derecho de la competencia en el Mercado Común*, Civitas, Madrid, 1992, (edición española a cargo de Enric Picañol).
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: *Concentración de empresas de dimensión comunitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1997.
- : *Las directivas como criterio de interpretación del Derecho nacional. (Especial consideración de la jurisprudencia del TS en la aplicación de normas de Derecho mercantil)*, Civitas, Madrid, 1999.
- BIGLINO CAMPOS, P. (coord.): *Diccionario de términos comunitarios*, Madrid, 1997.
- BILAL, S., NICOLAIDES P.: *Understanding State Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999.
- BLUMANN, C. (dir.): *Les aides nationale dans la Communauté Européenne*, Publications de l'Université de Tours, Tours, 1987.
- BOURGOIS, H. J. (ed.): *Subsidies and International Trade. A European Lawyers' Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1991.
- CALAMIA, A.: *Diritto comunitario delle imprese*, Pacini, Pisa, 1997.
- CHÉROT, J. Y.: *Les aides d'Etat dans les Communautés Européennes*, Economica, París, 1998.
- COLOMBO, G. E., PORTALE, G. B. (dir): *Trattato delle società per azioni*, UTEC, 1991.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: *The Measurement of the Aid Element of State Participation in Company Capital Federal Republic of Germany, Deadline. A Frontier-Free Europe*, Bonn, 1988.
- : *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*, Comisión Europea, Dirección General de Competencia. Bruselas/Luxemburgo, 1999.
- : *Primera encuesta anual sobre ayudas de Estado en la Comunidad Europea*, 1988.
- : *Segunda encuesta anual sobre ayudas de Estado en el sector de los productos manufacturados y en otros sectores*, 1990.
- : *Report on the Application of EC State Aid Law by the Member State Courts*, 1999.
- http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/app_by_member_states/
- CONSTANTINESCO, V., KOVAR, R., SIMON, D. (dir.): *Traité instituant la CEE. Commentaire article par article*, Economica, París, 1992.

- CORRAL INUARBE, P.: *Vademecum de ayudas financieras y subvenciones de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- COSTAS COMESAÑA, J.: *Los cárteles de crisis. Crisis económica y defensa de la competencia*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- COUR DES COMPTES: *L'intervention de l'État dans la crise du secteur financier. Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes interesados*, Novembre, 2000.
- CROIZIER, I.: *L'offensive de la CEE contre les aides nationales. La récupération des aides nationales octroyées en violation du Traité CEE*, Apogée, Rennes, 1993.
- CUÑAT EDO, V. (dir.): *Los productos financieros derivados y el euro: ¿un mercado único?*, Civitas, Madrid, 1999.
- DAGUET, P., PLANCHE, J. M.: *Les émissions d'actions et obligations. Concepts et techniques*, Gestion-Economica, 1994.
- DANA-DEMARET, S.: *Le capital social*, Litec, París, 1989.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ: *El capital social en la sociedad anónima, su aumento y disminución*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1996.
- DÍAZ GÓMEZ, M. A.: *Las aportaciones no dinerarias en al Sociedad Anónima: contenido, valoración y desembolso*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.
- DÍEZ MORENO, F.: *Informes Ciss, Derecho de la competencia*, 1990.
— : *Manual de Derecho de la Unión Europea*, Civitas, 1996.
- DRUESNE, G., KREMLIS, G.: *La politique de la concurrence de la Communauté Economique Européenne, Que sais-je?*, PUF, 2ª ed., París, 1990.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, J., VANDAMME, J. (dir.): *Interventions publiques et Droit communautaire*, Pedone, París, 1988.
- EVANS, A.: *EC Law of State Aid*, European Community Law Series, Oxford, 1997.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, en Cuadernos de Estudios Europeos, nº 9, Civitas-Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L., CALVO CARAVACA, A. L.: *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea: análisis y perspectivas*, Colección Estudios Europeos, Comunidad de Murcia, 1992.
— : *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed. rev., Tecnos, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento de recursos propios*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- FERNÁNDEZ-ARMESTO, DE CARLOS BELTRÁN: *El Derecho del mercado financiero*, Civitas, Madrid, 1992.
- FERRANDIER, R., KOEN, V.: *Marchés de capitaux et techniques financières*, Gestion-Economica, 3ª ed., París, 1994.

- FONT GALÁN, J. I.: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1986.
- : *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987.
- FRANCH I SAGUER, M.: *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Civitas, Madrid, 1992.
- FREY, B. S., POMMEREHNE, W. W.: *Musas e mercados: exploracións na economía da arte*, Laiovento, Santiago de Compostela, 1995.
- GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas. Régimen jurídico-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- GARCÍA CACHAFEIRO, F.: *El enjuiciamiento antitrust de los acuerdos de precios y de intercambio de información en el sector bancario*, tesis de licenciatura inédita, A Coruña, 1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., MUÑOZ MACHADO, S. (coord.): *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Civitas, Madrid, 1986.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares: Derecho comunitario europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Civitas, Madrid, 1995.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *La posición jurídica del Banco de España en el sistema europeo de bancos centrales*, Civitas/Caja Madrid, Madrid, 2000.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Contratos bancarios*, 2ª ed. revisada, corregida y puesta al día, Madrid, 1975.
- : *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976.
- GAVALDA, CH., PARLEANI, G.: *Droit communautaire des affaires*, Litec, París, 1988.
- GOLDMAN, B., LYON-CAEN, A., VOGEL, L.: *Droit commercial européen*, Précis Dalloz, Codes Dalloz, 5ª ed., París, 1994.
- GROEBEN, H., THIESING, J., EHLERMANN, C. D.: *Kommentar zum EU/EG-Vertrag*, 5ª ed., Nomos Verlag, Baden-Baden, 1999.
- HANCHER, L., OTTERVAREN, T., SLOT, P. J.: *EC State Aids*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1999.
- HARDEN, I. (dir.): *State Aid: Community Law and Policy*, Europäische Rechtsakademie Trier, Band 4, 1993.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, V., VILLAVILLA MUÑOZ, J. M.: *El control de las ayudas de Estado en el Derecho europeo*, Madrid, 1999.
- HEVIA RUIZ, J. (coord.): *Ayudas públicas a empresas: Decisiones de la Comisión CEE. Sentencias del Tribunal de Justicia*, Comunidad Autónoma de Madrid, 1995.
- IPSEN, H. P.: *Europäische Gemeinschaftsrecht*, Tübingen, 1972.

- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999.
- KEPPENNE, J. P.: *Guide des aides d'Etat en Droit communautaire. Reglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999.
- KORAH, V.: *An Introduction Guide to EC Competition Law and Policy*, 7ª ed., Hartt Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: *Las empresas públicas de promoción económica regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- MALARET GARCÍA, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (coord.): *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- (dir.): *Estudios de Derecho público bancario*, Civitas, Madrid, 1987.
- MATTERA, A.: *El Mercado Único, sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991 (edición española a cargo de Cora Zapico).
- MIERT, K. V.: *The Future of European Competition Policy*, Presentation of the Ludwig Erhard Prize, Bonn, 1998.
http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_042_en.htm.
- MIRANDA SERRANO, L.: *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, McGraw-Hill, Madrid, 1994.
- MORALES RODRÍGUEZ, J. R.: *El transporte aéreo y la Unión Europea*, Colección de Temas Aeronáuticos, nº 12, Dirección Técnica de Vuelo, Iberia, Madrid, 1994.
- MOTA DE CAMPOS, J.: *Direito comunitario*, 2ª ed., Lisboa, 1997.
- ORLANDI, M.: *Gli aiuti di Stato nel Diritto comunitario*, Napoli, 1995.
- PALACIO GONZÁLEZ, J.: *Derecho procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 2000.
- PASCUAL GARCÍA, J.: *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Estudios Jurídicos. Serie Derecho Público, BOE, 3ª ed., Madrid, 1999.
- PUY FRAGA, P. (coord.): *Estudios en homenaje al profesor Carlos Otero Díaz*, Universidad de Santiago de Compostela, 1991.
- RAFFAELLI, E. A.: *Antitrust between EC Law and National Law*, Antitrust fra Diritto Nazionale e Diritto Comunitario, Treviso, 1998.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado a empresas públicas. Las aportaciones de capital y otras medidas de financiación de las empresas públicas o con participación pública, como ayudas de Estado según el Tratado de la CEE*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Industria y Energía, Madrid, 1989.

- RODRÍGUEZ IGLESIAS, G. C., LIÑÁN NOGUERA, D. G. (dir.): *Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Civitas, 1993.
- ROUX, X., VOILLEMOT, D.: *Le Droit de la concurrence de la CEE*, Gide Loyrette Nouel, 1982.
- SAGASTI AURREKOETXEA, J. J.: *El régimen jurídico de las acciones sin voto en el Derecho español y comparado de sociedades y valores*, Civitas, 1997.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, McGraw-Hill, 22ª ed., Madrid, 1999.
- SCHAPIRA, J., LE TALLEC, G., BLAISE, J. B.: *Droit européen des affaires*, PUF, 2ª ed., París, 1990.
- SCHINA, D.: *State Aids Under the EEC Treaty*, articles 92 to 94, European Competition Law Monographs, ESC Publishing Limited, Oxford, 1987.
- SCHWARZE (dir.): *Les pouvoirs discrétionnaires des Etats membres de la Communauté Européenne dans le domaine de la politique économique et leurs limites en vertu du Traité CEE*, Institut Universitaire de Florence, Nomos Verlag, Baden Baden, 1988.
- SMIT, H., HERZOG, P. E.: *The Law of the European Economic Community. A Commentary on the EEC Treaty*, Mathew Bender, New York, 1982.
- STOFFEL VALLOYON, N.: *La prohibición de restricciones a la libre circulación de mercancías en la Comunidad Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.
- SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, Pirámide, Madrid, 1996.
- SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, L.: *Derecho, Economía, Empresa*, Civitas, Madrid, imp. 1992.
- TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza, 1992.
- TOBÍO RIVAS, A.: *La autorización de medidas limitativas de la competencia*, Bosch, Barcelona, 1994.
- ULMER, P.: *Principios fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*, Civitas, 1998 (anotaciones para el Derecho español a cargo de León Sans).
- UNITED STATES INTERNATIONAL TRADE COMMISSION: *Antidumping and Countervailing Duty Handbook*, Publication 3140, Washington DC, 1998.
www.usitc.gov/reports.html
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A., OLIVENCIA, M. (dir.): *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, tomo III, vol. 3, Civitas, 1994.
- URÍA, R., MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1999.
- VARIOS: *Commentario CEE*, Milán, Giffré, 1965.
- : *La empresa pública*, Studia Albortiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.

- : *Empresa pública española*, IEF, Ministerio de Hacienda, Colección Libros de Bolsillo, n° 56, Madrid, 1980.
- : *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.
- : *Dictionaire du Marché Commun*, de Gide-Loyrette-Nouel, Dictionaires Joly, 4ª ed., 1982.
- : *Du droit international au droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.
- : *Enciclopedia práctica de la banca*, Planeta, Barcelona, 1989.
- : *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio/Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Civitas, Madrid, 1990.
- : *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- : *Derecho de sociedades anónimas*, Civitas/Facultad de Derecho, Madrid/Albacete, 1991.
- : *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, CGCCOC, Civitas, Madrid, 1991.
- : *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1156 a 1213*, ALBALADEJO, M., ALBALAT, S. (dir.), Tomo XVI, vol. I, Edersa, 1991.
- : *Administración instrumental. Estudios en homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, Universidad de Albacete/Civitas, 1994.
- : *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Civitas, 1994.
- : *Enciclopedia jurídica básica Aranzadi*, Madrid, 1995.
- : *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, Madrid, 1995.
- : *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único Europeo*, en BAUE, n° 9, supl., abril, Principado de Asturias, 1996.
- : *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, 1996.
- : *Dudas, ejemplos y soluciones al Plan General de Contabilidad*, Expansión, ICAC, Coopers & Lybrand, Madrid, 1997.
- : *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92 a 94 del Tratado CEE)*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 1997.
- : *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa-Galicia, A Coruña, 1998.
- : *Estudios sobre a Lei de cooperativas de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999.
- : *Manuales de la reforma mercantil en España*, Colegio Nacional de Registra-

- dores de la Propiedad y Mercantiles de España/Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, Madrid, 1999.
- : *Memento práctico contabilidad 1999-2000*, Edersa-Francis Lefevbre, 1999.
- : *Memento práctico sociedades mercantiles 2000-2001*, Edersa-Francis Lefevbre, 1999.
- VÁZQUEZ ALBERT, D.: *La exclusión del derecho de suscripción preferente*, Civitas, Madrid, 2000.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de Derecho mercantil*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1991.
- : *Introducción al Derecho mercantil*, 11ª ed., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1998.
- WALBROECK, M., FRIGNANI, A.: *Derecho europeo de la competencia* (versión española a cargo de Sáenz-Cortabarría Fernández, I., Morales Isasi, M., Bosch, Barcelona, 1998).
- WENING: *Kommentar zum EWG Vertrag*, 4ª ed., Groeben, Thiesing y Ehlermann.
- ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Ordenación bancaria*, Espasa, Madrid, 1992.

