

|  |    |
|--|----|
| ABREVIATURAS .....   | 1  |
| INTRODUCCIÓN .....   | 7  |
| <i>Parte primera. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL Y REGLAS DE PROCEDIMIENTO</i> .....  | 13 |
| Capítulo 1. AYUDAS DE ESTADO Y PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL .....   | 15 |
| 1. Planteamiento general .....   | 17 |
| 2. El concepto de ayuda en el comercio internacional .....   | 19 |
| 2.1. Antecedentes .....  | 19 |
| 2.2. Situación actual .....  | 23 |
| 2.3. El desarrollo interno de los acuerdos del GATT de 1994 en la Comunidad Europea y en los Estados Unidos .....                  | 26 |
| 3. El concepto de ayuda en el Derecho comunitario de la competencia .....  | 29 |
| 3.1. Tratado CECA y Tratado CEE: de la prohibición absoluta a la incompatibilidad relativa .....                                   | 31 |
| 3.2. El denominado test de la compatibilidad .....   | 39 |
| 3.3. El carácter de ventaja como elemento esencial de la noción de ayuda .....   | 42 |
| 3.4. Ayudas de Estado y servicio público .....   | 43 |
| 4. La irrelevancia de la forma .....   | 47 |
| 5. El progresivo tratamiento por la Comisión de las participaciones públicas en el capital de las empresas .....                   | 49 |
| 5.1. Primeros planteamientos .....   | 51 |
| 5.2. Los principios de neutralidad y de igualdad de trato entre empresas públicas y privadas .....                                 | 53 |
| 5.3. La directiva sobre la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas .....    | 56 |
| 5.4. El reconocimiento de la participación en el capital en el ámbito de la CECA y de la construcción naval .....                  | 59 |
| 5.5. Las primeras decisiones negativas de la Comisión sobre la participación en el capital .....                                   | 60 |
| 5.6. La Comunicación de la Comisión de 1984 sobre la participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas ..... | 61 |
| 5.7. La Comunicación de la Comisión sobre las empresas públicas del sector de fabricación .....                                    | 63 |
| 6. El reconocimiento por la jurisprudencia de las participaciones públicas en el capital .....                                     | 64 |
| Capítulo 2. CONCEPTO Y MODALIDADES DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL .....  | 69 |
| 1. El concepto de participación en el capital en el ámbito de la regulación comunitaria sobre ayudas estatales .....               | 71 |
| 1.1. Consideraciones generales sobre el Derecho europeo de sociedades .....  | 71 |
| 1.2. La noción de participación en capital .....   | 75 |
| 1.3. El contenido de la aportación .....   | 77 |
| 1.4. Las distintas acepciones del término capital: el problema de la determinación de los recursos propios .....                   | 80 |
| 1.5. El concepto de participación en el capital como potencial ayuda de Estado .....   | 87 |
| 1.5.1. El concepto adoptado por la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984 .....                                   | 88 |
| 1.5.2. El concepto extensivo de participación en el capital y el fortalecimiento de los recursos propios de la empresa .....       | 90 |
| 2. Modalidades de participación en el capital que pueden contener elementos de ayuda de Estado .....                               | 92 |
| 2.1. Aportaciones que afectan a la cifra de capital social .....   | 92 |
| 2.1.1. La aportación inicial o fundacional: la sucesión de empresa .....   | 92 |

|  |     |
|--|-----|
| 2.1.2. Las aportaciones de capital durante la vida de la sociedad .....  | 98  |
| 2.1.2.1. Consideraciones básicas sobre el aumento del capital.....   | 99  |
| 2.1.2.2. El aumento de capital mediante nuevas aportaciones en<br>metálico o <i>in natura</i> .....                      | 101 |
| 2.1.2.3. El aumento de capital con cargo a reservas o a beneficiarios.....   | 102 |
| 2.1.2.4. El aumento de capital mediante compensación de créditos.....  | 104 |
| 2.1.2.5. El aumento de capital mediante conversión de obligaciones en<br>acciones .....                                  | 106 |
| 2.2. Aportaciones que no afectan a la cifra de capital social .....  | 109 |
| 2.2.1. Aportaciones de los socios para cubrir pérdidas y subvenciones de<br>capital .....                                | 109 |
| 2.2.2. La compraventa de acciones.....   | 113 |
| 2.2.3. Préstamos participativos y subordinados.....  | 116 |
| 2.3. Las denominadas aportaciones negativas.....   | 120 |
| 2.4. La suscripción de híbridos financieros.....   | 121 |
| 2.4.1. Los híbridos de capital .....   | 121 |
| 2.4.1.1. El denominado capital mudo: las acciones sin voto.....  | 122 |
| 2.4.1.2. Las acciones rescatables.....   | 123 |
| 2.4.1.3. Las acciones con interés.....   | 125 |
| 2.4.2. Los híbridos de deuda.....  | 127 |
| 2.4.2.1. Las obligaciones perpetuas .....  | 127 |
| 2.4.2.2. Las obligaciones participativas .....   | 128 |
| 2.4.2.3. las obligaciones subordinadas .....   | 129 |
| 2.4.3. Los <i>warrants</i> .....   | 130 |
| 2.4.4. La casuística comunitaria sobre aportación de capital mediante híbridos<br>financieros .....                      | 131 |
| 2.4.4.1. Las recapitalizaciones de <i>Air France</i> .....   | 131 |
| 2.4.4.2. Otros supuestos .....   | 135 |
| Capítulo 3. PROCEDIMIENTO DE CONTROL .....   | 139 |
| 1. Los procedimientos de control de las subvenciones en el comercio internacional:<br>las reglas de la OMC .....         | 141 |
| 1.1. Subvenciones prohibidas.....  | 142 |
| 1.2. Subvenciones recurribles .....  | 144 |
| 1.3. Subvenciones no recurribles .....   | 145 |
| 1.4. La imposición de medidas compensatorias y su revisión judicial.....   | 149 |
| 2. Los procedimientos de control de las ayudas estatales en el Derecho comunitario .....                                 | 152 |
| 2.1. Las reglas de procedimiento en los ámbitos del carbón y del acero .....   | 153 |
| 2.2. Las reglas de procedimiento aplicables a las ayudas sometidas al Tratado CE.....                                    | 156 |
| 2.2.1. Las previsiones del Reglamento (CE) nº 994/98, sobre exenciones por<br>categorías y regla de <i>mínimis</i> ..... | 158 |
| 2.2.2. El Reglamento (CE) nº 659/99, de procedimiento .....  | 159 |
| 2.2.2.1. Procedimiento aplicable a las ayudas notificadas .....  | 163 |
| 2.2.2.2. Procedimiento aplicable a las ayudas ilegales.....  | 176 |
| 2.2.2.3. Procedimiento aplicable a las ayudas abusivas .....   | 178 |
| 2.2.2.4. Procedimiento aplicable a las ayudas existentes .....   | 180 |
| 2.2.2.5. La recuperación de las ayudas.....  | 184 |
| 2.2.2.6. Las partes interesadas.....   | 193 |
| 2.2.2.7. Mecanismos de control .....   | 197 |
| 2.2.2.8. Disposiciones comunes .....   | 199 |
| 2.3. El control jurisdiccional de las ayudas estatales .....   | 202 |
| 2.3.1. Procedimientos contenciosos ante los tribunales comunitarios.....   | 203 |
| 2.3.1.1. Recursos interpuestos por la Comisión .....   | 203 |
| 2.3.1.2. Recursos interpuestos contra la Comisión .....  | 205 |
| 2.3.2. La intervención de los tribunales nacionales.....   | 212 |

|   |     |
|---|-----|
| <i>Parte segunda. EL TEST DE LA COMPATIBILIDAD Y LAS APORTACIONES</i>   |     |
| PÚBLICAS DE CAPITAL .....   | 215 |
| Capítulo 4. EL ORIGEN ESTATAL DE LA APORTACIÓN DE CAPITAL .....   | 217 |
| 1. Consideraciones introductorias .....   | 219 |
| 2. El origen estatal de las subvenciones en el ámbito del comercio internacional .....  | 219 |
| 3. El carácter estatal de las ayudas en el Derecho comunitario .....  | 221 |
| 3.1. El concedente de la ayuda: la interpretación extensiva de la noción de Estado .....  | 222 |
| 3.2. La noción amplia de fondos estatales .....   | 226 |
| 3.3. La doble necesidad de que las ayudas sean estatales y de que se financien<br>mediante recursos públicos .....                                    | 229 |
| 4. La práctica comunitaria sobre participaciones en el capital .....  | 234 |
| 4.1. La aportación de capital directamente estatal .....  | 235 |
| 4.2. Las aportaciones de capital indirectamente estatales .....   | 239 |
| 4.2.1. Entidades especializadas en la gestión de ayudas .....   | 240 |
| 4.2.2. Las sociedades de reconversión industrial .....  | 244 |
| 4.2.3. Las sociedades y holdings públicos .....   | 249 |
| 4.2.4. Las entidades públicas de crédito: las cajas de ahorro .....   | 256 |
| 4.2.5. Las sociedades y fondos de capital riesgo .....  | 261 |
| 4.2.6. Los fondos de garantía de depósitos .....  | 267 |
| Capítulo 5. LA APORTACIÓN DE CAPITAL COMO BENEFICIO ECONÓMICO<br>INJUSTIFICADO .....  | 277 |
| 1. Consideraciones iniciales .....  | 279 |
| 2. La determinación del carácter de ventaja en las aportaciones de capital público en<br>en el comercio internacional .....                           | 280 |
| 2.1. El estado de la cuestión en el marco del GATT de 1947 y del ASMC de 1979 .....   | 281 |
| 2.2. La nueva situación creada tras la aprobación del ASMC de 1994 .....  | 284 |
| 2.2.1. Primer método: <i>private investor prices available</i> .....  | 288 |
| 2.2.2. Método segundo: <i>actual private investor prices unavailable</i> .....  | 289 |
| 3. El principio del inversor privado en una economía de mercado aplicado en el<br>Derecho comunitario .....   | 291 |
| 3.1. El principio del inversor privado en las normas y documentos.<br>Comunicaciones .....  | 294 |
| 3.1.1. La Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984 .....   | 295 |
| 3.1.2. La Comunicación dirigida a las empresas públicas del sector de<br>fabricación .....  | 299 |
| 3.1.3. El principio del inversor privado en otras comunicaciones y directrices .....  | 304 |
| 3.2. La práctica comunitaria sobre la aplicación del principio del inversor privado<br>en una economía de mercado a las aportaciones de capital ..... | 308 |
| 3.2.1. La participación de inversores privados .....  | 310 |
| 3.2.1.1. El carácter privado del inversor .....   | 311 |
| 3.2.1.2. La proporcionalidad de la inversión .....  | 312 |
| 3.2.1.3. La significación económica de la participación privada .....   | 314 |
| 3.2.2. La existencia de cotización en un mercado oficial .....  | 320 |
| 3.2.3. La determinación de la rentabilidad probable de la inversión .....   | 324 |
| 3.2.3.1. El modelo de valoración de activos financieros ( <i>Capital Asset<br/>                Pricing Model</i> ) .....                              | 328 |
| 3.2.3.2. El momento en el que se tomó la decisión de invertir .....   | 332 |
| 3.2.3.3. Plazo razonable de recuperación de la inversión .....  | 337 |
| 3.2.3.4. El coste de oportunidad: la elección entre liquidar la empresa o<br>efectuar una nueva aportación de capital .....                           | 340 |
| 3.2.3.5. La existencia de un plan de reestructuración .....   | 343 |
| 3.3. La cuantificación de la ayuda aportada en forma de participación en el capital .....   | 346 |
| 4. Las críticas al principio del inversor privado en una economía de mercado .....  | 349 |

|   |     |
|---|-----|
| Capítulo 6. LAS CONDICIONES DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS Y SUBVENCIONES .....                         | 351 |
| 1. Planteamiento .....  | 353 |
| 2. La especificidad de las subvenciones en el comercio internacional.....                                     | 353 |
| 3. Las denominadas condiciones de la incompatibilidad de las ayudas estatales en el Derecho comunitario ..... | 355 |
| 3.1. El favorecimiento de determinadas empresas o producciones.....   | 356 |
| 3.1.1. El beneficiario de la ayuda .....  | 358 |
| 3.1.2. La selectividad de la medida: la distinción entre ayudas de Estado y medidas de carácter general ..... | 365 |
| 3.2. Los efectos de la ayuda .....  | 375 |
| 3.2.1. La afectación de los intercambios comerciales intracomunitarios .....                                  | 377 |
| 3.2.2. El falseamiento de la competencia .....  | 383 |
| 3.3. Las ayudas de importancia menor y la regla de <i>minimis</i> .....                                       | 388 |
| Capítulo 7. LAS EXCEPCIONES A LA REGLA DE INCOMPATIBILIDAD EN LOS CASOS DE PARTICIPACIÓN EN EL CAPITAL.....   | 393 |
| 1. Las excepciones al régimen general de incompatibilidad .....   | 395 |
| 2. Las ayudas compatibles <i>de iure</i> .....  | 397 |
| 3. Las ayudas que pueden ser declaradas compatibles con el mercado común.....                                 | 400 |
| 3.1. Ayudas regionales .....  | 403 |
| 3.2. Ayudas para el fomento de proyectos de interés común europeo .....                                       | 411 |
| 3.3. Ayudas para remediar una grave perturbación en la economía de los Estados miembros .....                 | 414 |
| 3.4. Ayudas sectoriales.....  | 419 |
| 3.5. Ayudas horizontales: las ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis.....              | 423 |
| 3.5.1. Concepto de empresa en crisis .....  | 426 |
| 3.5.2. La distinción entre salvamento y reestructuración .....  | 428 |
| 3.5.3. Las condiciones de la compatibilidad.....  | 429 |
| 3.5.3.1. Ayudas de salvamento.....  | 430 |
| 3.5.3.2. Ayudas de reestructuración .....   | 432 |
| 3.5.4. Principio de ayuda única .....   | 442 |
| 3.6. La excepción cultural .....  | 443 |
| 3.7. Las ayudas autorizadas por el Consejo .....  | 445 |
| CONCLUSIONES .....  | 449 |
| SENTENCIAS Y DECISIONES .....   | 481 |
| 1. Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (STJCE) .....                              | 483 |
| 2. Sentencias del Tribunal de Primera Instancia (STPI) .....  | 488 |
| 3. Decisiones de la Comisión .....  | 490 |
| PÁGINAS DE INTERNET.....  | 501 |
| 1. Organismos internacionales .....   | 503 |
| 2. Administración Federal norteamericana .....  | 503 |
| 3. Unión Europea .....  | 504 |
| 4. España .....   | 505 |
| BIBLIOGRAFÍA.....   | 507 |
| 1. Artículos, capítulos de libros y conferencias.....   | 509 |
| 2. Obras generales y monografías .....  | 531 |

|                  |   |
|------------------|---|
| AAMN             | Anales de la Academia Matritense del Notariado (España)                       |
| ADI              | Actas de Derecho Industrial (España)  |
| AEED             | Acuerdo sobre el espacio económico europeo                                    |
| AEIE             | Agrupación europea de interés económico (Unión Europea)                       |
| 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)                                |
| BFGE             | Boletín de la Fundación 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   |
| 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             | Common Market Law Reports (Gran Bretaña)                                      |
| CMLRev           | Common 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 transición 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)  |
| GJCE                 | Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia (España)                              |
| GJCEE                | Gaceta Jurídica de la CEE (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-Claasseur-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 diciplina 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 plurar, 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)                                       |
| RAJ                  | Repertorio Aranzadi de Jusrisprudencia (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)   |
| RDL                 | 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)   |
| 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 Trimenstrale du Droit Commercial (Francia)  |
| RTDE                | Revue Trimestrielle de Droit Européen (Francia)   |
| SA                  | Sociedad anónima  |
| SE                  | Sociedad anónima europea  |
| Sem. Jur.           | La Semaine Juridique (Francia)  |
| SEW                 | Sociaal-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)  |

El presente trabajo, fruto de una larga investigación, trata básicamente de dar respuesta a los múltiples interrogantes que a propósito de la regulación comunitaria sobre ayudas estatales han venido suscitando las aportaciones públicas en el capital de las empresas. Esta modalidad de intervención estatal en la economía incide en la delicada cuestión de delimitar la frontera entre el *Estado-poder público*, como potencial dispensador de ayudas estatales, y el *Estado-empresario*, como operador económico.

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 tesis doctoral 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. Y a modo de referencia incorporan la interpretación que de los requisitos comunes se hace en sede del comercio internacional al amparo de los acuerdos del GATT.

Esta metodología resulta de una gran utilidad práctica, puesto que permite detectar los principales problemas suscitados en su contexto habitual, al tiempo que se 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, devienen 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 y los informes que anualmente elabora la Dirección General de la Competencia de la Unión Europea.

Es obligado dejar constancia de la ayuda que para la realización de esta tesis doctoral supuso la estancia en la Comisión a través de la Fundación Galicia-Europa, así como de las facilidades prestadas en cuanto a disponibilidad de los fondos bibliográficos por el Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela.

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.

## 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 puede plantearse en relación tanto con empresas que realicen una actividad económica sometida al Tratado CECA como con empresas que operen en el ámbito regulado por el Tratado CE.

Esta insoslayable realidad exige que la cuestión se analice a la luz de los dos tratados, sin perjuicio de advertir que, aunque ambos partiesen de planteamientos radicalmente diferentes de las ayudas públicas y que formalmente se mantengan dos sistemas diferenciados, en la práctica se ha producido una convergencia fundamental entre ambas concepciones<sup>1</sup>.

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

---

<sup>1</sup> A propósito del progresivo acercamiento de ambos sistemas, vid. MERTENS DE WILMAR, J.: "Aides CE-CA 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. No se puede olvidar que, conforme al artículo 97 del Tratado CECA, dicho Tratado se aprobó por un período de cincuenta años, por lo que su vigencia concluirá el 23 de julio de 2002, fecha en la que, de no producirse ninguna modificación, todas las ayudas pasarían a regularse por el Tratado CE. Acerca de esta cuestión se encuentran trabajando los servicios de la Comisión y el Comité Consultivo de la CECA; véase, respecto a este último organismo, el Memorandum sobre los aspectos relacionados con la expiración del Tratado CECA en el año 2002, en DOCE C 206, de 11.8.1995, p. 7. Desde una perspectiva general, vid. también Protocolo anejo al Tratado CE del Tratado de Niza sobre las consecuencias financieras de la expiración del Tratado CECA y el fondo de investigación del carbón y del acero (DOCE C80, de 10.3.2001, p. 1, p. 67).

en España al margen del Derecho de defensa de la competencia y centradas en su modalidad más habitual: la subvención<sup>2</sup>.

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 COCCIA<sup>3</sup>, 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 recursos<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> 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 nº 23, A Coruña, 1994, p. 155, nota 279. Recoge también esta doble denominación el reciente Decreto legislativo 1/99, de 7 de octubre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de gestión financiera y presupuestaria de Galicia. No se puede olvidar tampoco en este contexto que el término *subvención* es empleado por nuestro Plan General de Contabilidad (PGC), aprobado por el RD 1643/1990, de 20 de diciembre (BOE, 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 4 de mayo de 1994 (BOE, de 26.05.1994). 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.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Cfr. Ley 16/1989 de 17.7.1989 (BOE, de 18.7.1989), modificada por RDL 7/1996, de 7 de junio (BOE, 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, 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. A este respecto existe ya un proyecto de ley de coordinación de las competencias del Estado y de las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, actualmente en tramitación parlamentaria.

## 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 comercio<sup>5</sup>.

### 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 MONTAÑA<sup>6</sup>, la ausencia de una definición precisa de subvención ha llegado a convertirse en uno de los tradicionales *tendones 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 1947<sup>7</sup>, dedicados respectivamente a los “*derechos antidumping y de-*

---

<sup>5</sup> 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 octubre de 2001).

<sup>6</sup> La dificultad para someter la figura de las subvenciones a una disciplina internacional arrancarí, a juicio de MONTAÑA, 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. MONTAÑA MORA, M.: “El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay”, en *GJCE*, D-27, 1997, pp. 239 a 280, en particular p. 241.

<sup>7</sup> 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./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, 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.

rechos compensatorios” y a las “subvenciones<sup>8</sup>” que, como recuerda DIDIER<sup>9</sup>, han permanecido sin apenas modificación en la actual versión del GATT de 1994<sup>10</sup>. 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 GATT*<sup>11</sup> se caracterizaban por la imprecisión de los conceptos utilizados, especialmente en lo que se refería a la noción misma de subvención<sup>12</sup> y a los tipos de subvenciones consideradas incompatibles<sup>13</sup>.

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*)<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> 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*, nº 6, december, 1995, pp. 5 a 29, en especial p. 10.

<sup>9</sup> DIDIER, P.: “Le code anti-subsidies du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté”, en *CDE*, nº 5-6, 1995, pp. 679 a 750, en particular p. 682.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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, nº 175, de 23.7.1982.

<sup>12</sup> 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./SALEMBIER, G.: “International...”, op. cit., pp. 6 y 7.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Con carácter general y por razones de simplificación emplearemos únicamente las siglas DOC.

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*<sup>15</sup>, al que siguió en Estados Unidos la adopción de la *Trade Agreements Act (TAA)* de 1979<sup>16</sup>. Como destaca PAPPALARDO<sup>17</sup>, 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 compensatorias<sup>18</sup>, llevaron a los Estados Unidos a resolver de manera unilateral algunas de estas cuestiones a través de la promulgación de la *Trade Agreements Act (TAA)*<sup>19</sup>.

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

---

<sup>15</sup> Este acuerdo, como destaca BEVIGLIA ZAMPETTI (“The Uruguay Round...”, op. cit., p. 10), constituyó la primera regulación internacional de la materia.

<sup>16</sup> 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 Competitiveness Act* de 1988. (Cfr. *Antidumping and Countervailing Duty Handbook*, United States International Trade Commission, publication 3140, Washington DC, october, 1998). 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](http://www.usitc.gov/reports.html) (última consulta en octubre de 2001). Por su parte, el título 19 USC está disponible también en internet en la dirección: [uscode.house.gov/title\\_19.htm](http://uscode.house.gov/title_19.htm) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>17</sup> 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. Recents Developments”, en *Fortham Int. L. Rev.*, vol. 2, nº 2, winter, 1988, pp. 310 a 331.

<sup>18</sup> 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 suscitó esta duplicidad de sistemas era el de la posibilidad de aplicar el mecanismo más expeditivo del *Track I* en relación con los “*domestic subsidies*”.

<sup>19</sup> 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.

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 PAPPALARDO<sup>20</sup>, 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 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 compensatorias<sup>21</sup>. 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

---

<sup>20</sup> PAPPALARDO, A.: “Public Undertakings...”, op. cit., pp. 129 y 130.

<sup>21</sup> 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*, 21, nº 2, June, 1984, pp. 305 a 354 y 355 a 403, respectivamente.



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 tales<sup>22</sup>.

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 subvención<sup>23</sup>.

## 2.2. SITUACIÓN ACTUAL

A la luz de los antecedentes que acabamos de exponer, el *Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994*<sup>24</sup>, surgido de las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT<sup>25</sup>, supone un paso decisivo al ofrecer<sup>26</sup> una definición de subvención junto a otras importantes novedades<sup>26</sup>.

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

<sup>22</sup> 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 sí misma incongruente con las reglas del mercado.

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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 1A (BOE, n° 20, supl., de 24.1.1995).

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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 aquellas 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 ser objeto de una acción, con algunas excepciones, al igual que las clásicas subvenciones a la exportación.

el debate suscitado casi en exclusiva entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos<sup>27</sup>. El nudo del problema radicaba, como expone DIDIER<sup>28</sup>, 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 economía<sup>29</sup>; en consecuencia, una medida pública extranjera que contraviniese al principio del “*laissez faire, laissez passer*” constituiría, para el Derecho norteamericano, una subvención<sup>30</sup>.

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 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 DIDIER<sup>31</sup>, 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.

---

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> Cfr. DIDIER: “Le code...”, op. cit., pp. 685 y ss.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> DIDIER, P.: “Le code...”, op. cit., pp. 686 y 687.

Por su parte, la Comunidad 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 1994<sup>32</sup>.

Esta fórmula, que se ha considerado como una de las grandes novedades de la Ronda Uruguay del GATT, en realidad tampoco supondría, como destaca MONTAÑÁ<sup>33</sup>, 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 sectorial<sup>34</sup>, aunque no como elemento definidor de su existencia, sino como condición para la aplicación de diversas partes del Acuerdo<sup>35</sup>.

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 de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);*

---

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> MONTAÑÁ MORA, M.: “El Acuerdo...”, op. cit., p. 244.

<sup>34</sup> Como matiza RODRÍGUEZ CUIEL (“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 *GJCE*, 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.

<sup>35</sup> Sobre esta cuestión, vid. *in extenso* el apartado 2 del capítulo sexto de este trabajo.

- 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”*.

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 perceptor”*, 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) nº 3284/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994, *sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comu-*

nidad Europea<sup>36</sup>, posteriormente<sup>37</sup> sustituido por el Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997<sup>38</sup>, 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);*
- 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”.*

---

<sup>36</sup> DOCE L 349, de 31.12.1994, pp. 22 a 51. 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.

<sup>37</sup> 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*”.

<sup>38</sup> DOCE L 288, de 21.10.1997, p. 1.

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*<sup>39</sup>, de acuerdo con la consolidada interpretación extensiva del término *Estado en sede comunitaria*<sup>40</sup>. Por otro lado, en el inciso 1.ii se añade el término *adeudados*<sup>41</sup> cuando se refiere al supuesto de que se *condonen o no se recauden ingresos públicos*, sustituyendo en el 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*<sup>42</sup>. Y en el ámbito de la CECA, ha sido también la Comisión quien ha adoptado la Decisión nº 1889/98/CECA, de 3 de septiembre de 1998<sup>43</sup>, sobre defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero<sup>44</sup>, cuyo artículo 2 incorpora una definición de la categoría de subvención idéntica a la del ya citado Reglamento (CE) nº 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 norteamericana<sup>45</sup> guarda plena coincidencia con la recogida en el Acuerdo sobre subven-

<sup>39</sup> 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*”.

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión, vid. *infra* apartado 3.1 del capítulo cuarto.

<sup>41</sup> 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*.

<sup>42</sup> DOCE C 394, de 17.12.1998, p. 6.

<sup>43</sup> Con anterioridad a esta Decisión, la Comisión había ido aprobando los siguientes textos: Decisión nº 2424/88/CECA (DOCE L 209, de 2.8.1988, p. 18), Decisión nº 2177/84/CECA (DOCE L 201, de 30.7.1984, p. 17), Recomendación nº 3018/79/CECA (DOCE L 339, de 31.12.1979, p. 15) y Recomendación nº 3025/82/CECA (DOCE L 317, de 13.11.1982, p. 17).

<sup>44</sup> DOCE L 245, de 4.9.1998, p. 3.

<sup>45</sup> He aquí el texto recogido en 19 USC at 1677 (35): “(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*”.

ciones y medidas compensatorias de 1994<sup>46</sup>. Junto a esta normativa básica aprobada 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*<sup>47</sup>, 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 1998<sup>48</sup>, que será objeto de especial atención al analizar la posible existencia de una ventaja en las aportaciones de capital público en el comercio internacional<sup>49</sup>.

### 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 competencia<sup>50</sup>. En segundo lugar, el término ayuda suele adjetivarse de manera diferente y así se habla cuasi-indis-

<sup>46</sup> 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 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.

<sup>47</sup> 60 FR 25, 130.

<sup>48</sup> 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/](http://www.access.gpo.gov/) (última consulta en octubre de 2001).

<sup>49</sup> Vid. *infra* capítulo quinto de este trabajo, especialmente apartado 2.2.

<sup>50</sup> 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 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.

tintamente de *ayudas de Estado*, de *ayudas públicas*, de *ayudas nacionales* y de *ayudas comunitarias*<sup>51</sup>, cuando en realidad sólo en determinados contextos pueden ser términos intercambiables<sup>52</sup>. La expresión *ayudas de Estado*<sup>53</sup> 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 comunitaria<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> 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*, nº 63, 1<sup>er</sup> trim., 1993, pp. 222 a 241. Sobre ayudas públicas: DELCROS, X.: “Le contrôle du juge administratif français en matière d’aides publiques”, en *AJDA*, nº 6, pp. 462 a 471; POUCHAIN, M./LAMBERT, T.: “Les aides publiques: éléments d’analyse statique”, en *AJDA*, nº 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*, nº 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.*, nº 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*, nº 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*, nº 69, enero-marzo, 1998, pp. 81 a 124; CHÉROT, J.Y.: *Les aides d’Etat dans les Communautés Européennes*, Economica, París, 1998; KEPPELNE, 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.



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 directas<sup>55</sup>)– o *indirecto* –cuando en las condiciones de su otorgamiento intervienen las autoridades nacionales (fondos estructurales<sup>56</sup>)–. En uno y en otro caso, los pagos se efectúan a través de las autoridades nacionales.

### 3.1. TRATADO CECA Y TRATADO CE: DE LA PROHIBICIÓN ABSOLUTA A LA INCOMPATIBILIDAD RELATIVA

De los tres tratados constitutivos de la Comunidad Europea<sup>57</sup> sólo dos –el Tratado Ceca y el Tratado CE– contienen normas sobre ayudas<sup>58</sup>. Como ha destacado en general la doctrina, el rasgo más sobresaliente de su regulación es la ausencia de una definición legal de ayuda<sup>59</sup>. En efecto, ni el tratado por el que se constituyó la Comunidad Europea del Car-

<sup>55</sup> 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.

<sup>56</sup> 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.

<sup>57</sup> 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, ya que lo expuesto sobre ésta le es perfectamente trasladable. Con carácter general sobre la regulación de ayudas estatales del AEEE, vid. MARTIN, 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.

<sup>58</sup> 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 *EI*, 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 al Tratado Euroatom.

<sup>59</sup> 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 importantes críticas por ni siquiera haber descrito detalladamente el supuesto de hecho que merece tal calificación.

bón y del Acero (Tratado CECA) de 1951, ni el Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado CE) de 1957 ofrecen definición alguna de ayuda.

El artículo 4 del Tratado CECA se limita 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 después<sup>60</sup>, formula como principio general la incompatibilidad<sup>61</sup> 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 darse, limitaría en la práctica la finalidad de la norma<sup>62</sup> 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 falseada<sup>63</sup>.

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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 utillaje industrial según las normas más competitivas. En términos parecidos, KEPPELNE (*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.

<sup>62</sup> Por todos, vid. EVANS, A.: *EC Law of State Aid*, European Community Law Series, Oxford, 1997, p. 27.

<sup>63</sup> Cfr. artículo 3.g CE.

La necesidad de superar la ausencia de definición legal del concepto de *ayuda* ha llevado tanto a la doctrina<sup>64</sup> como a la propia jurisprudencia<sup>65</sup> y a la Comisión<sup>66</sup> a ofrecer algunas definiciones que, con carácter descriptivo y finalidad práctica, han querido aproximarse al concepto contenido en la normativa comunitaria. En la práctica comunitaria, como recuerda EVANS<sup>67</sup>, 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*)

---

<sup>64</sup> 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*”.

<sup>65</sup> 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*”.

<sup>66</sup> 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*”.

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*”.

<sup>67</sup> EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 27.

en el que no siempre resulta fácil formular criterios generales. Este sistema confiere a la Comisión la posibilidad de efectuar una aplicación amplia y flexible<sup>68</sup>, 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 define el término *ayuda* y se identifica erróneamente con el de *subvención*, supone una prohibición tajante de las ayudas estatales cualquiera que sea su forma. Un sistema de prohibición tan radical y absoluto como el que se desprende de la redacción de este precepto, que permanece vigente e inalterado desde su redacción original<sup>69</sup>, 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 acero<sup>70</sup>. Sin embargo, en la práctica resultó poco realista<sup>71</sup> desde un principio por lo que, como destaca FERNÁNDEZ FARRERES<sup>72</sup>, los órganos comunitarios tendieron poco después de su entrada en vigor a minorar las consecuencias de esta rigurosa

<sup>68</sup> 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*, articles 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*”.

<sup>69</sup> Una buena prueba de su vigencia, al menos formal, se encuentra en el hecho de que sigue 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.

<sup>70</sup> Debemos destacar, sin embargo, que el Tratado CECA no regula todas las ayudas a la siderurgia, ya que existen subsectores de la misma regulados 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...”, op. cit., pp. 421 a 440.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> 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 Steenkolemijnen 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*”.

prohibición. A tal efecto se busca cobertura en otras previsiones del propio tratado para admitir la existencia de ciertas excepciones<sup>73</sup> a la regla general prohibitiva de las ayudas estrictamente nacionales<sup>74</sup>.

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 marítimos<sup>75</sup>. 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 nacionales<sup>76</sup>.

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 desfavorable<sup>77</sup>, el Tribunal emitió un segundo y definitivo dictamen<sup>78</sup> que permitió ampliar considerablemente las competencias de la Comisión para otorgar ayudas comunitarias, gracias a la inclusión de un párrafo nuevo (el 2º)<sup>79</sup> en el artículo 67 Tratado CECA.

---

<sup>73</sup> Cfr. MERTENS DE WILMAR, J.: "Aides CECA...", op. cit., p. 423.

<sup>74</sup> 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, nº 9, supl., abril, Principado de Asturias, 1996, pp. 89 a 117, en especial pp. 106 y ss.

<sup>75</sup> Vid. MERTENS de WILMARS, J.: "Aides CECA...", op. cit., p. 430.

<sup>76</sup> 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)".

<sup>77</sup> 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.

<sup>78</sup> 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).

<sup>79</sup> 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 EUROATOM<sup>80</sup>. El problema se solventó con la firma de un protocolo el 21 de abril de 1964<sup>81</sup> 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 Comisión<sup>82</sup>. Con estas premisas la Alta Autoridad aprobó el 17 de febrero de 1965<sup>83</sup> su primera decisión relativa a un régimen comunitario de intervención de los Estados miembros en favor de la industria hullera, que suponía la admisión efectiva de ayudas de Estado en el área del carbón.

Por lo que se refiere al sector del acero, será igualmente la crisis de los años ochenta<sup>84</sup>, 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*<sup>85</sup>,

---

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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).

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> Decision 3/65 (DOCE, de 25.2.1965, p. 480).

<sup>84</sup> 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*, nº 17, 1980, pp. 31 y ss.

<sup>85</sup> 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).

por el que se completaba y en gran parte sustituía el régimen existente de ayudas comunitarias<sup>86</sup>.

Con el nuevo sistema se ha producido, como ya señalábamos, una convergencia fundamental entre las concepciones del Tratado CECA y del Tratado CE<sup>87</sup>, al autorizarse bajo ciertas condiciones el otorgamiento de ayudas estatales. La Comisión ha ido fijando en sucesivas decisiones, con un marcado carácter restrictivo<sup>88</sup>, las ayudas autorizables y las condiciones de su otorgamiento según las particulares circunstancias que atravesaban ambos sectores.

En este contexto, resulta muy ilustrativa la STPI de 12 de mayo de 1999<sup>89</sup>, 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...”*<sup>90</sup>. 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 amena-

<sup>86</sup> MERTENS DE WILMAR, J.: “Aides CECA...”, op. cit., p. 432.

<sup>87</sup> 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 plasmará 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 actual 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).

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> *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.

<sup>90</sup> 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.

za con falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

En la actualidad, la concesión de ayudas al carbón se rige por la Decisión n° 3632/93/CECA, de 28 diciembre 1993<sup>91</sup>, desarrollada e implementada, a su vez, por la Decisión de la Comisión n° 341/94/CECA, de 8 febrero 1994. Está previsto que este régimen se mantenga en vigor hasta la expiración del Tratado CECA<sup>92</sup>.

Por su parte, las ayudas a la siderurgia CECA se regulan actualmente por la Decisión 2486/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996<sup>93</sup>.

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*<sup>94</sup>.

La perspectiva con la que aborda este tratado la regulación de las ayudas es claramente diferente de la del Tratado CECA<sup>95</sup> en la medida en que la prohibición absoluta se sustituye por la incompatibilidad, en principio, de las ayudas que reúnan determinadas características<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> DOCE L 329, de 30.12.1993, pp. 12 a 18.

<sup>92</sup> Cfr. ALVARGONZÁLEZ RODRÍGUEZ, I.: “Las ayudas...”, op. cit., p. 112, nota 42.

<sup>93</sup> DOCE L 338, de 28.12.1996, p. 42. Esta decisión contiene un anexo en el que se establecen los criterios para la aplicación a la industria siderúrgica de las directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente, contenidas hoy en DOCE C 37, de 3.2.2001, p. 3.

<sup>94</sup> 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”.

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> Con respecto de 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.

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.



### 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 ROBERTI<sup>97</sup> 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*”<sup>98</sup>.

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 condiciones<sup>99</sup>. Otros concep-

<sup>97</sup> ROBERTI, G.M.: “Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales”, en *AJDA*, nº 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.

<sup>98</sup> Con esta 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.

<sup>99</sup> 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*, nº 122, 1990, pp. 409 a 438, y “Giro jurisprudencial restrictivo del concepto de ayuda de Estado. STJCE, de 17 de marzo de 1993”, en *GJCE*, 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 octubre de 2001). 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, 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).

túan las condiciones establecidas en el precepto, y así habla de origen, de destinatario, de efectos y de formas<sup>100</sup>. 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 incompatibilidad<sup>101</sup>.

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

- 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 ROBERTI<sup>102</sup>, 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.

---

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 399. En el mismo sentido, GARBAR, Ch.: “Aides d’Etat...”, op. cit., p. 666.

Según ya hemos advertido<sup>103</sup> 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 incompatibles<sup>104</sup>. En este sentido, 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 (anterior artículo 87)<sup>105</sup>, 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*<sup>106</sup>.

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 si una medida concreta cumple las condiciones necesarias para ser considerada como ayuda de Estado o si es incompatible y, en su caso, 2) susceptible de encajar en alguna de las excepciones previstas<sup>107</sup>.

---

<sup>103</sup> *Supra* nota 99.

<sup>104</sup> 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. 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.

<sup>105</sup> DOCE L 83, de 27.3.1999, p. 1.

<sup>106</sup> Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “O Consello aproba o Regulamento sobre procedemento en materia de axudas estatais”, en *BFGÉ*, nº 91, marzo, 1999, pp. 7 a 10, en especial p. 5 a 8.

<sup>107</sup> 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).

### 3.3. EL CARÁCTER DE VENTAJA COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LA NOCIÓN DE AYUDA

Como oportunamente apuntaron KOVAR<sup>108</sup> y RODRÍGUEZ CURIEL<sup>109</sup>, es mérito de la jurisprudencia haber delimitado la esencia de la ayuda al identificarla con la noción de *ventaja* de la que se benefician determinadas empresas o producciones<sup>110</sup>.

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*”<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> En su reciente 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 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).

<sup>110</sup> 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*”.

<sup>111</sup> 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 WAELBROECK, 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 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).

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 supuestos<sup>112</sup>: las medidas “*objetivamente justificadas por razones de tipo económico*”<sup>113</sup>; las prácticas que “*se justifica(n) objetivamente por motivos comerciales*”<sup>114</sup>, 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*”<sup>115</sup>; las exenciones de cargas heredadas de un régimen de economía planificada<sup>116</sup>; 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 pacífica<sup>117</sup>. No se puede olvidar que, aunque el apar-

<sup>112</sup> Seguimos en esta enumeración a RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia”, en *EI*, nº 318, 1997, p. 98 y notas 7 a 12.

<sup>113</sup> STJCE de 2 de febrero de 1988, asuntos 67, 68 y 70/85, Rec. 1988, p. 219 y 265, apartado 30.

<sup>114</sup> STJCE de 29 de febrero de 1996, C-56/93, Rec. 1996, p. I-0723, en particular p. I-767, apartado 79.

<sup>115</sup> Apartado 167 del *XXVI IPC 1996*.

<sup>116</sup> 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).

<sup>117</sup> 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 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 *GJCE*, B-124, junio, 1997, pp. 17 a 21. A propósito de la Conferencia Intergubernamental de Amsterdam (CIG 97) 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 conférence 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.

tado 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 segundo 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*”<sup>118</sup>.

El alcance de esta excepción, modulada por la Comisión en virtud de las facultades que le confiere el apartado 3<sup>119</sup>, ha suscitado en la práctica múltiples problemas a la hora de aplicar a estas *empresas*<sup>120</sup> las reglas de la competencia.

En general, se percibe que la mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público excluye de la prohibición general las ayudas otorgadas a las empresas comprendidas en la excepción del artículo 86.2 CE<sup>121</sup>.

<sup>118</sup> 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 [http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001\\_018\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_018_fr.pdf) (última consulta en octubre de 2001).

<sup>119</sup> Al intento de suprimir el poder que este precepto confiere a la Comisión con motivo de la CIG 97, en la que se aprobó el Tratado de Amsterdam, vid. MIERT, K.V.: “La conference intergouvernementale...”, op. cit., pp. 1 y 2.

<sup>120</sup> 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.

<sup>121</sup> 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.

La jurisprudencia ha respaldado este criterio<sup>122</sup>, como ha venido a confirmar la STPI de 27 de febrero de 1997, *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)*<sup>123</sup>, a propósito de las ventajas fiscales concedidas al Servicio de Correos francés para compensar las cargas derivadas de la asunción de misiones de servicio público. En esta sentencia el Tribunal de Primera Instancia estableció que: “(d)e la redacción de esta disposición, especialmente de los términos «en la medida en que la aplicación de dichas normas [en este caso, del artículo 92 del Tratado] no impida (...) el cumplimiento de la misión específica», se desprende que, en el supuesto de que pueda invocarse el apartado 2 del artículo 90, una medida estatal podrá considerarse compatible con el mercado común aun cuando esté incluida en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 92 del Tratado (...). Aunque se trate de una ayuda de Estado en el sentido de esta última disposición, el efecto de las normas sobre competencia puede restringirse en este caso (...), de modo que la prohibición de la concesión de una ayuda nueva, derivada del artículo 92 en relación con los apartados 2 y 3 del artículo 93, puede declararse inaplicable”.

La cuestión principal que se formula es que la ventaja conferida no exceda los costes derivados de la asunción de tareas de servicio de interés económico general, ya que en el caso de que la empresa beneficiaria realice simultáneamente actividades en régimen de competencia puede suscitar el problema de las *subvenciones cruzadas*<sup>124</sup>. En la medida en que las ayudas se destinasen a financiar actividades competitivas en detrimento de sus competidores, devendría inaplicable la excepción del artículo 86.2 CE.

La ya aludida sentencia *Fédération Française des Sociétés d'Assurances (FFSA)* aborda directamente esta cuestión y puntualiza que “la apreciación relativa a la necesidad de la

<sup>122</sup> STJCE de 11 de abril de 1989, *Ahmed Saeed Flugreisen* y otros c. *Zentrale zur Bekämpfung unlauteren wettbewerbs* e.v., asunto 66/86, Rec. p. 803, apartado 56 y, en el mismo sentido, STJCE de 15 de marzo de 1994, *Banco Exterior de España*, asunto C-387/92, Rec. 1994, p. I-0877, apartados 14 y 15.

<sup>123</sup> STPI ya citada, de 27 de febrero de 1997, asunto T-106/95, Rec. 1997, p. II-0229, apartado 172.

<sup>124</sup> A la intención de evitar el fenómeno de la “*cross subsidization*” responde la última reforma de la Directiva 723/80/CEE, llevada a cabo por la Directiva 2000/52/CE, del Consejo, de 26 de julio (DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 75), que impone a aquéllas encargadas de la gestión de servicios públicos una contabilidad separada respecto a las demás actividades que pueda realizar. A propósito de esta reforma, vid. 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 29.1.1999, p. 3); SOUKUP, K.: “Commission Proposes Change to Transparency Directive”, en *EC. Comp. Pol. News*, nº 2, June, 1999, p. 38; XVII IPC 1997 (p. 73). En relación con el tema de la “*cross subsidization*”, véase HANCHER, L./BUENDÍA SIERRA, J.L.: “Cross-Subsidization and EC Law”, en *CMLRev*, nº 4, August, 1998, pp. 901 a 945.

*ayuda implica una evaluación global de las condiciones económicas en las que la empresa afectada desarrolla las actividades incluidas en el sector reservado, sin tener en cuenta los eventuales beneficios que pueda obtener de los sectores abiertos a la competencia*<sup>125</sup>”. Por ello y de acuerdo con la información de que se disponía en el caso de autos<sup>126</sup>, sigue diciendo que “*aun cuando, a falta de una contabilidad analítica que permita distinguir entre los diferentes sectores de actividad del Servicio de Correos, los resultados de los referidos ejercicios engloban el conjunto de las actividades de dicho servicio, este Tribunal de Primera Instancia considera que la Comisión pudo estimar, sin rebasar los límites de su facultad de apreciación, que en el presente caso la ventaja fiscal controvertida no excedía de cuanto era necesario para garantizar el cumplimiento de las misiones de interés público que incumben al Servicio de Correos, a saber, en particular la obligación de mantener una presencia postal en el medio rural, pudiendo suponerse que los costes adicionales resultantes corresponden a pérdidas equivalentes para el Servicio de Correos. Así pues, en el caso de autos, el hecho de haber autorizado una ayuda de Estado que es inferior a dichos costes adicionales no puede hacer inaplicable el apartado 2 del artículo 90 del Tratado ni, por consiguiente, constituir una infracción del artículo 92 de dicho Tratado*”.

Últimamente, la Comisión Europea se ha planteado la controvertida financiación de las televisiones públicas<sup>127</sup>, los *costes de la transición a la competencia* (CTC) de las compañías eléctricas<sup>128</sup> o los *posibles privilegios* de los bancos públicos regionales alemanes<sup>129</sup>.

---

<sup>125</sup> Apartados 178 a180.

<sup>126</sup> Como señala el Tribunal (apartado 179): “(...) de los documentos obrantes en autos y de los informes orales expuestos ante este Tribunal se desprende que, tomando como base la media de los tres primeros años posteriores a la adopción de la Ley de 1990, el Servicio de Correos sólo alcanza grosso modo su equilibrio financiero después de impuestos, es decir, si se tiene en cuenta la desgravación fiscal controvertida”.

<sup>127</sup> Téngase en cuenta la reciente comunicación de la Comisión sobre aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los servicios públicos de radiodifusión (DOCE C320, de 15.11.2001, p. 5).

<sup>128</sup> En relación con los CTC, la Comisión ha elaborado finalmente un documento en el que expone los principios que tendrá en cuenta para analizar estas medidas y considerarlas como ayudas estatales, y su eventual compatibilidad, al amparo de la excepción de la letra c del apartado 3 del artículo 87 CE (ayudas sectoriales).

<sup>129</sup> A este respecto, vid. la Decisión de 8 de julio de 1999, relativa a una medida ejecutada por la República Federal de Alemania a favor de *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* (DOCE L 150, de 23.6.2000, p. 1).



#### 4. LA IRRELEVANCIA DE LA FORMA

Uno de los elementos comunes que presenta la regulación de las ayudas en los Tratados CECA y CEE 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 irrelevancia 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 pública<sup>130</sup>.

A pesar de ello y a título meramente indicativo, tanto la propia Comisión<sup>131</sup> como la jurisprudencia<sup>132</sup> han ofrecido en alguna ocasión sin carácter exhaustivo<sup>133</sup> 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 apreciación<sup>134</sup> y, por ello, más eficaces desde el punto de vista de los Estados interesados<sup>135</sup>.

Entre las clasificaciones ofrecidas por los autores, MATTERA<sup>136</sup> 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 parte, GARBAR<sup>137</sup> distin-

<sup>130</sup> 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).

<sup>131</sup> En respuesta a la pregunta nº 48, formulada por el parlamentario Sr. Burgbacher (DOCE C 125, de 30.7.63, p. 39).

<sup>132</sup> STJCE de 23 de febrero de 1961, *Steenkolenmijnem* c. Alta Autoridad, asunto 30/59, Rec. 1961, p. 2235.

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> Vid. CARBAJO, J.: “La notion d’aide...”, op. cit., p. 7.

<sup>135</sup> 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*, nº 196, mayo, 2001, pp. 7 a 16.

<sup>136</sup> MATTERA, A.: *El Mercado Único, sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 90 a 92. (Edición española a cargo de Cora Zapico).

<sup>137</sup> GARBAR, Ch.: “Aides d’Etat...”, op. cit., pp. 669 y ss.

que 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, CARBAJO<sup>138</sup>, 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 clásica subvención<sup>139</sup>, mientras que entre las más sofisticadas suelen incluirse 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<sup>140</sup>; las tasas de descuento preferencial; la renuncia a la percepción de dividendos normales o de mercado en empresas públicas<sup>141</sup>; la adquisición reiterada de sus productos<sup>142</sup> o la participación pública en el capital de empresas<sup>143</sup>.

<sup>138</sup> CARBAJO, J.: “La notion d'aide ...”, op. cit., p. 7.

<sup>139</sup> 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 28.1.1997, p. 26), en cuyo artículo 1 se puede leer: “*las subvenciones de Austria Tabakwerke a Head Tyrolia Mares en forma de aportaciones de capital...*”.

<sup>140</sup> En ellas es preciso, por tanto, distinguir entre el beneficiario directo (el perceptor) y el beneficiario efectivo (la empresa).

<sup>141</sup> 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 compete, haciendo menos rentable la inversión.

<sup>142</sup> 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 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 revise 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”.*

<sup>143</sup> 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.

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 públicas<sup>144</sup> 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 crisis<sup>145</sup>. 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 ya un abundante acervo práctico con una variada casuística, tanto en relación 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 el 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 Estado<sup>146</sup>.

## 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 PAPPALARDO<sup>147</sup>, un fenómeno reciente sino una mani-

---

<sup>144</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., p. 110.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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).

<sup>147</sup> PAPPALARDO, A.: “Les participations...”, op. cit., p. 295.

festación 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 públicas<sup>148</sup> como privadas (que a menudo pasaban a engrosar la nómina pública<sup>149</sup>) 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.

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 empre-

---

<sup>148</sup> 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 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”.*

<sup>149</sup> 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.

sario o pretendiese, por el contrario, otorgar por esta vía verdaderas ayudas a sus empresas nacionales.

En efecto, como recuerda DONY<sup>150</sup>, cuando un Estado miembro asume el papel de empresario o de inversor de capital 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 común<sup>151</sup>.

Habrán de transcurrir, sin embargo, como recuerda DONY<sup>152</sup>, 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

---

<sup>150</sup> DONY, M.: “La participation des pouvoirs publics au capital des entreprises et le droit de la concurrence (Comentario de la STJCE *Inter Mills*, de 14 de noviembre de 1984)”, en *CDE*, nº 2, 1986, pp. 161 a 184, en particular p. 164.

<sup>151</sup> 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 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...).

<sup>152</sup> DONY, M.: “La participation des...”, op. cit., p. 164 y nota 3.

de participación públicas en el capital de las empresas. Será con motivo del *Primer informe sobre política de la competencia*<sup>153</sup> 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 1972<sup>154</sup>, 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 nacionales<sup>155</sup>, 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 n° 184, de 22 de marzo de 1971, que preveía la intervención gubernamental para respaldar la reestructuración y la recorversión de ciertas empresas industriales. Con esta ley, el Gobierno italiano trataba de facilitar la reestructuración, la reorganización o la recorversión 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.

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*

---

<sup>153</sup> I IPC 1971, apartado 136.

<sup>154</sup> II IPC 1972, apartado 125.

<sup>155</sup> El término *nacionales* se emplea aquí en su acepción común, sin entrar en cuestiones relativas a su propiedad pública.

*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 negativas<sup>156</sup> 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 CE<sup>157</sup>).

## **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 miembros<sup>158</sup>, de 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 privadas<sup>159</sup>.

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.

---

<sup>156</sup> Vid. *infra*, apartado 5.5 de este capítulo.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> 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.

<sup>159</sup> 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*.

Esta situación origina, como apunta HELLINGMAN<sup>160</sup>, dos problemas básicos: en primer lugar, la posible confusión entre su función como poder público, defensor del interés general<sup>161</sup>, y su función como propietario y, en segundo lugar, el peligro que derivaría del abuso del inmenso poder financiero<sup>162</sup> 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.

En efecto, mientras el artículo 295 CE (antiguo artículo 222 Tratado CE)<sup>163</sup>, cuya redacción en el Tratado CE había ocasionado numerosas controversias<sup>164</sup>, enuncia de manera general que “*el presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de propiedad en los Estados miembros*”<sup>165</sup>, consagrando como principio la neutralidad de los tratados res-

<sup>160</sup> HELLINGMAN, K.: “State Participation as State Aid Under Article 92 of the EEC Treaty: The Commission Guidelines”, en *CMLRev*, nº 23, 1986, p. 111 a 133, en particular p. 111.

<sup>161</sup> Cfr. artículo 103.1 de nuestra Constitución.

<sup>162</sup> *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*, nº 2-3, 1983, pp. 233 a 285 y 393 a 442, en concreto p. 430.

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> 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.).

<sup>165</sup> La redacción más general de este artículo, frente a su precedente del Tratado CECA, al no mencionar expresamente a la empresa pública, pudo deberse a la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre una fórmula más precisa, teniendo en cuenta, además, la amplitud con la que concebía el Tratado CE. Vid. SMIT, H./HERZOG, P.E.: *The Law of the...*, op. cit., vol. 5, p. 168, así como la bibliografía que citan. 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.



pecto a la propiedad de las empresas<sup>166</sup>, 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 Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive<sup>167</sup>”.

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 empresas<sup>168</sup>, concediéndoseles, en definitiva, un margen de maniobra amplio aunque no ilimitado en relación con la existencia y con la gestión de sus respectivos sectores públicos<sup>169</sup>, reconocida en los propios textos constitucionales<sup>170</sup>.

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 CURIEL<sup>171</sup>, la propia Comisión<sup>172</sup> reconoce que el artículo 90 Tratado CE (hoy 86 CE) no restringe de

<sup>166</sup> 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.

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> 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.

<sup>169</sup> 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, nº 56, Madrid, 1980.

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 55.

<sup>172</sup> Cfr. *VI IPC 1976*, apartado 273.

manera alguna el artículo 222 Tratado CE (hoy 295 CE), que garantiza 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 KOVAR<sup>173</sup>, 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 curso<sup>174</sup>.

### 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 1980<sup>175</sup>, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas<sup>176</sup>.

Sobre la base de los poderes especiales conferidos por el apartado 3 del artículo 90 Tratado CE<sup>177</sup> (hoy artículo 86 CE) y con la finalidad de dotar de *efecto útil* a las disposiciones

<sup>173</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., pp. 110 y 111.

<sup>174</sup> 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*, nº 12, diciembre, 1998, pp. 37 a 40.

<sup>175</sup> 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*, nº 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*, nº 18, 1981, pp. 207 y ss.

<sup>176</sup> 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.

<sup>177</sup> 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”. 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).

de los dos primeros apartados de dicho precepto<sup>178</sup>, 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 Europeas<sup>179</sup>.

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 públicas<sup>180</sup>, con la finalidad de poder realizar un control efectivo sobre las ayudas de Estado<sup>181</sup>.

Dicha Directiva ha sido objeto de tres reformas<sup>182</sup> dirigidas a ampliar su ámbito de aplicación y a reforzar su eficacia, a las que han seguido sendos recursos ante el Tribunal de Justicia interpuestos por diversos Estados miembros<sup>183</sup>.

<sup>178</sup> 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, en especial p. 601.

<sup>179</sup> 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*, 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.

<sup>180</sup> 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, CIRENELI, M.T.: “Risanamento...”, op. cit., p. 262.

<sup>181</sup> 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.: *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”.

<sup>182</sup> 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).

<sup>183</sup> 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.

Con arreglo a esta directiva, se impone a los Estados miembros<sup>184</sup> 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*<sup>185</sup>; especifica en su artículo 3 los supuestos en los que se considera que existe tal utilización 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 2<sup>186</sup> el concepto de empresa pública en los siguientes términos: “*cualquier empresa en que los*

---

<sup>184</sup> Cfr. artículo 1 de la directiva.

<sup>185</sup> 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 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*”.

<sup>186</sup> 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).

*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 empresa<sup>187</sup>: a) *poseen la mayoría del capital suscrito de la empresa*, b) *disponen de 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 naval<sup>188</sup>, 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 nº 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 siderurgia<sup>189</sup>.

---

<sup>187</sup> 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 2ª 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, 22ª ed., Madrid, 1999, pp. 589 a 591.

<sup>188</sup> 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.

<sup>189</sup> 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 capital<sup>190</sup>: se trata de las decisiones *Balamundi*<sup>191</sup>, *Intermills*<sup>192</sup> y *Leeuwarder*<sup>193</sup>.

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 destinado 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.

---

<sup>190</sup> 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 nº 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*).

<sup>191</sup> 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).

<sup>192</sup> 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).

<sup>193</sup> 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).

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 salvamento<sup>194</sup>. 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 TJCE<sup>195</sup> supusieron un avance de singular importancia en la labor de la Comisión por extender su control sobre las formas más sofisticadas de intervención pública.

## **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,

---

<sup>194</sup> Cfr. *XII IPC 1982*, apartado 186.

<sup>195</sup> 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.

apareciendo así la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984<sup>196</sup>, 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 ante expuestos y partiendo como antecedentes de la adopción de una idéntica posición en los sectores siderúrgico y de la construcción naval<sup>197</sup>.

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 empresas*<sup>198</sup>.
- b) *En el caso de transferencia parcial o total de propiedad del sector privado al sector público* (nacionalización/expropiación/compra).
- c) *En empresas existentes, que pertenecen al sector público por aportes de capital o dotaciones, convertidas en capital*<sup>199</sup>.
- d) *En empresas existentes del sector privado con aumento del capital*<sup>200</sup>.

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, finalmen-

---

<sup>196</sup> 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.

<sup>197</sup> 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.

<sup>198</sup> 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.

<sup>199</sup> Las ayudas a empresas públicas en sentido propio.

<sup>200</sup> En este supuesto y en función de la participación pública puede producirse la publicación de la empresa que pasaría del sector privado al público.



te, 3) enunciará unas presunciones de ayuda estatal, que desplaza la carga de la prueba de su no existencia al Estado interesado<sup>201</sup>.

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 evaluación<sup>202</sup>.

### 5.7. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LAS EMPRESAS PÚBLICAS DEL SECTOR DE FABRICACIÓN

En 1991, la Comisión publica una nueva comunicación<sup>203</sup> 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*<sup>204</sup>, con la que pretendía, por un lado, clarificar su posición en relación con el principio del *inversor privado en una economía de mercado*<sup>205</sup>, 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 fabricación<sup>206</sup>.

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 1993<sup>207</sup>.

<sup>201</sup> Esta cuestión se examinará en detalle en el capítulo quinto de este trabajo (apartado 3.1.1).

<sup>202</sup> 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.

<sup>203</sup> DOCE C 273, de 18.19.1991, p. 2.

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> Sobre este punto, vid. *infra* capítulo quinto, apartados 3 y 4.

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> 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, Judgment of 16 June 1993", en *CMLRev*, 31, 1994, pp. 155 a 164.

Tras la sentencia, la Comisión adoptó una nueva comunicación con el mismo título<sup>208</sup> y aprobó la Directiva 93/84/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1993<sup>209</sup>, por la que procedía a reformar la Directiva 80/723/CEE, reforzando la obligación de información de los Estados miembros<sup>210</sup>.

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 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 *Inter Mills*.

Sin embargo, ya con anterioridad<sup>211</sup> 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 84/82<sup>212</sup>, presentadas el 25 de enero de 1984.

<sup>208</sup> DOCE C 307, de 12.10.1993, p. 3.

<sup>209</sup> DOCE L 254, de 12.10.1993, p. 16.

<sup>210</sup> 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*, 15, 1993-1994, pp. 775 a 779.

<sup>211</sup> 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 *Inter Mills*, al que a continuación haremos referencia; conclusiones en las que se efectúa un breve repaso de la doctrina coetánea sobre la cuestión.

<sup>212</sup> 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 (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.

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 contrario, 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*<sup>213</sup>.

La sentencia en el asunto *Inter Mills*<sup>214</sup> 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 capital<sup>215</sup>. En esta sentencia se resolvía el recurso de anulación interpuesto por la SA *Inter Mills* y por tres sociedades de su grupo contra la Decisión de 22 de julio de 1982<sup>216</sup>, 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 *Inter Mills*, así como las destinadas a la creación de tres sociedades nuevas.

---

<sup>213</sup> 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. Denavit 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.

<sup>214</sup> SA *Inter Mills* 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*, nº 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*, nº 3-4, iuglio-dicembro, 1991, pp. 365 a 372.

<sup>215</sup> En este sentido, vid. 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, 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 *Inter Mills* en *XIV IPC 1984*, apartados 198 a 204.

<sup>216</sup> DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30.

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 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.

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 doctrina<sup>217</sup>, 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 precepto<sup>218</sup>.
- 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 decisión*<sup>219</sup>.

---

<sup>217</sup> Por todos, PAPPALARDO, A.: “Les participations...”, op. cit., pp. 291 a 310.

<sup>218</sup> 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.

<sup>219</sup> Considerando 32.

Esta sentencia va a establecer la línea jurisprudencial básica que va a ser recogida tanto por las sentencias posteriores<sup>220</sup> como por las propias decisiones<sup>221</sup> y comunicaciones<sup>222</sup> 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.

---

<sup>220</sup> 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 papierwarenfabriek 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.

<sup>221</sup> 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).

<sup>222</sup> 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 368, de 23.12.1994, p. 5).

## 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 CE<sup>1</sup>) 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 pri-*

---

<sup>1</sup> A pesar del cambio de numeración, 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.

vado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo<sup>2</sup>”. Las dificultades prácticas que suponía la pluralidad 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)<sup>3</sup>, indujo a la Comunidad a tratar de establecer unas pautas comunes mínimas en la materia a través de directivas<sup>4</sup>. Estas directivas, que conforman el núcleo esencial del Derecho comuni-

<sup>2</sup> 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 CHULIA (*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), ÁREAN 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./MENENDEZ, 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.): *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*, nº 91-92, agosto-septiembre, 1992, pp. 119 a 123.

<sup>3</sup> El fracaso de la SE no impidió la aprobación del Reglamento (CEE) nº 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 a la AEIE y a la Agrupación de Interés Económico creada en nuestro Derecho a inspiración de aquella 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./MENENDEZ, 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 CHULIA, 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) nº 2157/2001 y la Directiva 2001/86/CE por los que se regula, respectivamente, su estatuto jurídico y la implicación de sus trabajadores (DOCE L294, de 11.11.2001, pp. 1 y 22).

<sup>4</sup> 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, 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.

tario de sociedades<sup>5</sup>, si bien limitadas a las sociedades de capital<sup>6</sup>, han motivado la adaptación progresiva de las legislaciones nacionales, como la española<sup>7</sup>, a aquellos aspectos básicos en los que se pudo alcanzar el consenso necesario entre los Estados miembros<sup>8</sup>.

Estas directivas son las siguientes<sup>9</sup>:

<sup>5</sup> No se puede olvidar, como recuerda HEVIA LAGUNA (“El Derecho de sociedades en Europa: armonización o el reto de la Sociedad Europea”, en *BAUE*, nº 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.

<sup>6</sup> 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*, nº 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*.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 nº 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 Tribunal 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*, nº 1, 1995, pp. 151 a 182, y del mismo autor “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*, nº 230, octubre-diciembre, 1998, pp. 1691 a 1717, “El derecho de suscripción preferente en Europa”, en *RdS*, nº 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*).

<sup>9</sup> 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.*, 37, nº 2, abril,



- 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 sociedad<sup>10</sup>.
- 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 capital<sup>11</sup>.
- Tercera Directiva 78/855/CEE del Consejo, de 9 de octubre de 1978, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas<sup>12</sup>.
- Cuarta Directiva 78/660/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1978, relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad<sup>13</sup>.
- Sexta Directiva 82/891/CEE del Consejo, de 17 de diciembre de 1982, referente a la escisión de sociedades anónimas<sup>14</sup>.
- Séptima Directiva 83/349/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1983, relativa a las cuentas consolidadas<sup>15</sup>.
- 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 contables<sup>16</sup>.
- 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

---

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](http://europa.eu.int/eur-lex/es/lif/reg/es_register_1710.html) (última consulta en octubre de 2001).

<sup>10</sup> DOCE L 65, de 14.3.1968, p. 8.

<sup>11</sup> 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 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.

<sup>12</sup> DOCE L 295, de 20.10.78, p. 36

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> DOCE L 378, de 31.12.1982, p. 47.

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

<sup>16</sup> DOCE L 126, de 12.5.1984, p. 20.

formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado<sup>17</sup>.

- 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 único<sup>18</sup>.

Junto a estas directivas aprobadas por el Consejo e introducidas en mayor o menor grado por los Estados miembros<sup>19</sup>, 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 sociedades<sup>20</sup>; de la Décima Directiva, sobre fusiones transfronterizas; y de la Decimotercera Directiva, sobre OPAS<sup>21</sup>. En relación con esta última, a pesar de que el 21 de junio de 1999 se alcanzó finalmente el acuerdo político en el seno del Consejo de la Unión sobre mercado interior al aceptarse 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 minoritarios<sup>22</sup>, el texto final fue bloqueado por el Parlamento europeo en el pleno del 4 de julio de 2001<sup>23</sup>.

## 1.2. LA NOCIÓN DE PARTICIPACIÓN EN CAPITAL

Una vez reseñado el catálogo de directivas y antes de abordar la cuestión de la participa-

<sup>17</sup> DOCE L 395, de 30.12.89, p. 36.

<sup>18</sup> DOCE L 395, de 30.12.89, p. 40.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> 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 octubre de 2001)

<sup>22</sup> No obstante, España había mantenido en Gibraltar su reserva vinculada a la definición de autoridad en relación con las OPAS. 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). Una vez alcanzado este compromiso, el Consejo podrá adoptar una posición común sobre la propuesta de directiva.

<sup>23</sup> Cfr. IP/01/943, de 4 de julio de 2001.

ción 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*<sup>24</sup> 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 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 acciones<sup>25</sup>.

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 participación 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 ilimitada<sup>26</sup>).

<sup>24</sup> Vid. TAMAMES, R.: *Diccionario de Economía*, Alianza, ed. de 1992, Cinco Días, p. 319.

<sup>25</sup> 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, 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.º 4930, de 18.11.1999, pp. 1 a 5. En relación con la Ley 5/1998, de 18 de diciembre, de cooperativas de Galicia, vid. VARIOS: *Estudios sobre la Ley de cooperativas de Galicia*, Xunta de Galicia, 1999.

<sup>26</sup> 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. 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

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, permuta<sup>27</sup> ...).

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*<sup>28</sup>; 2) para que una *participación en el 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*<sup>29</sup>; 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 LOJENDIO<sup>30</sup>, a pesar de la ausencia de un régimen jurídico general

---

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.

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> 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 (DOGA, n° 124, de 26.6.1996, p. 6317), modificado por el Decreto 94/1998, de 20 de marzo (DOGA, n° 58, de 26.3.1998, p. 2998), 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.

<sup>30</sup> LOJENDIO OSBORNE, I.: “Aportaciones sociales (artículos 36 a 41 LSA)”, en URÍA, R./MENÉNDEZ,

de las sociedades, es posible formular un concepto de aportación social común, tanto a las sociedades civiles como a las mercantiles<sup>31</sup>. La aportación social puede definirse como las prestaciones que los socios efectúan a la sociedad para lograr el fin social. Desde 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*<sup>32</sup> y, por lo que se refiere al título de la aportación, ambos preceptos también preveen 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 aportante<sup>33</sup>.

En realidad, estos artículos transcriben “*con muy ligeras variantes*” lo dispuesto en el artículo 7 de la Segunda Directiva<sup>34</sup> y, puesto que la finalidad de las aportaciones es la

---

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.

<sup>31</sup> A juicio de este autor, dicho concepto común se desprendería de los artículos 1665 CC y 116 CdC.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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*, nº 5, Aranzadi, 1995, pp. 35 a 46, y en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje...*, op. cit., vol. II, pp. 2249 a 2235.

<sup>34</sup> 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 propósito del alcance 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./GONZÁLEZ CAMPOS, J.D./MUÑOZ MACHADO, S. (dir.): *Tratado de Derecho...*, op. cit., vol. III, pp. 230 a 268, en especial pp. 234 y 235.

de reforzar financieramente a la empresa que las recibe, se admite incluso que bienes de carácter inmaterial, como serían los secretos industriales (*know-how*), el fondo de comercio<sup>35</sup> 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 objetiva<sup>36</sup>.

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 asumido<sup>37</sup>.

En relación con las *aportaciones dinerarias*, el artículo 37 LSA y el artículo 19 LSRL disponen que dichas aportaciones “*deberán establecerse en moneda nacional*”<sup>38</sup> y que “*si la aportación fuese en moneda extranjera, se determinará su equivalencia en pesetas con arreglo a la Ley*”<sup>39</sup>.

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 valoración<sup>40</sup>. El artículo 38 LSA<sup>41</sup> (*Aportaciones no dinerarias. Informe pericial*) dispone al respecto que “*cual-*

<sup>35</sup> Vid. al respecto la RDGRN de 31 de octubre de 1986 (RA 6877), citada por SÁNCHEZ CALERO (*Instituciones...*, op. cit., p. 308).

<sup>36</sup> En este sentido, vid. por todos, URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: aportaciones...”, op. cit., p. 80.

<sup>37</sup> Cfr. URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: aportaciones...”, op. cit., pp. 803 y 804.

<sup>38</sup> 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.

<sup>39</sup> 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 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).

<sup>40</sup> Cfr. artículo 10 de la Segunda Directiva.

<sup>41</sup> 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 res-

quiera 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 disponga<sup>42</sup>”. 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 aportante<sup>43</sup>, según el tipo de aportación<sup>44</sup>.

#### 1.4. LAS DISTINTAS ACEPCIONES DEL TÉRMINO CAPITAL: EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LOS RECURSOS PROPIOS

Como apunta FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>45</sup>, la doctrina suele distinguir dos conceptos de *capital*: un concepto jurídico y otro económico<sup>46</sup>.

---

ponsabilidad 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.

<sup>42</sup> Cfr. artículo 133 RRM.

<sup>43</sup> Cfr. artículos 39 LSA al que se remite expresamente el artículo 20.2 LSRL.

<sup>44</sup> 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 saneamiento 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.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento de recursos propios*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1992, p. 5 y ss.

<sup>46</sup> 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 tan-

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*<sup>47</sup>. El capital social es así el nervio de toda la regulación de las sociedades denominadas *capitalistas*<sup>48</sup>. 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*<sup>49</sup>, 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*<sup>50</sup>.

Para explotar su objeto social, la empresa necesita disponer de la dotación de una cifra suficiente de recursos financieros permanentes<sup>51</sup>. La estructura financiera permanente está

to 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.

<sup>47</sup> 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. 773 a 778; GARCÍA VILLAVERDE, 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*, nº 231, enero-marzo, 1999, pp. 37 a 89.

<sup>48</sup> 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 (Dº 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.

<sup>49</sup> 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, de 6.1.1999), a las que nos referiremos *infra* en el capítulo cuarto.

<sup>50</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 285.

<sup>51</sup> 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 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*, nº 622-623, 1996, pp. 8543 a 8587; VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, 11ª ed., Tirant lo Blanch Libros, Va-



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 aquélla que pueda generar la propia actividad empresarial (autofinanciación) y de aquélla que se obtiene de terceros (financiación ajena<sup>52</sup>).

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 sociedades<sup>53</sup>; desde la perspectiva de la financiación básica de la empresa, la importancia del capital social ha dejado paso a otro concepto más amplio en el que aquél pasa a integrarse como una partida más<sup>54</sup>: el de los *recursos propios*.

En efecto, como apunta VICENT CHULIÁ<sup>55</sup>, las nociones de capital social y de *patrimonio social* son insuficientes para comprender la organización 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 POZO<sup>56</sup>, *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

lencia, 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.

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción...*, op. cit., p. 365.

<sup>56</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 7.

lo en concepto de socios y por causa del contrato de sociedad<sup>57</sup>. 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 empresa<sup>58</sup>, 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*)<sup>59</sup>.

El concepto de recursos propios es, como destaca VICENT CHULIÁ<sup>60</sup>, 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 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 interno<sup>61</sup> 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 discutible<sup>62</sup>.

Como subraya FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>63</sup>, existen recursos propios que por su estruc-

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 25.

<sup>58</sup> 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.

<sup>59</sup> 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.

<sup>60</sup> VICENT CHULIÁ, F.: “Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible en el impuesto sobre sociedades”, en *RGD*, nº 628-9, enero-febrero, 1997, pp. 453 a 507, en particular pp. 503 y ss.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> 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.

tura 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*<sup>64</sup>, 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 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 perseguida<sup>65</sup>. 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*)<sup>66</sup>.

En nuestro Derecho del mercado de valores, a pesar de carecer de una definición legal del concepto de valor negociable<sup>67</sup>, es posible extraer de manera implícita la primera *defi-*

<sup>64</sup> 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.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 115.

<sup>66</sup> 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*.

<sup>67</sup> 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 instrumen-

nición de valor mobiliario atípico<sup>68</sup> 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 mismo<sup>69</sup> y antes de indicar las exclusiones<sup>70</sup>, formula una cláusula residual con la que incluye entre los *valores mobiliarios*<sup>71</sup> “*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*”.

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 inversores<sup>72</sup>. 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

---

*tos no contemplados en las letras anteriores, siempre que sean susceptibles de ser negociados en 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”.*

<sup>68</sup> En este sentido, *Memento práctico sociedades...*, op. cit., p. 588.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> 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”.

<sup>71</sup> Artículo 2.1f, del citado RD.

<sup>72</sup> 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.

que formula FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>73</sup> 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/CEE<sup>74</sup>, de 18 de abril de 1989<sup>75</sup>, relativa a los fondos propios de las entidades de crédito<sup>76</sup>, que establece el marco en el que los Estados miembros podrán definir el concepto legal de fondos propios respecto de aquellas entidades<sup>77</sup>. Conforme a este precepto, señala VICENT CHULIÁ, que integrarían los recursos

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 117 y 118.

<sup>74</sup> 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 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...*”.

<sup>75</sup> DOCE L 124, de 5.5.1989, p. 16.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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 económi-*

propios<sup>78</sup>:

- 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 capital<sup>79</sup>;

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

---

*ca del pronóstico sobre la estabilidad financiera de la entidad que la Directiva eleva a norma legal”.*

<sup>78</sup> 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), nos permite delimitar la amplitud práctica de este concepto.

<sup>79</sup> 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 concepto de impuesto sobre sociedades–, aparecen adscritas de forma irrevocable a los riesgos de la empresa, es decir no reintegrables”.

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 1984<sup>80</sup>, en la que la Comisión, bajo el título general de *Aplicación de los artículos 92 y 93 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 comunitarios<sup>81</sup>, la Comisión procede a delimitar con carácter preliminar qué entiende por “participación en capital<sup>82</sup>”.

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 otros<sup>83</sup> 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.

---

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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#](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#) (última consulta realizada en octubre de 2001)) 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*.

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> 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*”.



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 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 mis-

mo 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 accionarial<sup>84</sup>.

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 capital* que contiene han perdido su vigencia<sup>85</sup>, 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 mercado<sup>86</sup>.

---

<sup>84</sup> 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 (DOGA, nº 125, de 26.6.1996, p. 6317), modificado por el Decreto 94/1998, de 20 de marzo (DOGA, nº 58, 26.3.1998, p. 2998) y por sus respectivas órdenes de aplicación.

<sup>85</sup> 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.

<sup>86</sup> La Comisión ha llegado a emplear en alguna ocasión la expresión "*aportación de 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).

Desde esta óptica<sup>87</sup> 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 semejante*”<sup>88</sup>, 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 capital*”<sup>89</sup>, 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 aportado<sup>90</sup>.

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 naval<sup>91</sup>, en términos que se mantienen en sus versiones vigentes<sup>92</sup>.

---

<sup>87</sup> 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*”.

<sup>88</sup> 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*”.

<sup>89</sup> 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.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> 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 C228, 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*.

<sup>92</sup> 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).

## 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 fundacional) o en su posterior modificación, pues, como destaca DE LA CÁMARA<sup>93</sup>, 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*

---

<sup>93</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: *El capital...*, op. cit., p. 189.

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<sup>94</sup>: “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 jurídica<sup>95</sup>”.

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*<sup>96</sup>, 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.

---

<sup>94</sup> 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”.

<sup>95</sup> 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”.

<sup>96</sup> Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papero (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.

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 de reestructuración había contribuido al saneamiento del sector, que soportaba una sobrecapacidad de producción<sup>97</sup>.

En el asunto conocido como *Nuova Cartiera di Arbatax*<sup>98</sup>, 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*)<sup>99</sup>.

En el caso *Iritecna-Fintecna*<sup>100</sup>, la Comisión analizó la creación de una nueva sociedad, *Fintecna*, con el objetivo de continuar las actividades de *Iritecna*.

---

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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).

<sup>99</sup> *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*.

<sup>100</sup> 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).

*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 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 *DAF*<sup>101</sup>, 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

---

<sup>101</sup> 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.

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 administradores 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*<sup>102</sup>. 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*<sup>103</sup>, la Comisión decidió sobre la base de la Decisión nº 322/89/CECA<sup>104</sup> 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 empresas siderúrgicas del Sarre, *Saarstahl* y *Dillinger Hüttewerke*, 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

---

<sup>102</sup> Decisión comunicada el 1 de agosto de 1988. Vid. XVIII IPC 1988, apartado 198, y RODRÍGUEZ CURIEL, 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 Max-hütte* 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).

<sup>103</sup> XIX IPC 1989, apartado 154.

<sup>104</sup> Artículo 6, párr. 2º (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.



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)*<sup>105</sup>, 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 GmbH*<sup>106</sup>. 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 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.

---

<sup>105</sup> 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).

<sup>106</sup> 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.

En cambio, en el asunto *Duferco*<sup>107</sup>, 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 *Société 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.

### **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 am-

---

<sup>107</sup> 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).

pliación de capital exclusivamente con cargo a reservas, el desdoblamiento del valor nominal de las acciones<sup>108</sup> o la venta de acciones<sup>109</sup>.

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.

#### 2.1.2.1. Consideraciones básicas sobre el aumento del capital

En el Derecho comunitario, es la Segunda Directiva<sup>110</sup> 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*<sup>111</sup>, criterio que acoge nuestra legis-

---

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> Sobre la compraventa de acciones o de participaciones, vid. *infra* apartado 2.2.2.

<sup>110</sup> Como destaca GARCÍA VILLAVERDE (“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.

<sup>111</sup> 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.

lación 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 de capital como aquella operación jurídica por virtud de la cual se eleva la cifra de capital social que figura en los estatutos<sup>112</sup>.

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 capital<sup>113</sup>.

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 acciones<sup>114</sup>.

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 existentes<sup>115</sup>. Como regla general, será la junta general el órgano competente para la adopción de este acuerdo, salvo en el supuesto de “*capital*

<sup>112</sup> URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: la modificación...”, op. cit., p. 950.

<sup>113</sup> A propósito de estos tres criterios, vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 419 y 420.

<sup>114</sup> En el primer supuesto habría un aumento *efectivo*, mientras que en los otros dos 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.

<sup>115</sup> 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.

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 emitidas<sup>116</sup>. Por otra parte, cuando el aumento de capital se pretenda realizar con aportaciones no dinerarias, habrán 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 aportación<sup>117</sup>.

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 de capital mediante nuevas aportaciones es la fórmula más frecuente de aportación de capital a la que ha tenido que enfrentarse la Comisión en los supuestos de participación pública en el capital.

A título de ejemplo y sin carácter exhaustivo podemos citar los asuntos *British Leyland (I)*<sup>118</sup> y *(II)*<sup>119</sup>, *Arbed y MMRA*<sup>120</sup>, *Hoogovens y Nedstadt*<sup>121</sup>, *Meura*<sup>122</sup>, *SIDAL*<sup>123</sup>,

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> Cfr. artículos 155.1 *in fine* LSA y 74.3 LSRL.

<sup>118</sup> *V IPC* 1975, apartado 116 y ss.

<sup>119</sup> *X IPC* 1980, apartado 208.

<sup>120</sup> 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).

<sup>121</sup> 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).

<sup>122</sup> 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).

<sup>123</sup> *XVI 1986*. Metales no ferrosos. Bélgica, p. 230.

ZANUSSI<sup>124</sup>, Alfa Romeo<sup>125</sup>, Sabena (I y II)<sup>126</sup>, ILVA<sup>127</sup>, Merco (I y II)<sup>128</sup>, TAP<sup>129</sup>, Air France<sup>130</sup>, Bull (II)<sup>131</sup>, Credit Lyonnais (I y III)<sup>132</sup>, Iberia (I y II)<sup>133</sup> o Alitalia<sup>134</sup>.

### 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 dicho aumento se efectúa con cargo a recursos que ya formaban parte del patrimonio social. Se trata, en definitiva, como gráficamente señala DE LA CÁMARA<sup>135</sup>, 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

<sup>124</sup> XVI IPC 1986. Tecnologías de la información, electrónica de consumo y electrodomésticos. Italia, apartado 235.

<sup>125</sup> 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).

<sup>126</sup> 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).

<sup>127</sup> XXII IPC 1992. Ayudas a sectores industriales sujetos a directrices comunitarias, apartados 375 y ss.

<sup>128</sup> 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).

<sup>129</sup> 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).

<sup>130</sup> 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).

<sup>131</sup> 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).

<sup>132</sup> 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).

<sup>133</sup> Autorización de las ayudas de Estado a Iberia (DOCE C 236, de 15.9.1992, p. 2 y “Commission Says Yes to State Aid for Iberia”, IP/92/606, de 1992-07-22) y Decisión de 31 de enero de 1996 relativa a la recapitalización de la compañía Iberia (DOCE L 104, 27.4.1996, p. 25).

<sup>134</sup> Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía Alitalia (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).

<sup>135</sup> 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.

que es lo mismo, de una reestructuración de los recursos propios de la sociedad<sup>136</sup>. En consecuencia, no puede plantearse en esta hipótesis la posible existencia de elementos de ayuda estatal<sup>137</sup>.

Un caso singular se produce en relación con los llamados “*aumentos de capital mixtos*”<sup>138</sup>, que son, como señala DE LA CÁMARA<sup>139</sup>, 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 terceros<sup>140</sup>.

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.

---

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> Sin perjuicio de lo expuesto, vid. lo señalado en el apartado 2.3 de este capítulo a propósito de las denominadas “*aportaciones negativas*”.

<sup>138</sup> 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.

<sup>139</sup> 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.

<sup>140</sup> 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 respecto, 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).

#### 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*<sup>141</sup>, 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 créditos<sup>142</sup>.

En este punto y aunque la opinión acerca de la naturaleza de esta aportación no sea pacífica en la doctrina<sup>143</sup>, 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*<sup>144</sup>, 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 LSA<sup>145</sup>:

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> A este respecto, vid. lo expuesto desde una perspectiva general en la nota 113 de este capítulo.

<sup>144</sup> 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).

<sup>145</sup> 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.: *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, en ALBALADEJO, M./ALBALAT, S. (dir.): *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1991, pp. 508 a 503; 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.



- 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 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 propios<sup>146</sup>. 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 dividendos<sup>147</sup>.

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 siderurgia<sup>148</sup>, 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 ALZ*<sup>149</sup>.

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*<sup>150</sup>), 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.

---

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> *Memento práctico contabilidad...*, op. cit., p. 838.

<sup>148</sup> DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1.

<sup>149</sup> XIV IPC 1984, apartado 205.

<sup>150</sup> DOCE L 227, de 15.8.1987, p. 45.

En el asunto *Aluminia y Comsal*<sup>151</sup>, 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*<sup>152</sup>, 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 CÁMARA<sup>153</sup>, 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 mercantiles<sup>154</sup>. Las obligaciones son títulos de deuda, puesto que imponen a la sociedad el deber de restituir el capital prestado con los intereses correspondientes, por

---

<sup>151</sup> 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).

<sup>152</sup> 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).

<sup>153</sup> DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: El capital social..., op. cit., pp. 421 y ss.

<sup>154</sup> 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 Derecho...*, op. cit., pp. 981 a 1004; SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., pp. 567 a 583.

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 emisión<sup>155</sup>. 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 créditos<sup>156</sup>.

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 obligacionista<sup>157</sup>.

---

<sup>155</sup> 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.

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: las obligaciones”, op. cit., p. 999.

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 sociedad<sup>158</sup>.

Por lo que se refiere a la regulación comunitaria sobre ayudas estatales, la Comunicación de la Comisión de 1984 menciona expresamente<sup>159</sup> 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 1983<sup>160</sup>, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyectaba conceder a las empresas siderúrgicas *Cockerill-Sambre*, *Forges de Claberg*, *Laminoirs de Longtain* y *Laminoirs de Saint-Eloi* y más recientemente las decisiones recaídas en los asuntos *Tubemeuse*<sup>161</sup>, *Avenir Graphique*<sup>162</sup> o *Seleco SpA*<sup>163</sup>.

---

<sup>158</sup> 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.

<sup>159</sup> Apartado 5. Participación de las autoridades públicas en el capital de las empresas, *Boletín CE 9-1984*.

<sup>160</sup> DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1.

<sup>161</sup> 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).

<sup>162</sup> 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).

<sup>163</sup> 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.

## 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 empresa<sup>164</sup> 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 sociedad*”<sup>165</sup>, incluyendo, entre otras, las *subvenciones entregadas por los socios por este concepto*”.

Se trata, como señala FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>166</sup>, 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 social<sup>167</sup>.

---

<sup>164</sup> Cuenta 12: *resultados pendientes de aplicación*.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., p. 30.

<sup>167</sup> 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.

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 irrevocable<sup>168</sup>.

Un caso singularmente importante se presenta a propósito de los “anticipos” o “*avances*”, reintegrables en cualquier tiempo que, para FERNÁNDEZ DEL POZO<sup>169</sup>, no merecen ser incluidos en el cómputo de los recursos propios, sin perjuicio de que su fin natural sea su posterior capitalización 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*<sup>170</sup>, *Cerámica Boch III*<sup>171</sup>, *Boussac Saint Frères*<sup>172</sup>, *Isoroy y Pinault*<sup>173</sup>; *Fokker*<sup>174</sup>, *Orkem (ex CDF-Chimie)*<sup>175</sup> o *Bull (II)*<sup>176</sup>.

<sup>168</sup> 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 restituirlas y de pagar un interés, estaríamos ante un *pasivo exigible* y no ante recursos propios.

<sup>169</sup> 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.

<sup>170</sup> Decisión de 22 de julio de 1982, relativa a las ayudas del Gobierno belga en favor de una empresa del sector papero (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

<sup>171</sup> 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).

<sup>172</sup> 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).

<sup>173</sup> 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).

<sup>174</sup> Decisión comunicada el 27 de junio de 1988. Ayudas en favor de la empresa *Fokker* de construcciones aeronáuticas (Países Bajos).

<sup>175</sup> 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).

<sup>176</sup> 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: (...)”.

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 sociedad<sup>177</sup>.

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 propios<sup>178</sup>. El PGC se ocupa de las subvenciones en diferentes lugares<sup>179</sup>, 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 particulares<sup>180</sup>.

En efecto, el PGC contempla, por una parte, las “*subvenciones de capital*” dentro de la financiación básica de la empresa<sup>181</sup>, 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,

<sup>177</sup> En este sentido, vid. GUASCH MARTORELL, R.: “La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades”, en *RDM*, nº 234, octubre-diciembre, 1999, pp. 1489 a 1514, en concreto p. 1510, con la bibliografía 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](http://europa.eu.int/comm/dg/dgb/state-aids) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>178</sup> 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.

<sup>179</sup> 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.

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> Grupo 1: *financiación básica*, cuenta 13: *ingresos a distribuir en varios ejercicios*, partidas 130 (*subvenciones oficiales de capital*) y 131 (*subvenciones de capital*).

las “*subvenciones a la explotación*”<sup>182</sup>”, 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*”<sup>183</sup>”, 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 pérdidas<sup>184</sup>. 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 unánime<sup>185</sup>.

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*<sup>186</sup>, enumera entre las relaciones financieras cuya transparencia ha de quedar garantizada la “*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 competitivos<sup>187</sup>, mientras que la compensación de

<sup>182</sup> 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*.

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> *Memento práctico de contabilidad...*, op. cit., 680.

<sup>185</sup> 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*).

<sup>186</sup> 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.

<sup>187</sup> A propósito de este fenómeno y de sus consecuencias nos remitimos al expresivo fragmento de VILLAR PALA-SÍ, J.L.: “Tipología y Derecho...”, op. cit., p. 162, reproducido en nota 140 del capítulo anterior.



cargas tiene que analizarse a la luz del artículo 86.2 CE y la gestión de *servicios de interés económico general*<sup>188</sup>.

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*<sup>189</sup>, 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.

### 2.2.2. La compraventa de acciones

La compraventa de acciones o participaciones sociales puede contener *elementos de ayuda de Estado*<sup>190</sup>. 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

<sup>188</sup> En la práctica reciente de la Comisión este supuesto se ha planteado en relación con las transferencias financieras en favor de la Radiotelevisión Pública Portuguesa, a propósito de las cuales la Comisión señaló que “*la mera compensación de los costes vinculados a las obligaciones de un servicio público no constituye una ayuda estatal*”, *XXVI IPC 1996*, SEC(97)628 final, apartado 167.

<sup>189</sup> 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 CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 185.

<sup>190</sup> 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*, nº 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.

de mercado, al comprador. 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 traspasan<sup>191</sup>. Existe, no obstante, 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 real<sup>192</sup>.

Esta hipótesis se plantea en la Decisión de 1 de octubre de 1997, relativa a la ayuda concedida por Francia a *Thomson SA-Thomson Multimedia*<sup>193</sup>, en la que se analiza la

---

<sup>191</sup> 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 público pueda reforzar la credibilidad de la empresa en la que adquiere o amplía su participación.

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> DOCE L 67, de 7.3.1998, p. 31 y *XXVII IPC 1997*, apartado 217.

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 Estado. A juicio de la Comisión y ante el deterioro del valor de dichas acciones, cuyo precio había ido descendiendo<sup>194</sup>, 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 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...*”.

<sup>194</sup> 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.*

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*”.

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 empresas<sup>195</sup>; 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 Real decreto-ley 8/1983, de 30 de noviembre, *de reconversión y reindustrialización*, cuyo artículo 11 regulaba los préstamos participativos<sup>196</sup> junto a otras fórmulas para facilitar la reconversión y la reindustrialización que en aquella época se llevaba a cabo en España. En la actualidad, su regulación se encuentra contenida en el Real decreto-ley 7/1996, de 7 de junio de 1996<sup>197</sup>, cuyo artículo 20 establece: “Uno. Se considerarán préstamos participativos aquéllos que tengan las siguientes características:

<sup>195</sup> 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).

<sup>196</sup> 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. 300). Las disposiciones del citado RDL 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 VILLAVARDE, 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 Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, de reconversión y reindustrialización)”, en *RDBB*, abril-junio, 1984, pp. 241 a 290; GARCÍA VILLAVARDE, R.: “Créditos participativos”, en VARIOS: *Estudios de Derecho...*, op. cit., vol. II, pp. 1081 a 1123.

<sup>197</sup> BOE, nº 139, de 8.6.1996, p. 18977. 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.

- 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»<sup>198</sup>.*

*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 VILLAVERDE<sup>199</sup>, si en su regulación anterior se había podido sostener con carácter general su carácter de contrato parciario<sup>200</sup>, 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 prestamista<sup>201</sup>.

<sup>198</sup> 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 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.

<sup>199</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Créditos participativos”, en ALONSO UREBA, A./MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones del mercado financiero*, vol. II, 1999, pp. 657 a 678.

<sup>200</sup> Cfr. GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Préstamo participativo (Dº mercantil)”, op. cit., p. 3041.

<sup>201</sup> 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.

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 propios<sup>202</sup>.

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 regulación<sup>203</sup>, a la que trata de dar respuesta su nueva regulación introducida en 1996. En efecto, la redacción originaria del apartado d del artículo 20 del Real decreto-ley 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 apartado<sup>204</sup>: *“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 VILLAVERDE<sup>205</sup>, 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*<sup>206</sup>.

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 nomi-*

---

<sup>202</sup> 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.

<sup>203</sup> En relación con esta cuestión sobre redacción de 1983 puede verse el comenatrio de GARCÍA VILLAVERDE (“Créditos...”, op. cit., p. 666 a 675), cuyo análisis vamos a omitir aquí, para centrarnos, siguiendo a este autor, en los problemas suscitados por su regulación a partir de 1996.

<sup>204</sup> Vid. nota 197.

<sup>205</sup> GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Créditos...”, op. cit., p. 668.

<sup>206</sup> Este es el criterio que mantiene el ICAC en su Resolución de 20 de diciembre de 1996 (BOE, 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.

nal<sup>207</sup>. 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)*<sup>208</sup>.

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*<sup>209</sup>, *Chapelle Darblay (I)*<sup>210</sup>, *Isoroy y Pinaud*<sup>211</sup>, *Pechiney*<sup>212</sup>, *Maxhütte (I)*<sup>213</sup>, *Donnay*<sup>214</sup>, *EKO Stahl AG*<sup>215</sup>, *Stahl GmbH*<sup>216</sup> y *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (II)*<sup>217</sup>.

<sup>207</sup> 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*, nº 9, 1997, pp. 294 a 296. *Supra* nota 51 de este capítulo.

<sup>208</sup> 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.).

<sup>209</sup> 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).

<sup>210</sup> 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).

<sup>211</sup> 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 Pinaud*) (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.

<sup>212</sup> 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).

<sup>213</sup> 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.

<sup>214</sup> *XX IPC 1990*. Artículos deportivos. Bélgica, apartado 279.

<sup>215</sup> 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).

<sup>216</sup> Comunicación relativa a la ayuda otorgada por Alemania a *Stahl GmbH, Eisenhüttenstadt* (DOCE C 274, de 1.10.1994, p. 3).

<sup>217</sup> 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).

Tampoco es infrecuente la concesión de préstamos con cláusula de subordinación. En la práctica comunitaria encontramos esta figura al menos en la decisión adoptada en relación con la compañía holandesa *DAF*<sup>218</sup>, en el asunto *Avenir Graphique*<sup>219</sup> o en el caso *SA Dufenco*<sup>220</sup>.

### 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 créditos*<sup>221</sup>” 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 documento<sup>222</sup> que la reducción de capital o de reservas puede constituir una “inyección de capital negativa” en

---

<sup>218</sup> 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.

<sup>219</sup> 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.

<sup>220</sup> Comunicación por la que Comisión informó al Gobierno belga de que había decidido que la intervención financiera de Bélgica en favor la empresa *SA Dufenco* 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).

<sup>221</sup> 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.

<sup>222</sup> 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 trabajo citado, una subsidiación a los clientes por la vía de la disminución de la tasa de retorno de los recursos propios.



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 capital<sup>223</sup>, ignorando incluso en la práctica el deber legal de proceder a la reducción de capital<sup>224</sup>.

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 apuntada<sup>225</sup> entre híbridos de capital, híbridos de deuda y *warrants*<sup>226</sup>.

### 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, 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”.

---

<sup>223</sup> 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.

<sup>224</sup> Cfr. artículos 163 y 168 LSA.

<sup>225</sup> *Supra* apartado 1.4 de este capítulo.

<sup>226</sup> 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.

#### 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*<sup>227</sup>, cuyo supuesto más típico está representado por las acciones sin voto<sup>228</sup>.

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 sociedades<sup>229</sup>.

Como destaca SÁNCHEZ CALERO<sup>230</sup>, la regulación de las acciones sin voto fue una novedad de la LSA en su redacción de 1989<sup>231</sup>, 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 sociedades 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 preferente<sup>232</sup>, que sustituyen por la atribución de un mayor con-

<sup>227</sup> 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.

<sup>228</sup> 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.

<sup>229</sup> 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.

<sup>230</sup> SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., p. 325.

<sup>231</sup> 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.

<sup>232</sup> 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.

tenido de derechos económicos, son verdaderas acciones, que atribuyen a sus titulares la condición de socios<sup>233</sup>. 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*”<sup>234</sup>.

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 distribuibles<sup>235</sup> y a este derecho principal se une el de no quedar afectadas en caso de reducción del capital por pérdidas, cualquiera 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 correspondiente<sup>236</sup>.

#### 2.4.1.2. Las acciones rescatables

Entre los *híbridos por la duración*<sup>237</sup>, junto a las denominadas obligaciones perpetuas a las que haremos referencia más adelante<sup>238</sup>, ocupan un lugar singular las denominadas *acciones rescatables, redimibles* o, en la terminología de la Segunda Directiva sobre sociedades, *recuperables*<sup>239</sup>.

<sup>233</sup> URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La sociedad anónima: la acción...”, op. cit., p. 832.

<sup>234</sup> Artículo 90 LSA.

<sup>235</sup> 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.

<sup>236</sup> Acerca de esta cuestión, vid. por todos SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones...*, op. cit., p. 326.

<sup>237</sup> Cfr. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 260.

<sup>238</sup> *Infra*, apartado 2.4.1.2.a.

<sup>239</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Acciones rescatables”, en *La Ley*, n.º 4874, de 26.6.1999, pp. 1 a 8, especialmente p. 1.

En efecto, la Segunda Directiva sobre sociedades<sup>240</sup> contempla la posibilidad de emitir estos valores que, como apunta GARCÍA-CRUCES<sup>241</sup>, gozan de gran tradición en el Derecho anglosajón<sup>242</sup>, al tomar como modelo las *redeemable preferent shares* del Derecho inglés. Su inclusión en dicha Directiva se efectuó sin carácter imperativo<sup>243</sup>, si bien los Estados miembros que decidan incorporar su regulación deberán tener en cuenta las pautas mínimas contenidas en ella<sup>244</sup>.

Las acciones rescatables constituyen una novedad relativa<sup>245</sup> en nuestro Derecho de sociedades, siendo reguladas por primera vez por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre,

---

<sup>240</sup> 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 VILLAVARDE, R.: “La constitución...”, op. cit., pp. 265 y 266.

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> 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.

<sup>243</sup> 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 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*”.

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> 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.

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 emisión<sup>246</sup> y las condiciones de su autorización<sup>247</sup>.

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 estatutos<sup>248</sup>.

#### 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 *cu-*

<sup>246</sup> 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”.

<sup>247</sup> 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 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.

<sup>248</sup> 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.

*ción 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 amortización<sup>249</sup>.

Desde esta óptica, cabe admitir la posibilidad de títulos *híbridos por la retribución*<sup>250</sup> 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*<sup>251</sup>, 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 denominen<sup>252</sup>, 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 dividendos<sup>253</sup>.

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 complementarios<sup>254</sup>. El legislador ha dado carta de naturaleza a esta interpretación al in-

<sup>249</sup> 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. Sobre las distintas clases de obligaciones, vid. también FERRANDIER, R./KOEN, V.: “Marchés de capitaux...”, op. cit., pp. 223 a 236.

<sup>250</sup> Con carácter general a propósito de los *híbridos por la retribución*, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 261 a 286.

<sup>251</sup> Sobre las obligaciones participativas, vid. *infra* apartado 2.4.1.2.b.

<sup>252</sup> 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”.

<sup>253</sup> 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”.

<sup>254</sup> A propósito de su admisión en el Derecho comparado, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 277 a 279.

roducir la regulación de los dividendos preferentes en el apartado 3 del artículo 50 LSA<sup>255</sup>, 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*<sup>256</sup>.

#### 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*<sup>257</sup> vendrían a constituir una modalidad de deuda 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. Fren-

---

<sup>255</sup> 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”.*

<sup>256</sup> 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 CALE-RO, F.: *Instituciones...*, pp. 324 y 325.

<sup>257</sup> 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.

te 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)<sup>258</sup>.

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 ellas<sup>259</sup>.

#### 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 (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

---

<sup>258</sup> 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.

<sup>259</sup> *Memento práctico sociedades mercantiles...*, op. cit., p. 602.



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 resultados<sup>260</sup>.

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 jurídica<sup>261</sup>.

#### 2.4.2.3. Las obligaciones subordinadas

La financiación subordinada<sup>262</sup> permite a las sociedades incrementar los recursos considerados como parte del capital riesgo (recursos propios) 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

---

<sup>260</sup> 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.

<sup>261</sup> En este sentido, vid. *supra* apartado 2.2.3 (*préstamos participativos y subordinados*).

<sup>262</sup> Para un estudio general de la financiación subordinada, vid. FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *El fortalecimiento...*, op. cit., pp. 285 a 330, y *Memento práctico sociedades ...*, op. cit., pp. 607 a 613.

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 capital<sup>263</sup>.

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 FREIRE<sup>264</sup>, la utilización del término anglosajón *warrant* en nuestro Derecho del mercado de valores y de sociedades es un hecho relativamente reciente<sup>265</sup>. Esta expresión se utiliza para designar a determinados valores negociables que atribuyen un derecho de opción<sup>266</sup>. 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 opción<sup>267</sup>.

La falta de una clara delimitación legal obliga a contemplar distintos valores nego-

<sup>263</sup> 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.

<sup>264</sup> FREIRE COSTAS, R.M.: “Emisión de warrants”, en ALONSO UREBA, A./MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones...*, op. cit., vol. VII, pp. 4259 a 4290, en particular p. 4259.

<sup>265</sup> 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.

<sup>266</sup> 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”.

<sup>267</sup> 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

ciables 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 República 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 mu-

##### **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 France*<sup>268</sup> va a permitir a la Comisión y, posteriormente al TPI, analizar la naturaleza jurídico-financiera de las obligaciones emitidas por la compañía.

---

derecho de suscripción de acciones.

<sup>268</sup> 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).

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 atravesaba 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 endeudamiento<sup>269</sup>, 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*”<sup>270</sup>.

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*<sup>271</sup> 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*<sup>272</sup>): 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.

---

<sup>269</sup> 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.

<sup>270</sup> Decisión *Air France III*, p. 83.

<sup>271</sup> *CDC-P* es una filial de la *Caisse de Dépôts et de Consignations*, que es, a su vez, una entidad pública francesa (“*établissement public*”).

<sup>272</sup> Diciembre de 1991 (1.250.000.000 FF) y abril de 1993 (749.996.536 FF).

- 2) *TSDI (titres subordonnés à durée indéterminée reconditionnés*<sup>273</sup>): 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 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*<sup>274</sup>): 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 consultoras<sup>275</sup>, 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-P<sup>276</sup>: “la suscripción de las ORA por parte de CDC-P puede compa-

<sup>273</sup> Junio de 1989 (2.500.000.000 FF) y mayo de 1992 (2.600.000.000 FF).

<sup>274</sup> Abril de 1993 (749.355.800 FF).

<sup>275</sup> La Decisión *Air France III* contiene un estudio detallado de las conclusiones de dichos informes.

<sup>276</sup> 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.

rarse a una inversión participativa que tiene por objetivo fortalecer el capital propio de la compañía aérea. Las 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<sup>277</sup>”.

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 1996<sup>278</sup>, 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<sup>279</sup>”.

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 una conversión en acciones, es igualmente cierto que, en realidad, sólo son reembolsables en caso de disolución o de

---

<sup>277</sup> Decisión Air France IV, p. 32.

<sup>278</sup> *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”.

<sup>279</sup> Apartados 131 y 132 de la sentencia.

*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 1998<sup>280</sup>, 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 encierra<sup>281</sup>.

#### **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 1983<sup>282</sup>, sobre las ayudas que el Gobierno belga proyectaba conceder a la empresa siderúrgica *Sidmar* y en la de idéntica fecha a propósito de las que Luxemburgo<sup>283</sup> había proyectado para la también empresa siderúrgica *Arbed*.

---

<sup>280</sup> 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.

<sup>281</sup> 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”.*

<sup>282</sup> DOCE L 227, de 19.8.1983, p. 1 y *XIV IPC 1984*, apartado 211.

<sup>283</sup> 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.

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 IPC*<sup>284</sup>, 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 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

---

<sup>284</sup> *XVI IPC 1986*, apartado 241.



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 *Nuova Cartiera de Arbatatax*<sup>285</sup> y *Thomson*<sup>286</sup>, ya mencionadas anteriormente<sup>287</sup> y, más recientemente, el asunto relativo a las medidas de ayuda del Gobierno alemán en favor de *Everts Erfurt GmbH*<sup>288</sup>, en forma de una *participación inactiva*, 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, y el caso de la *participación instrumental*,

<sup>285</sup> Decisión de 27 de noviembre de 1991, relativa a la ayuda concedida por Italia a *Nuova Cartiera de Arbatatax* (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.

<sup>286</sup> 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 mayo de 1996, tras una fuerte baja del CI (hasta 164 FF) que había provocado una pérdida de valor del 30%.

<sup>287</sup> Del asunto *Nuova Cartiera de Arbatatax* 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 su parte, del asunto *Thomson* nos hemos ocupado ya al tratar la cuestión de la compraventa de acciones (apartado 2.2.2 de este capítulo).

<sup>288</sup> 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”.

que se refiere en la Decisión relativa a *Lenzing Lyocell, GmbH & Co. KG*<sup>289</sup>, en la que una de las medidas examinadas<sup>290</sup> 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*”, que, desde un punto de vista económico, esconde una modalidad de préstamo, conceptualmente próxima a las acciones con interés.

---

<sup>289</sup> 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).

<sup>290</sup> *Medida 5*, especialmente apartado 23.

## 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 primarios<sup>1</sup> y quien reguló la imposición de medidas compensatorias<sup>2</sup>; pero, sin embargo, fue necesario esperar hasta finales de 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 Acuerdo<sup>3</sup> 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 Unidos<sup>4</sup>. A pesar de que resultaba ineludible la reforma del sistema, la dificultad de alcanzar un equilibrio entre los múltiples intereses confrontados<sup>5</sup> 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).

---

<sup>1</sup> Artículo XVI GATT 1947.

<sup>2</sup> Artículo VI GATT 1947.

<sup>3</sup> En este sentido, vid. PAPPALARDO, A.: "Public...", op. cit., pp. 126 y 127.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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 Standar after the ECJ Soja Cases", en *WC*, vol. 12, n° 4, june 1989, pp. 31 a 38.

Este Acuerdo, siguiendo lo que se ha denominado “*planteamiento del semáforo*”<sup>6</sup>, 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 ellas<sup>7</sup>.

### 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 convenida<sup>8</sup>, transcurrido el cual “*cualquiera de los miembros participantes en ellas podrá someter la cuestión al Órgano de Solución de Diferen-*

---

<sup>6</sup> Cfr. MONTAÑÁ MORA, M.: “El Acuerdo...”, op. cit., p. 243.

<sup>7</sup> 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](http://www.wto.org/spanish/docs_s/docs_s.htm) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>8</sup> En nota se prevé, sin embargo, que “(t)odos los plazos mencionados en este artículo podrán prorrogarse de mutuo acuerdo”.

cias (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 Expertos<sup>9</sup> para que le auxilie<sup>10</sup>, presentará su informe final a las partes en la diferencia, el cual se distribuirá a todos los miembros<sup>11</sup>. 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 apelar<sup>12</sup>. 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*<sup>13</sup>, a menos que decida por consenso desestimar la petición.

---

<sup>9</sup> Artículo 24 ASMC 1994.

<sup>10</sup> 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 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.

<sup>11</sup> 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 Grupo Especial.

<sup>12</sup> 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.

<sup>13</sup> 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 toleradas<sup>14</sup>, salvo que causen *efectos desfavorables* a los intereses de otro miembro<sup>15</sup>: 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 miembro*<sup>16</sup>;
- 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 1994*<sup>17</sup>;
- c) *perjuicio grave a los intereses de otro miembro*<sup>18</sup>.

En relación con estas subvenciones<sup>19</sup>, 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.

En estos supuestos, el procedimiento de las consultas es similar al descrito para las subvenciones prohibidas, aunque presenta, como destaca MONTAÑÁ<sup>20</sup>, algunas diferencias.

---

<sup>14</sup> MONTAÑÁ MORA, M.: “El Acuerdo...”, op. cit., p. 253.

<sup>15</sup> 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, nº 20, supl., de 24.1.1995.

<sup>16</sup> Se utiliza aquí la expresión “daño a la rama de producción nacional” en el mismo sentido que en la parte V.

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> 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.

<sup>20</sup> Cfr. MONTAÑÁ MORA, M.: “El Acuerdo...”, op. cit., pp. 255 a 257, con sus correspondientes notas.

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 iguales<sup>21</sup> mientras que otros son específicos para este procedimiento<sup>22</sup>; 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 1994<sup>23</sup>.

### 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;
- 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)<sup>24</sup>”.

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. Di-

---

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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”.

<sup>24</sup> 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.

cho procedimiento se regula en el artículo 25 ASMC, complementando por una decisión relativa a los procedimientos de notificación<sup>25</sup>.

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 territorio*”<sup>26</sup>. 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.)*<sup>27</sup>;
- 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.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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 octubre de 2001), 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.

<sup>27</sup> A pesar de que entre las formas de subvención no se mencione a las *aportaciones 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.



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 solicitante; 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 Comité<sup>28</sup>.

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

---

<sup>28</sup> 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.

a solicitar información sobre determinados casos de subvenciones en el marco de un programa notificado<sup>29</sup>.

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 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*”<sup>30</sup> 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. Si la cuestión se llevara ante el Comité, 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 conclusiones<sup>31</sup>. En el caso de que no se siga la

---

<sup>29</sup> Se reconoce que nada de lo establecido en esta disposición sobre notificaciones obliga a facilitar información confidencial, incluida la información comercial confidencial.

<sup>30</sup> Artículo 9. ASMC 1994.

<sup>31</sup> 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.

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.

#### 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 1994<sup>32</sup>.

El ASMC 1994 define el “*derecho compensatorio*”<sup>33</sup> 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 agricultura<sup>34</sup>.

A propósito de la investigación<sup>35</sup>, el ASMC 1994 prescribe que se iniciará con carácter general previa solicitud escrita formulada por la “*rama de producción nacional*”<sup>36</sup> o en nombre de ella<sup>37</sup>, y sólo excepcionalmente de oficio<sup>38</sup> por la autoridad nacional compe-

<sup>32</sup> Artículos 10 a 23. Como subraya MONTAÑÁ (“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.

<sup>33</sup> Esta definición se recoge en la nota 36 insertada en el artículo 10 del ASMC 1994.

<sup>34</sup> Cfr. artículo 10 *in fine* ASMC 1994.

<sup>35</sup> Cfr. artículo 11 ASMC 1994.

<sup>36</sup> El propio Acuerdo define la noción de “*rama de producción nacional*” en su artículo 16.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> Artículo 11.6 ASMC 1994.

tente. Dicha solicitud habrá de tener un contenido mínimo<sup>39</sup> 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 presentadas<sup>40</sup>, prohibiéndose darle cualquier publicidad a la solicitud, a menos que se haya adoptado la decisión de iniciarla<sup>41</sup>. 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 procedimiento<sup>42</sup>.

El ASMC 1994 regula expresamente el cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor<sup>43</sup>, establece también los criterios para la determinación de la existencia de daño a los efectos del artículo VI del GATT<sup>44</sup>, y prevé, asimismo, la adopción de medidas provisionales<sup>45</sup> “*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 satisfactorios<sup>46</sup>.

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

---

<sup>39</sup> El contenido mínimo de esta solicitud se especifica en el artículo 11.2 ASMC 1994, letras i) a iv).

<sup>40</sup> En relación con la pruebas, vid. artículo 12 ASMC 1994.

<sup>41</sup> Debe tenerse en cuenta en este punto lo dispuesto en el artículo 22 ASMC 1994 (*aviso público y explicación de las determinaciones*).

<sup>42</sup> Artículo 13 (consultas).

<sup>43</sup> Artículo 14 ASMC 1994.

<sup>44</sup> Artículo 15 ASMC 1994.

<sup>45</sup> Artículo 17 ASMC 1994.

<sup>46</sup> Artículo 18 ASMC 1994.

su cuantía y del daño que le ocasionan las importaciones subvencionadas, podrá acordar la imposición de un derecho compensatorio<sup>47</sup>, 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 examen<sup>48</sup>, 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 señalado<sup>49</sup>, 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 Europea<sup>50</sup>, 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 Acero<sup>51</sup>, incorporan entre sus previsiones normas de procedimiento, remitiéndose a los Estados miembros una carta con los modelos de notificación a la OMC<sup>52</sup>, 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

---

<sup>47</sup> Con arreglo a las disposiciones del artículo 19 y con las limitaciones de retroactividad del artículo 20 ASMC 1994.

<sup>48</sup> En este sentido, vid. el artículo 21.2 ASMC 1994.

<sup>49</sup> Vid. apartado 2.3 del capítulo primero de este trabajo.

<sup>50</sup> DOCE L 288, de 21.10.1997, p. 1, especialmente artículos 10 a 15.

<sup>51</sup> DOCE L 245, de 4.9.1998, p. 3, artículos 10 a 15.

<sup>52</sup> 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.

subvenciones y para instar de las autoridades la imposición de las correspondientes medidas compensatorias<sup>53</sup>.

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*”<sup>54</sup>. 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*”.

## 2. LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROL DE LAS AYUDAS ESTATALES EN EL DERECHO COMUNITARIO

En el Derecho comunitario todavía es preciso partir de la distinción entre las medidas que pueden constituir ayudas de Estado sometidas al Tratado CECA y las ayudas sometidas al Tratado CE<sup>55</sup>. En ambos casos, el sistema de control establecido en los tratados confiere

<sup>53</sup> 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 octubre de 2001).

<sup>54</sup> 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 octubre de 2001).

<sup>55</sup> 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 Genral 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° 1684, de 12.12.2000.

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 común<sup>56</sup>, reservándose al Consejo un papel más modesto<sup>57</sup>.

## 2.1. LAS REGLAS DE PROCEDIMIENTO EN LOS ÁMBITOS DEL CARBÓN Y DEL ACERO

En cuanto a las ayudas sometidas al Tratado CECA (producción siderúrgica CECA y carbón), es preciso recordar con RODRÍGUEZ CURIEL<sup>58</sup> que dicho Tratado no contiene 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 sistema<sup>59</sup> hizo, sin embar-

---

<sup>56</sup> Es preciso recordar con KEPPELNE (*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 *G.J. de la CEE* (editorial), nº 72, diciembre, 1989, pp. 1 a 3, y KEPPELNE, 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 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*”.

<sup>57</sup> En este sentido y como destaca BLUMANN (“*L’emergence de l’exemption catégorielle en matière d’aides d’État: le règlement n. 994/98*” du 7 du mai 1998”, en *RMC*, nº 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 decisorio 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 decisorio 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 inadmisibles 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.

<sup>58</sup> RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Las ayudas públicas...”, op. cit., p. 105.

<sup>59</sup> Sobre esta cuestión, vid. *supra* apartado 3.1 del capítulo primero.

go, que fueran las decisiones por las que aprobaban los diferentes códigos de ayudas al carbón y a la siderurgia las que previeran el procedimiento para su autorización.

En concreto, la Decisión nº 2496/96/CECA de la Comisión, de 18 de diciembre de 1996<sup>60</sup>, (conocida como el *Sexto código de ayudas a la siderurgia*), que regula las ayudas a dicho sector hasta la expiración del Tratado CECA, prevista para el año 2002<sup>61</sup>, dedica al *procedimiento* únicamente su artículo 6, en el que, además de establecer una serie de reglas para la notificación de los proyectos de ayudas<sup>62</sup>, prevé en su apartado 5 un procedimiento contradictorio, según el cual si la Comisión considera que una determinada medida financiera puede constituir una ayuda estatal o si duda de su compatibilidad con las disposiciones de la Decisión “*informará de ello al Estado miembro afectado e invitará a los terceros interesados y a los demás Estados miembros a que le presenten sus observaciones*”. Si tras haber recibido las observaciones y de haber ofrecido al Estado miembro afectado la posibilidad de contestar, la Comisión comprobara que la medida es incompatible con lo dispuesto en la Decisión, deberá tomar una decisión para evaluar la medida propuesta<sup>63</sup> a más tardar en los tres meses siguientes a la recepción de la información, pudiendo acudir al procedimiento del artículo 88 Tratado CECA en el caso de que el Estado miembro no se atenga a su decisión.

---

<sup>60</sup> DOCE L 338, de 28.12.1996, p. 42.

<sup>61</sup> El artículo 9 de la presente Decisión establece que su período de vigencia se extenderá desde el 1 de enero de 1997 al 22 de julio de 2002.

<sup>62</sup> En el artículo 6.1, segundo párrafo, se señala que la notificación a la Comisión de los proyectos de ayuda en los que el Estado miembro que abone la ayuda no sea el mismo que aquél en cuyo territorio se habría de efectuar el cierre, será realizada conjuntamente por ambos Estados miembros y se prevé con carácter general que la notificación a la Comisión de los proyectos de ayuda deberá efectuarse a más tardar el 31 de diciembre de 2001. En esta decisión se alude de manera expresa a las aportaciones públicas de capital en su considerando II, al determinar que “...*sigan sujetas a los procedimientos que se aplican en materia de ayudas, de modo que la Comisión pueda determinar si tales operaciones contienen elementos de ayuda*” y también en el artículo 6, apartado 2, en el que señala que “*(l)a Comisión deberá ser informada con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones, y a más tardar el 31 de diciembre del 2001, de cualquier proyecto de transferencia de recursos públicos por parte de los Estados miembros, de entes públicos territoriales o de otros organismos en favor de empresas siderúrgicas, en favor de tomas de participación, aportaciones de capital, garantías crediticias, indemnizaciones o medidas similares*”.

<sup>63</sup> Cabe también la “aprobación implícita” del proyecto, pues conforme al artículo 8.6: “*Si la Comisión no incoa el procedimiento establecido en el apartado 5 o no da a conocer su posición por cualquier otro procedimiento en los dos meses siguientes a la recepción de la notificación de la propuesta, las medidas propuestas podrán ejecutarse siempre que el Estado miembro informe previamente a la Comisión de su intención. En caso de que se recabe la opinión de los Estados miembros en aplicación del apartado 3, el plazo mencionado se ampliará a tres meses*”. Vid. MEROLA, M.: “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, p. 49.



A su vez, en relación con el sector del carbón, la normativa de referencia, que es la Decisión nº 3632/93/CECA de la Comisión, de 28 de diciembre de 1993<sup>64</sup>, dedica su sección III a los *procedimientos de notificación, examen y autorización*<sup>65</sup> de las ayudas estatales, pero no prevé propiamente un procedimiento contradictorio<sup>66</sup>.

En efecto, el artículo 8 establece las condiciones para la autorización de determinadas ayudas durante los ejercicios carboneros 1994 a 2002, sometiendo su posible autorización a la presentación “*a más tardar el 31 de marzo de 1994*”, de un plan de modernización, racionalización y reestructuración de la industria conforme a las disposiciones de la misma, que sería examinado y valorado por la Comisión<sup>67</sup>.

Por su parte, el artículo 9 impone básicamente que los Estados miembros notificarán, a más tardar el 30 de septiembre de cada año (o tres meses antes de su entrada en vigor), todas las medidas financieras que tengan la intención de tomar en favor de la industria del carbón a lo largo del año siguiente, precisando el carácter de dichas medidas en relación con los objetivos y con los criterios generales establecidos en la Decisión y con las diferentes formas de ayuda previstas en ella<sup>68</sup>. Asimismo, notificarán, a más tardar el 30 de septiembre de cada año, el importe de las ayudas efectivamente abonadas durante el ejercicio carbonero anterior, e informarán de cualquier eventual regularización efectuada con respecto a las cantidades inicialmente notificadas.

---

<sup>64</sup> DOCE L 329, de 30.12.1993, p. 12.

<sup>65</sup> Artículos 8 y 9.

<sup>66</sup> La Decisión 3236/93/CECA es complementada por la Decisión 341/94/CECA de la Comisión, de 8 de febrero de 1994, por la que se establecen disposiciones de aplicación de aquella y se establece el formulario de notificación anual (DOCE L 49, de 19.2.1994, p. 1).

<sup>67</sup> De acuerdo con estas previsiones, los Estados miembros que tenían intención de conceder ayudas al carbón en el período de vigencia de la Decisión 3236/93/CECA (1994-2002) han tenido que presentar a la Comisión sus correspondientes planes de modernización, racionalización y reestructuración de su respectivo sector nacional, que han ido aprobándose a través de sendos dictámenes favorables tras su examen. Por lo que se refiere a España, la Comisión dictaminó favorablemente el plan presentado el 14 de diciembre de 1994. Cfr. *XXIV IPC 1994*, apartado 377. La evolución del sector, así como los importes autorizados por países y las empresas beneficiarias puede seguirse en los sucesivos informes anuales sobre la política de la competencia, elaborados por la Comisión. A propósito del plan español, aprobado en junio de 1998, vid. IP/00/1453, de 13 de diciembre de 2000 (*La Comisión autoriza una intervención financiera de España en favor de la industria del carbón*), con un interesante resumen de la situación del sector en nuestro país.

<sup>68</sup> Cfr. artículos 2 y 3 a 7 de la Decisión 3632/93/CECA. Los Estados miembros deberán, además, indicar la relación existente con los planes notificados a la Comisión de conformidad con el artículo 8.

## 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 CE<sup>69</sup>). Sin embargo, en la práctica pronto se pudo apreciar la insuficiencia de estas previsiones y la necesidad de una regulación completa de las reglas de procedimiento<sup>70</sup>. La laguna pudo ser salvada gracias a la jurisprudencia 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 tribunales<sup>71</sup>.

A pesar de esta evidencia y de que el artículo 89 CE (antiguo 94 Tratado CE<sup>72</sup>) confiere al Consejo de la Unión Europea la facultad de 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*

<sup>69</sup> La parca redacción de este precepto ha sido tachado por la doctrina de *oscura y ambigua*. En este sentido, vid. MATTERA, A.: *El Mercado Único...*, op. cit., p. 123.

<sup>70</sup> 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 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*, nº 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*, nº 29, 1993, pp. 17 a 38; WINTER, J.A.: “Supervision of State Aid: Article 93 in the Court of Justice”, en *CMLRev*, nº 30, 1993, pp. 311 a 329; FAULL, J.: “State Aid Procedure”, en *EC Comp. Pol. News*, vol. 1, nº 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, nº 2, 1994, pp. 48 a 49.

<sup>71</sup> 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](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/aid3.html#A) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>72</sup> 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.

quedan excluidas de tal procedimiento”, fue necesario esperar al final de la década de los noventa<sup>73</sup> para que dicha previsión fuera adecuadamente desarrollada<sup>74</sup> en el marco del proceso de modernización de las reglas de la competencia emprendida por la Comisión<sup>75</sup>.

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 Comisión<sup>76</sup>, ha sido la adopción de dos reglamentos<sup>77</sup> 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 horizontales<sup>78</sup>, 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)<sup>79</sup>, que es ya comúnmente conocido como el *reglamento de procedimiento en materia de ayudas estatales*.

<sup>73</sup> Con anterioridad habían existido diversos intentos que ni siquiera llegaron a plasmarse 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.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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 octubre de 2001)). 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”, 7º 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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> 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. 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.

<sup>78</sup> DOCE L 142, de 14.5.1998, p. 1.

<sup>79</sup> DOCE L 83, de 27.3.1999, p. 1.

### 2.2.1. Las previsiones del Reglamento (CE) nº 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 categorías<sup>80</sup>), dotando, además, de una verdadera base jurídica a la regla de *minimis*<sup>81</sup>, que la Comisión ya había admitido y regulado a través de simples comunicaciones<sup>82</sup>.

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)<sup>83</sup>.

<sup>80</sup> 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’emergence...”, op. cit., pp. 321 a 323.

<sup>81</sup> Vid. RODRÍGUEZ CURIEL, 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 reciente 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) nº 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.

<sup>82</sup> 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).

<sup>83</sup> Vid. *in extenso supra* 3.2 de este capítulo.

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 concedida 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<sup>84</sup>”.

## 2.2.2. El Reglamento (CE) nº 659/99, de procedimiento

El Reglamento (CE) nº 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)<sup>85</sup> en aras de incrementar la transparencia y la seguridad jurídica en la aplicación de las reglas de procedimiento sobre ayudas estatales<sup>86</sup>. No obstante, como apuntan SINNAEVE y SLOT<sup>87</sup>, en algunos

---

<sup>84</sup> De acuerdo con las anteriores previsiones, la Comisión ha aprobado ya tres reglamentos: Reglamento (CE) nº 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) nº 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) nº 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). Un comentario de estos reglamentos puede verse en SINNAEVE, E.: “Les premières exemptions par catégorie en matière d’aides d’Etat”, en *EC Comp. Pol. News*, nº 1, february, 2001, pp. 22 a 28. Resulta también de interés el análisis que acerca de los correspondientes proyectos de reglamento, 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*, nº 3, october, 1999, pp. 50 a 61, en especial p. 50.

<sup>85</sup> 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*, nº 36, 3, june, 1999, pp. 521 a 568.

<sup>86</sup> Considerandos 2 y 3.

<sup>87</sup> SINNAEVE, A./SLOT, P.J.: “The New Regulation...”, op. cit., p. 1162, nota 31.

casos establece una nueva regulación y en otros va más allá que la propia jurisprudencia<sup>88</sup>.

El texto definitivo del Reglamento presenta notables diferencias con el de la propuesta<sup>89</sup>. 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 regulación<sup>90</sup>. 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*<sup>91</sup>.

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 importe ilimitado*”<sup>92</sup>. 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*”<sup>93</sup>.

<sup>88</sup> Una posición contraria mantienen 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 *GJCE*, 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.

<sup>89</sup> 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*, nº 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.

<sup>90</sup> 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.

<sup>91</sup> Las demás definiciones serán examinadas a lo largo de los siguientes apartados..

<sup>92</sup> El inciso “así como...” fue añadido con posterioridad a la propuesta inicial.

<sup>93</sup> 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).

Respecto de las nociones de “nueva ayuda” y de “ayuda existente”<sup>94</sup>, el Reglamento, a pesar de la mayor importancia práctica de la primera frente a la segunda<sup>95</sup>, 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*”.

Sin embargo, el Reglamento<sup>96</sup> 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 existente<sup>97</sup> deberá ser notificada, sin perjuicio de que en un futuro la propia Comisión se decida a aclarar este extremo ejerciendo las facultades que al objeto le abre el artículo 27 del Reglamento<sup>98</sup>.

---

<sup>94</sup> 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*”.

<sup>95</sup> 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.

<sup>96</sup> 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.

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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 estándar (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.

Las ayudas *existentes*<sup>99</sup> son definidas de manera descriptiva como:

- 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 misma*<sup>100</sup>;
- 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 15*<sup>101</sup>;
- 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*<sup>102</sup>;

<sup>99</sup> 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, especialmente apartado 150, pendiente de publicación) 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.

<sup>100</sup> 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*, 5<sup>th</sup>, 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. IP/01/932, de 3.7.2001 (“La Comisión aprueba la mayor parte de la ayuda a Babcock Wilcox Española, S.A.”).

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> Para SINNAEVE y SLOT (*The New Regulation...*, op. cit., pp. 1159 y 1160), esta regla 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.



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 existentes<sup>103</sup>. 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-tipo<sup>104</sup> de los otros tres, que se remiten a él en numerosas ocasiones<sup>105</sup>.

### 2.2.2.1. Procedimiento aplicable a las ayudas notificadas

El procedimiento aplicable a las ayudas notificadas, que se contiene en el capítulo II<sup>106</sup>, 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 que hayan sido autorizadas por la Comisión<sup>107</sup>; 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 “(l)a Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o a

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> Así tuvimos ya ocasión de manifestarlo en nuestra contribución “O Consello aproba...”, op. cit., en particular p. 8.

<sup>105</sup> 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*, tomo 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.

<sup>106</sup> Artículos 2 a 9.

<sup>107</sup> 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.

*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 FRIGNANI<sup>108</sup>, todas las potenciales ayudas, incluso las que, en opinión del Estado que las otorga, no amenacen 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 comunitarias<sup>109</sup>. Por supuesto, como puntualiza KEPPE<sup>110</sup>, 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 control establecido por el artículo 88 CE que, a su vez, es una garantía para el funcionamiento del mercado común<sup>111</sup>.

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 mismo<sup>112</sup>, el Estado miembro interesado deberá notifi-

<sup>108</sup> WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 493.

<sup>109</sup> 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).

<sup>110</sup> KEPPE<sup>110</sup>, J.P.: *Guide des aides...*, op. cit., pp. 202 y 203.

<sup>111</sup> En este sentido y con cita de la jurisprudencia correspondiente, véase WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 491.

<sup>112</sup> 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.

car a la Comisión con la suficiente antelación cualquier proyecto de concesión de nueva ayuda. La Comisión comunicará sin demora a los Estados miembros la recepción de toda notificación<sup>113</sup>”.

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)”.

Aunque existe una práctica consolidada en relación con la forma y con los requisitos de las notificaciones<sup>114</sup>, 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<sup>115</sup>”.

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 CHÉROT<sup>116</sup>, quien, sobre la base de que las obligaciones que imponen los Tratados recaen directamente sobre los Estados miembros, excluye de este deber a las administraciones locales, cuyas obligaciones derivarían del derecho interno y no directamente del derecho comunitario, y a los propios beneficiarios de las ayudas<sup>117</sup>.

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. Dichos problemas derivaban en gran medida de la resistencia de los Estados miembros a someter al control de la Comisión unas actividades que consideraban de su exclusiva responsabilidad y ajenas al ámbito de aplicación de las reglas sobre ayudas estata-

---

<sup>113</sup> El inciso final de este apartado no figuraba en la propuesta inicial.

<sup>114</sup> No se puede olvidar 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. A este respecto resulta de especial interés la explicación contenida en HEREDIA (“Control de las ayudas...”, op. cit., pp. 30 a 35), con un análisis práctico del RD 1755/1987, de 23 de diciembre (BOE, de 22.1.1988), por el que se establece el procedimiento de comunicación a la Comisión de las Comunidades Europeas de los proyectos de las administraciones o de los entes públicos que se propongan establecer, conceder o modificar ayudas internas.

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> CHÉROT, J.Y.: *Les aides...*, op. cit., pp. 155 a 157.

<sup>117</sup> Lo mismo cabe decir respecto de las comunidades autónomas en el caso español, de los länder alemanes o de las regiones autónomas italianas.

les<sup>118</sup>. A esta fundamental cuestión vino a responder principalmente la ya aludida Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984<sup>119</sup> al analizar las obligaciones de los Estados miembros en las distintas hipótesis de aportación de capital<sup>120</sup>.

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 Estado<sup>121</sup> 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 exigencia<sup>122</sup>.

Por el contrario, en los supuestos en los que, de acuerdo con la citada Comunicación, la aportación de capital constituye con certeza una ayuda<sup>123</sup>, 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.

En los casos en los que la existencia de ayudas de Estado es más dudosa<sup>124</sup>, la situación es más compleja, puesto que la Comisión entiende que cuando “*no se puede determinar a*

<sup>118</sup> 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. 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.

<sup>119</sup> 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*”.

<sup>120</sup> 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) 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.

<sup>121</sup> Apartado 3.1 de la comunicación.

<sup>122</sup> Apartado 4.2 y 4.5.

<sup>123</sup> Apartado 3.3.

<sup>124</sup> Apartado 3.4, inciso primero

*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 ayudas<sup>125</sup>, 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*<sup>126</sup> y de su *Guía de procedimiento*, de 1995<sup>127</sup>.

#### **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 convenientemente<sup>128</sup>. Así lo ha reconocido la jurisprudencia, para la que, como destaca la reciente STJCE de 22 de junio de 2000<sup>129</sup>, *“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”*.

<sup>125</sup> Apartado 3.4, incisos segundo y siguientes.

<sup>126</sup> DOCE C 307, de 13.11.1993, p. 3. Apartados 27-31 y 35-37.

<sup>127</sup> 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”*.

<sup>128</sup> 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”*.

<sup>129</sup> Asunto C-332/98, República francesa c. Comisión, pendiente de publicación, apartados 31 a 33.

La interpretación del alcance del artículo 88 CE ha suscitado diversas cuestiones, como la relativa a la expresión “*ejecución de una ayuda*”. Como recuerda CHÉROT<sup>130</sup>, 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 autorización<sup>131</sup>. Consiguientemente, en 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 formal<sup>132</sup>.

### 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 precontenciosa<sup>133</sup> y la de investiga-

<sup>130</sup> CHÉROT, J.Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 150.

<sup>131</sup> KEPPELNE, 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 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.

<sup>132</sup> 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.

<sup>133</sup> 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*, nº 6, de 20.6.1993, pp. 412 a 436, en especial p. 429.

ción formal o contradictoria<sup>134</sup>. 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. Comisión*<sup>135</sup>, 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 (...)”<sup>136</sup>.

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 decisión<sup>137</sup>. En su artículo 4 el Reglamento prevé que la Comisión procederá al examen de la notificación “desde 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

<sup>134</sup> La denominación de “procedimiento contradictorio” es empleada, por ejemplo, por WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho Europeo...*, op. cit., pp. 495 a 498).

<sup>135</sup> 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*.

<sup>136</sup> 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.

<sup>137</sup> 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.

ayuda, pero que no se plantean dudas acerca de su compatibilidad (“*decisión de no formular objeciones*”<sup>138</sup>); 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*<sup>139</sup>, el Reglamento fija el plazo de dos meses para que la Comisión emita sus pronunciamientos<sup>140</sup>. Este plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a la recepción de una *notificación completa*<sup>141</sup>, considerándose 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*<sup>142</sup>).

---

<sup>138</sup> En este supuesto el Reglamento exige que se especifique la excepción que haya podido aplicar.

<sup>139</sup> STJCE de 11 de diciembre de 1973, *Gebrueder Lorenz GmbH c. Republica Federal de Alemania y Land Rheinland-Pfalz* (Petición de decisión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgericht Frankfurt*), asunto 120-73, Rec. 1973, p. 1471.

<sup>140</sup> Como ha reconocido la jurisprudencia (STPI de 7 de junio de 2001, *Agrana Zucker und Starke AG c. Comisión*, asunto T-187/99, aún sin publicar, apartado 38 *in fine*), un telefax enviado por la Comisión basta para interrumpir el plazo *Lorenz*.

<sup>141</sup> 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 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 (DO-CE 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.

<sup>142</sup> 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 pla-



La consecuencia directa del incumplimiento de este plazo es que “*se considerará que la Comisión ha autorizado la ayuda*”<sup>143</sup>. 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 información<sup>144</sup>.

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 notificación<sup>145</sup>. En este punto<sup>146</sup> 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 miembro<sup>147</sup>.

---

nes 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).

<sup>143</sup> 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; STPI de 7 de junio de 2001, *Agrana Zucker und Starke AG* c. Comisión, asunto T-187/99, aún sin publicar, apartado 37.

<sup>144</sup> 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 Comisión, 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*, nº 1, february, 1999, pp. 45 a 49, en concreto p. 45.

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> Cfr. SINNAEVE, A.: “Unanimous...”, op. cit., pp. 45 y 46.

<sup>147</sup> 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.

#### 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 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*<sup>148</sup>”. 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 1998<sup>149</sup> revocó la decisión de la Comisión de archivar el procedimiento contra *EniChem SpA*<sup>150</sup> 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 con el mercado común*”. En la misma fecha, el Tribunal consideró que la Comisión había obrado legítimamente en el caso *Ryanair Ltd*<sup>151</sup> al omitir la incoación del procedimiento de investiga-

<sup>148</sup> 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, *Gestevision 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.

<sup>149</sup> *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.

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> *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*.

ción 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 1993<sup>152</sup>. 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 1998<sup>153</sup>, en la que el Tribunal 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, 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*”<sup>154</sup>.

Por su parte, la STPI de 15 de marzo de 2001<sup>155</sup> ha matizado que las “*dificultades serias*” que deben concurrir para que la Comisión deba abrir la fase de investigación formal

<sup>152</sup> 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 n° 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).

<sup>153</sup> 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)...*”.

<sup>154</sup> 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*”.

<sup>155</sup> *Société Chimique Prayon-Rupel SA c. Comisión*, asunto T-73/98, aún sin publicar, especialmente apartados 45 y 47.

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 convertidas con el mercado común*”<sup>156</sup>». 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 transcurso del procedimiento previo las dificultades que en su caso hubieran podido surgir.

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 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*”<sup>157</sup>.

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.

---

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> 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.

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 procedimiento<sup>158</sup>).

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*)<sup>159</sup>; 3) que la ayuda es compatible si se cumplen determinadas condiciones (*decisión condicional*)<sup>160</sup>; 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 propuesta<sup>161</sup>: 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 interesado<sup>162</sup>.

---

<sup>158</sup> Artículo 8.2.

<sup>159</sup> Al igual que en el artículo 4, el Reglamento prevé que la Comisión especificará la excepción del Tratado que haya sido aplicada.

<sup>160</sup> 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.

<sup>161</sup> 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.

<sup>162</sup> 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).

Por último, el artículo 9 del Reglamento contempla la revocabilidad de una decisión<sup>163</sup> 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 observaciones 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 ayuda<sup>164</sup>.

### 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*<sup>165</sup>, a las que define en sentido negativo<sup>166</sup> y poco esclarecedor<sup>167</sup> 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 notificadas<sup>168</sup>, al que se añaden determinados instrumentos adicionales procedentes de la práctica

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> 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.

<sup>165</sup> 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*).

<sup>166</sup> 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”.

<sup>167</sup> En este sentido, vid. HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., p. 387.

<sup>168</sup> 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 la notificación previa.

de los tribunales<sup>169</sup>. 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*”<sup>170</sup>.

Al efectuar dicho examen la Comisión podrá recabar del Estado miembro interesado la información que considere necesaria<sup>171</sup>. 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 entrega<sup>172</sup>.

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*<sup>173</sup>), mientras no se pronuncie sobre su compatibilidad con el mercado común<sup>174</sup>, debiendo ofrecerle previamente la oportunidad de presentar sus observaciones<sup>175</sup>.

---

<sup>169</sup> Vid. SINNAEVE, A./SLOT, P.J.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1175.

<sup>170</sup> 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).

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> 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).

<sup>173</sup> Para una visión general de la recuperación de las ayudas, vid. *infra* apartado 2.2.2.3.

<sup>174</sup> 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.

<sup>175</sup> Ambas facultades son medidas conservativas y son una consecuencia lógica de la cláusula de *standstill*. Vid. SINNAEVE, A.: “Unanimous...”, op. cit. p. 80.



Tras efectuar su examen<sup>176</sup>, 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 compatibilidad, 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 plazo<sup>177</sup>.

### 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*”<sup>178</sup> como aquella “*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.

---

<sup>176</sup> 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, *Gestelevision 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.

<sup>177</sup> 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.

<sup>178</sup> 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*”.

Como reconoce expresamente el Reglamento<sup>179</sup>, a diferencia de la ayuda ilegal, la ayuda abusiva es una ayuda autorizada previamente por 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 ayuda<sup>180</sup>. 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 Verbund*<sup>181</sup>.

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 competitivos<sup>182</sup>.

La Comisión, tras una compleja investigación, llega a la conclusión de que las ayudas autorizadas a favor de dichos astilleros habían beneficiado en realidad a las empresas del grupo *BVV*, que era el que los había adquirido al ser privatizados.

---

<sup>179</sup> Considerando 15.

<sup>180</sup> 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”.

<sup>181</sup> 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.

<sup>182</sup> 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.

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 desviadas<sup>183</sup> 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 permitieren<sup>184</sup>.

#### 2.2.2.4. Procedimiento aplicable a las ayudas existentes

El Reglamento regula en último lugar el procedimiento aplicable a los regímenes de ayudas existentes<sup>185</sup>, invirtiendo el propio orden que recoge el artículo 88 CE (artículo 93 Tratado CE<sup>186</sup>). Este procedimiento se basa en la necesaria colaboración entre la Comisión

---

<sup>183</sup> 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.

<sup>184</sup> 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.

<sup>185</sup> Capítulo IV del Reglamento, integrado por los artículos 17, 18 y 19.

<sup>186</sup> 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 Estados. Propondrá a éstos las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común*”.

y el Estado miembro interesado<sup>187</sup>. 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*”<sup>188</sup>. 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*<sup>189</sup>.

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 ayudas tanto sectoriales como horizontales o sobre las diversas medidas que pueden constituir ayudas estatales<sup>190</sup>. La adopción o la modificación de dichos documentos lleva aparejada necesariamente la revisión de los regímenes que se

---

<sup>187</sup> 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.

<sup>188</sup> Mención añadida al texto de la propuesta.

<sup>189</sup> En este sentido, vid. SINNAEVE, A./SLOT, J.P.: *The New Regulation...*, op. cit., p. 1182.

<sup>190</sup> Como destaca KEPPELNE (*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.

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 motor<sup>191</sup> 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 comunitarios<sup>192</sup>.

En esta misma línea, la aprobación de las nuevas Directrices sobre ayudas regionales<sup>193</sup> ha supuesto también la necesaria adaptación de los regímenes de ayudas existentes y la adopción por la Comisión de las medidas apropiadas al respecto<sup>194</sup>. Así, resulta especialmente interesante la Decisión de la Comisión de 14 de julio de 1998<sup>195</sup>, relativa a 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 inversión<sup>196</sup>.

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

---

<sup>191</sup> 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).

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> DOCE C 74, de 13.3.1998, p. 9.

<sup>194</sup> Vid. al respecto el apartado 61 de las Directrices sobre ayudas regionales y el apartado 263 del *XXIX IPC 1999*.

<sup>195</sup> DOCE L 304, de 14.11.1998, p. 24.

<sup>196</sup> DOCE C 107, de 7.4.1998, p. 7.

(artículo 88 CE), una medida apropiada consistente en el requisito de notificación previa de los proyectos que entrasen en su ámbito de aplicación<sup>197</sup>.

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 propuesta<sup>198</sup>, concluye afirmando que no hay razones para modificar dicha medida<sup>199</sup> y, en consecuencia, impone a Alemania la obligación de notificar 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.

---

<sup>197</sup> 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.

<sup>198</sup> 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.

<sup>199</sup> La Comisión subraya que todos los demás Estados miembros han accedido incondicionalmente a la introducción del requisito de notificación en las Directrices 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.

### 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 doctrina<sup>200</sup> como la jurisprudencia<sup>201</sup> han 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 su ilegalidad<sup>202</sup>, 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

<sup>200</sup> 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*, nº 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*, nº 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*, 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; WAELBROECK, 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; KEPPENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 245 a 262; HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., pp. 387 a 401.

<sup>201</sup> 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 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 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*), pendiente de publicación.

<sup>202</sup> 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.

tratados<sup>203</sup>. Ha tenido que ser la jurisprudencia la que, a partir de la STJCE de 12 de julio de 1973<sup>204</sup>, reconociera esta facultad a la Comisión, amparándose en la necesidad de no privar de *efecto útil*<sup>205</sup> a las decisiones de la Comisión en materia de ayudas estatales<sup>206</sup>.

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 MORSON<sup>207</sup>, en el “*juzgador de la oportunidad*”: no era necesaria una motivación específica para exigir la recuperación<sup>208</sup>, incluso en su integridad, ni había que precisar el alcance efectivo de la ventaja conferida al beneficiario<sup>209</sup>.

<sup>203</sup> En este sentido, CAFARI PANICO, R. (“Il recupero...”, 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 comprobar 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*”.

<sup>204</sup> Asunto 70/72, Comisión c. RFA, 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.

<sup>205</sup> 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.

<sup>206</sup> 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 antecipos 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*.

<sup>207</sup> 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.

<sup>208</sup> 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 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)).

<sup>209</sup> 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.



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 ilegal<sup>210</sup>. 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 Comisión<sup>211</sup>, como expone KEPPELNE<sup>212</sup>, 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 1990<sup>213</sup>, que estableció una separación estricta entre ilegalidad de la ayuda, que suponía una violación de las reglas de procedimiento previstas en el artículo 88.3 *in fine* CE, y la incompatibilidad de la ayuda con el mercado común, conforme al artículo 87 CE<sup>214</sup>. En consecuencia, consideró que la Comisión no podía prohibir las ayudas por razones exclusivamente formales, cuando las ayudas podían ser

---

<sup>210</sup> 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.

<sup>211</sup> 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.

<sup>212</sup> KEPPELNE, A.: *Guide...*, op. cit., pp. 239 y 240.

<sup>213</sup> 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 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 *GJCEE*, 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. Itl.*, 1991, IV, pp. 28 a 37; GARCÍA FEMENIA, A.M.: "Ayudas estatales...", op. cit., pp. 125 a 129.

<sup>214</sup> 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.

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 Comisión<sup>215</sup> la facultad de adoptar medidas cautelares para que la ayuda no se hiciera efectiva hasta que se resolviera sobre su compatibilidad<sup>216</sup>. Esta es la solución que recoge en la actualidad el artículo 11 del Reglamento de procedimiento<sup>217</sup>, al regular en su apartado 2<sup>218</sup> que “(l)a Comisión, tras ofrecer 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»)”. 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 requisitos<sup>219</sup>.

<sup>215</sup> 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.

<sup>216</sup> 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.

<sup>217</sup> 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 recuperación 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.

<sup>218</sup> 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 aquélla no se pronuncie sobre la compatibilidad de la ayuda con el mercado común...”.

<sup>219</sup> 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.

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 competidor<sup>220</sup>.

Dicho precepto prevé, además, que la recuperación provisional se efectue con arreglo al procedimiento establecido para la recuperación definitiva de las ayudas declaradas incompatibles<sup>221</sup>, si bien, después de que efectivamente se haya recuperado la ayuda, la Comisión deberá adoptar una decisión dentro de los plazos establecidos para las ayudas notificadas<sup>222</sup>. 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 trate<sup>223</sup>.

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 procedimiento<sup>224</sup> parece oponerse a su tradicional carácter facultativo, 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)<sup>225</sup>”, con la única ex-

<sup>220</sup> 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 indica la misma autora, 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.

<sup>221</sup> Artículo 14.1 y 2 del Reglamento.

<sup>222</sup> 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.

<sup>223</sup> 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.

<sup>224</sup> 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.

<sup>225</sup> 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 (todavía no publicada) 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.

cepción de que dicha recuperación sea contraria a un principio general del Derecho comunitario<sup>226</sup>.

La obligación de recuperación incumbe al Estado miembro destinatario de la decisión<sup>227</sup> y ha de tener lugar conforme a las disposiciones pertinentes de su Derecho interno, puesto que la Comisión carece de poder efectivo para ejecutar directamente la decisión de recuperación<sup>228</sup>. 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 diferentes<sup>229</sup> 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 conflicto<sup>230</sup>.

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 MORSON<sup>231</sup>, es apreciado por el Tribunal de manera muy restrictiva<sup>232</sup>.

---

<sup>226</sup> 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 y recuperación de ayuda de Estado ilegales. En especial la confianza legítima”, en *GJCE*, nº 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 32 a 39.

<sup>227</sup> 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.

<sup>228</sup> 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).

<sup>229</sup> MORSON, S.: “La récupération...”, op. cit., p. 434.

<sup>230</sup> 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.

<sup>231</sup> MORSON, S.: “La récupération...”, op. cit., p. 430.

<sup>232</sup> 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.

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 cabo<sup>233</sup>. Entre las primeras, merece la pena traer a colación la invocación del principio de intangibilidad del capital social como garantía de los acreedores<sup>234</sup>.

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 incompatibles<sup>235</sup>.

En el primer recurso el Gobierno belga sostiene, fundándose en su Derecho de sociedades y en la Segunda Directiva sobre Derecho de sociedades<sup>236</sup>, 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 perjudicaría 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.

---

<sup>233</sup> 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, aún sin publicar.

<sup>234</sup> Esta cuestión es abordada entre otros por GERMAIN, M./HERMITTE, M.A.: "Capital social et droit communautaire des aides étatiques", en *La Semaine Juridique*, nº 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.

<sup>235</sup> 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).

<sup>236</sup> 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).

El Tribunal de Justicia, en su Sentencia de 15 de enero de 1986<sup>237</sup>, 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 provocar<sup>238</sup>.

Por su parte, en el segundo recurso, resuelto por STJCE de 9 de abril de 1987<sup>239</sup>, el Tribunal condenó igualmente al Reino de Bélgica que, aunque hizo valer nuevamente su argumentación sobre este punto, fue rechazada por el Tribunal, que se limitó a constatar que la decisión controvertida no había sido ejecutada en plazo<sup>240</sup>.

El TJCE tendría ocasión de volver sobre esta cuestión en su sentencia en el asunto *ENI-Lanerossi*<sup>241</sup>. Como como subrayan WAELBROECK y FRIGNANI<sup>242</sup>, 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 mismas<sup>243</sup>.

---

<sup>237</sup> STJCE de 15 de enero de 1986, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 52/84, Rec. 1986, p. 89, apartados 14 y 15.

<sup>238</sup> 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).

<sup>239</sup> STJCE de 9 de abril de 1987, Comisión c. Reino de Bélgica, asunto 5/86, Rec. 1987, p. 1773.

<sup>240</sup> 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.

<sup>241</sup> 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.

<sup>242</sup> WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 506.

<sup>243</sup> 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.

En la misma línea, el Tribunal consideró en su Sentencia de 13 de septiembre de 1995<sup>244</sup> 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 legítima<sup>245</sup>.

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<sup>246</sup>”. 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<sup>247</sup>”.

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 existente<sup>248</sup>. Este plazo de prescripción, que

<sup>244</sup> *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.

<sup>245</sup> Para un comentario de esta sentencia, vid. PRIESS, H.J.: “Recovery of Illegal...”, op. cit., pp. 84 y ss.

<sup>246</sup> 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”.

<sup>247</sup> 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.

<sup>248</sup> 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” absoluta, que es la que garantiza la seguridad jurídica, puesto que sin autorización excepcional las ayudas son ilegales.

fue 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 ayudas. 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 20<sup>249</sup>) del capítulo VI, bajo la rúbrica de *“partes interesadas”*. Es preciso destacar, sin embargo, que este capítulo no figuraba en la propuesta de la Comisión<sup>250</sup>, sino que se incorporó con posterioridad al texto del reglamento<sup>251</sup>, 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”*<sup>252</sup>, cuyo contenido se refleja indudablemente en la redacción final.

---

<sup>249</sup> 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”*.

<sup>250</sup> Puede leerse un comentario de la propuesta a propósito de esta cuestión en SINNAEVE, A.: *“The Commission’s Proposal...”*, op. cit., p. 81. Para el mismo autor (*“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.

<sup>251</sup> 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”*.

<sup>252</sup> 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.



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 1998<sup>253</sup> 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 1998<sup>254</sup>, 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 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 investigación<sup>255</sup>.

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*”<sup>256</sup>.

---

<sup>253</sup> 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.

<sup>254</sup> 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*, nº 2, february, 1998, pp. 42 a 44.

<sup>255</sup> Cfr. apartados 60 a 63 de la citada sentencia.

<sup>256</sup> Apartado 50 *in fine* de la sentencia.

El TPI estableció también en su Sentencia de 25 de junio de 1998<sup>257</sup> 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 concreto<sup>258</sup>. 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 relativamente elevado que no permita que queden sino un número reducido de dudas que pueden eliminarse mediante informaciones facilitadas por los interesados<sup>259</sup>; 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 profesional<sup>260</sup>.

El artículo 20 del Reglamento<sup>261</sup> 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 Comisión<sup>262</sup>, sin reconocer nuevos derechos a los terceros

<sup>257</sup> *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.

<sup>258</sup> 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.

<sup>259</sup> 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*”.

<sup>260</sup> En relación con el secreto profesional en materia de ayudas estatales, vid. *infra*, apartado 2.2.2.7.

<sup>261</sup> Seguimos en este punto las observaciones de SINNAEVE, A.: “Unanimous...”, op. cit., p. 81.

<sup>262</sup> 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.

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 CE<sup>263</sup>).

En consecuencia, conforme a dicho precepto<sup>264</sup>, 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 de ayudas individuales deberán recibir una copia de la decisión adoptada por la Comisión<sup>265</sup>.

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 misma<sup>266</sup>. 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 procedimiento<sup>267</sup>.

---

<sup>263</sup> 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.

<sup>264</sup> 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.

<sup>265</sup> 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.

<sup>266</sup> 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./OTTENVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., pp. 376 y 377.

<sup>267</sup> 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids) (última consulta realizada en octubre de 2001). Sobre esta cuestión *in extenso* vid. el apartado 2.2.2.8. de este capítulo.

### 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, la facultad de recabar la cooperación de los organismos nacionales de control independientes. En la versión final del Reglamento<sup>268</sup> se ha suprimido, sin embargo, este último instrumento, ya que había provocado el recelo de los Estados miembros<sup>269</sup>.

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 autorización<sup>270</sup>. 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 del artículo 20 (hoy artículo 22) ha sufrido interesantes cambios<sup>271</sup>. Así, mientras en su propuesta la Comisión reservaba únicamente la posibilidad de efectuar las visitas “*in situ*” para el caso de las ayuda aprobadas

<sup>268</sup> 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.

<sup>269</sup> 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”.

<sup>270</sup> 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.

<sup>271</sup> La posibilidad de efectuar estas inspecciones está inspirada en la práctica anticolsoria de la Comisión (artículo 14.6 Reglamento 17/62), en los poderes conferidos por el artículo 86 Tratado CECA 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.

condicionalmente, la versión final del Reglamento ha ampliado considerablemente el ámbito de aplicación de estas inspecciones, reforzando con ello el poder de la Comisión<sup>272</sup>.

Efectivamente, en la versión final del Reglamento se prevé que la Comisión podrá efectuar visitas de control mediante la adopción de una decisión al efecto<sup>273</sup>, 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 efectuarán<sup>274</sup>. Estos agentes y expertos independientes podrán estar acompañados por agentes autorizados por el Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la visita de control. El Reglamento limita también el alcance de la inspección<sup>275</sup> 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 misión<sup>276</sup>.

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

---

<sup>272</sup> 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*, nº 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.

<sup>273</sup> Previsión también añadida al texto de la propuesta de la comisión.

<sup>274</sup> 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.

<sup>275</sup> 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.

<sup>276</sup> 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.

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)<sup>277</sup>. 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 coercitiva<sup>278</sup>.

#### 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*”<sup>279</sup>, regulado en el artículo 24<sup>280</sup>, conforme al cual tanto la Comisión como los Estados miembros, sus funcionarios y otros agentes, así como los expertos independientes<sup>281</sup>, se abstendrán de revelar la información amparada por el secreto profesional

<sup>277</sup> Sobre este procedimiento vid. apartado 2.3.1.1.1a de este capítulo.

<sup>278</sup> 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*, nº 8, julio/diciembre, 2000, pp. 493 a 518.

<sup>279</sup> Vid. MARTÍNEZ LAGE, S.: “La protección de los secretos de negocios en los procesos de aplicación del Derecho de la competencia”, en *GJCE*, B-121, marzo, 1997, pp. 1 a 3.

<sup>280</sup> 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*”.

<sup>281</sup> 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.

que hayan obtenido en aplicación de las normas del Reglamento<sup>282</sup>. Nada dice, sin embargo, del acceso a los archivos<sup>283</sup>. Como estiman HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT<sup>284</sup>, razonablemente se ha de seguir la misma práctica que la Comisión ha mantenido en los demás sectores del Derecho de la competencia.

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 profesional<sup>285</sup>.

El Reglamento ha modificado también el régimen de publicidad de las decisiones<sup>286</sup>, incorporando ciertas matizaciones introducidas por el Consejo<sup>287</sup>. Así, el artículo 26 dispone que la Comisión publicará en el DOCE “*un resumen sucinto*”<sup>288</sup> de las decisiones en las que la Comisión declare que una medida no constituye una ayuda estatal o decida “no plantear objeciones” sobre la misma<sup>289</sup>, así como las relativas a la adopción de medidas apro-

<sup>282</sup> 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.

<sup>283</sup> 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).

<sup>284</sup> HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., p. 378.

<sup>285</sup> 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.

<sup>286</sup> 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 7º) que se reproducen en *Derecho de la Competencia...*, op. cit., pp. 109 y 110, y 25 a 54, respectivamente.

<sup>287</sup> 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.

<sup>288</sup> Hasta ahora, 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>289</sup> Artículo 4.2 y 3.

piadas en el caso de ayudas existentes<sup>290</sup>. 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 formal<sup>291</sup>, se mantiene su publicación íntegra<sup>292</sup> en todas las lenguas oficiales.

El Reglamento contempla, asimismo, la publicación de una “*breve comunicación*” en el DOCE en los supuestos de “*autorización tácita*”<sup>293</sup>, así como en el supuesto de retirada de una notificación, tras haberse iniciado el procedimiento de investigación formal<sup>294</sup>, 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 CE<sup>295</sup>.

Los cuatro últimos artículos habilitan a la Comisión para adoptar disposiciones de aplicación del propio Reglamento, crean un “*Comité Consultivo sobre Ayudas Estatales*”<sup>296</sup>, y establecen las condiciones de su entrada en vigor. Para el desarrollo del Reglamento, el artículo 27 delimita el procedimiento a seguir<sup>297</sup> y los poderes de la Comisión, que estará facultada para adoptar medidas de aplicación relativas a la forma, al contenido y a otros por-

<sup>290</sup> 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).

<sup>291</sup> Artículo 7.

<sup>292</sup> Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 25 *in fine*, en relación con los datos confidenciales.

<sup>293</sup> Artículo 4.6.

<sup>294</sup> Artículo 8.2.

<sup>295</sup> En este punto, la propuesta imponía la obligación y no la facultad de la publicación de estas decisiones. Cf. Artículo 26.5 de la propuesta.

<sup>296</sup> 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 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*, nº 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 octubre de 2001).

<sup>297</sup> El artículo 27 se remite en esta cuestión al artículo 29, al que aludiremos más adelante.



menores 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 nacionales<sup>298</sup>.

En efecto, los tribunales comunitarios (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y Tribunal de Primera Instancia<sup>299</sup>) y los tribunales 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 limitadas<sup>300</sup>. 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 PYMES<sup>301</sup>, éstos también podrán ser controlados directamente por los tribunales nacionales<sup>302</sup>.

---

<sup>298</sup> 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.

<sup>299</sup> 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 octubre de 2001). Igualmente resultan de interés: PALACIO GONZÁLEZ, J.: *Derecho procesal y del contencioso comunitario*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

<sup>300</sup> 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 Extérieur des Produits Alimentaires y Syndicat National des Négociants et Transformateurs de Saumon* c República francesa, Petición de decisión prejudicial: Conseil d'Etat-Francia, asunto C-354/90, Rec. 1991, p. I-5505, apartado 12.

<sup>301</sup> 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).

<sup>302</sup> 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.

### 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 actuación<sup>303</sup>.

#### 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 hacerlo<sup>304</sup>: 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 incumplidor<sup>305</sup>.

##### 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.

---

<sup>303</sup> 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 KEPPE-NE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 585 y ss.

<sup>304</sup> 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*, 1981, pp. 63 a 67.

<sup>305</sup> En este sentido, HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., p. 404.

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 precontenciosa 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 KEPPELNE<sup>306</sup>, 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 comunitario<sup>307</sup>.

#### **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 pro-

---

<sup>306</sup> KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 627 y 628.

<sup>307</sup> 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).

pia Comisión o cualquier otro Estado interesado<sup>308</sup> tendrá la posibilidad de recurrir directamente al Tribunal de Justicia<sup>309</sup>.

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 infringidas<sup>310</sup> y, como recuerdan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT<sup>311</sup>, la jurisprudencia<sup>312</sup> 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 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 susti-

<sup>308</sup> 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.

<sup>309</sup> 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.

<sup>310</sup> 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.

<sup>311</sup> Cfr. HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., p. 405.

<sup>312</sup> STPI de 22 de mayo de 1996, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) c. Comisión*, asunto T-277/94, Rec. 1996, p. II-351, apartado 66, con la jurisprudencia en ella citada.

tuir a la Comisión en el ejercicio de sus facultades decisorias, ni reemplazar sus apreciaciones, especialmente cuando se trata de valoraciones de orden económico<sup>313</sup>.

#### a) El recurso de nulidad

El principal instrumento judicial para controlar la legalidad de la actuación de la Comisión y, en su caso del Consejo<sup>314</sup>, 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 casuística<sup>315</sup>.

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*, 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

---

<sup>313</sup> Sobre este punto, con cita de abundante jurisprudencia, vid. KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp 588 y 589. Más recientemente, STJCE 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.

<sup>314</sup> 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*, nº 1-2, 1999, pp. 61 a 146, especialmente p. 64, nota 3.

<sup>315</sup> 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.

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 demandada 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 terceros<sup>316</sup>.

Por el contrario, como destaca KEPPENNE<sup>317</sup>, 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 1998<sup>318</sup>, 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 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

---

<sup>316</sup> 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.

<sup>317</sup> KEPPENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 594.

<sup>318</sup> *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.

firme en el momento de presentación de la denuncia, lo que sería incompatible con su propia jurisprudencia<sup>319</sup>, 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 jurídicas y de las entidades públicas infraestatales<sup>320</sup>. 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 prácticas<sup>321</sup>. En el caso de que se interponga un recurso contra una 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 inadmitido<sup>322</sup>. 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 miembro<sup>323</sup>.

<sup>319</sup> 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.

<sup>320</sup> 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.

<sup>321</sup> 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 concreción ASENJO GIL, D.: “Recurso de anulación: acceso dos entes subestatais ó Tribunal de Primeira Instancia da União Europeia”, en *BFG*, nº 83, xullo, 1998, pp. 7 a 10.

<sup>322</sup> 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.

<sup>323</sup> STJCE de 28 de enero de 1986, *Compagnie Française 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.

A su vez, para la afectación individual exigida también por el artículo 230 CE han de darse, como señala WINTER<sup>324</sup>, 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 demás<sup>325</sup>. Además, es necesario que se den condiciones específicas que le individualicen del resto de los competidores<sup>326</sup>, no siendo suficiente la existencia de una genérica relación de competencia<sup>327</sup>.

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 beneficiario<sup>328</sup>, 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 objetivables<sup>329</sup>.

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 WINTER<sup>330</sup>, éste tiene una operatividad muy limitada, puesto que los beneficiarios poten-

<sup>324</sup> WINTER, J.A.: "The Rights...", op. cit., pp. 527 a 529.

<sup>325</sup> 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.

<sup>326</sup> 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.

<sup>327</sup> 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 *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.

<sup>328</sup> 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.

<sup>329</sup> 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.

<sup>330</sup> WINTER, J.A.: "The Right...", op. cit., p. 528.



ciales 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, (...<sup>331</sup>) 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”.

Para que pueda hablarse de omisión, la Comisión deberá ser requerida para que manifieste su posición. 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<sup>332</sup> se dan cuando la Comisión se abstiene de abrir el procedimiento de investigación formal contra una ayuda presuntamente ilegal o de adoptar una decisión final.

En la sentencia de 15 de septiembre de 1998<sup>333</sup>, 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 resuelto por la Sentencia de 17 de febrero de 1998<sup>334</sup> 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. La denunciante, la sociedad belga

---

<sup>331</sup> Cabe la interposición de este recurso contra las omisiones en que pudieran incurrir también el Parlamento europeo o el Consejo.

<sup>332</sup> KEPPENNE (*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.

<sup>333</sup> *Gestevisión Telecinco SA* c. Comisión, asunto T-95/96, Rec, 1998, p. II-3407.

<sup>334</sup> *Pantochim SA* c. Comisión, asunto T-107/96, Rec 1998, p. II-0311.

*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 consumo<sup>335</sup>.

El TPI, de acuerdo con su propia jurisprudencia<sup>336</sup>, 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 misma<sup>337</sup>, 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 Comisión<sup>338</sup> 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 1999<sup>339</sup>, 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

<sup>335</sup> El recurso tenía también por objeto la reclamación de una indemnización a la Comisión por el perjuicio causado por la omisión denunciada.

<sup>336</sup> SSTJCE 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.

<sup>337</sup> 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.

<sup>338</sup> 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.

<sup>339</sup> *Bretagne Angleterre Irlande (BAI)* c. Comisión, asunto T-230/95, Rec. 1999, p. II-0123.

*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 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 protagonismo<sup>340</sup>.

Esta transformación iniciada por la jurisprudencia comunitaria<sup>341</sup> y continuada por la propia Comisión en sus comunicaciones<sup>342</sup>, 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 CE<sup>343</sup>, 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)<sup>344</sup>.

<sup>340</sup> En este sentido, vid. ROSS, M.: "State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems - A Case of Premature Emancipation?", en *CMLRev*, nº 37, 2, abril, 2000, pp. 401 a 423, en particular p. 401.

<sup>341</sup> 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*, nº 365, febrero, 1993, pp. 145 a 149.

<sup>342</sup> 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).

<sup>343</sup> 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).

<sup>344</sup> 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 (RJA 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 (RJA 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).

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 incompatibilidad<sup>345</sup>. 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 económico<sup>346</sup> sobre el asunto del que conozca si bien la Comisión puede negarse a facilitarla hasta que haya recaído decisión sobre el mismo<sup>347</sup>.

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 nacionales<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 191 a 244, especialmente p. 192.

<sup>346</sup> 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.

<sup>347</sup> 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.

<sup>348</sup> 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 ijsseلمij*. 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/](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/legislation/app_by_member_states/) (última consulta realizada en octubre de 2001).

## 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 intervención<sup>1</sup>.

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 inter-

---

<sup>1</sup> 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.

nacional, 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 de 1979<sup>2</sup>, trasladándose con toda intensidad a las negociaciones de la Ronda Uruguay del GATT.

En resumen<sup>3</sup>, 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 públicos<sup>4</sup>. 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*<sup>5</sup> que se plasmó en la redacción del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994, el cual incluyó en la definición de *Subvención*<sup>6</sup> 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.

---

<sup>2</sup> 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./PETRICCIONE, R. (“Definition of Subsidy”, pp. 67 a 74) y GRABITZ, E. (“Comment on US Law and Practice”, pp. 43 a 46).

<sup>3</sup> 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 CURIEL, 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).

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> 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 refiere 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*”<sup>7</sup>.

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 comunitarias<sup>8</sup>. En consecuencia, como señala ROBERTI<sup>9</sup>, 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 Estado<sup>10</sup>.

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 los supuestos de participación en el capital de las empresas, tanto públicas como privadas. Tales conflictos se pueden concretar, siguiendo a ARPIO<sup>11</sup>, en la extensión que hay que atribuir a los términos *Estado* y *fondos estatales*, y en el carácter alternativo o cumulativo de ambas condiciones.

---

<sup>7</sup> No podemos olvidar, sin embargo, que ya el artículo 1 de la Decisión nº 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...*”.

<sup>8</sup> 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*.

<sup>9</sup> Cfr. ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 401.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 93.



### 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 Estado<sup>12</sup>, 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*<sup>13</sup>.

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 compleja<sup>14</sup> también incluye las ayudas otorgadas por las diferentes administraciones territoriales, de acuerdo con las previsiones constitucionales de cada Estado miembro<sup>15</sup>. 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 ellas<sup>16</sup>.

Sobre esta cuestión tuvo ocasión de manifestarse con claridad el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 14 de octubre de 1987<sup>17</sup>, 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 1 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 cual-

<sup>12</sup> 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).

<sup>13</sup> Vid. ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 401.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Comunidades Autónomas, regiones, *länder*s, departamentos, provincias, condados, etc. Resulta muy ilustrativo en este punto el artículo de GARBAR, Ch.: “Aides d'Etat...”, op. cit., pp. 666 y 667.

<sup>16</sup> En este sentido, por todos, FERNANDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 30.

<sup>17</sup> 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.

quier 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 legislativos<sup>18</sup>. Se consideran igualmente estatales tanto las ayudas otorgadas directamente por el Estado, en el sentido amplio antes indicado, como las concedidas de manera indirecta<sup>19</sup> 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 dependen<sup>20</sup>.

Como destaca ROBERTI<sup>21</sup>, 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 1977<sup>22</sup>. 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

<sup>18</sup> 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. KEP-PENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 109 y nota 359.

<sup>19</sup> Sobre esta cuestión FERNÁNDEZ FARRERES (*El régimen...*, op. cit., p. 29, nota 14) subraya la unanimidad de la doctrina.

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> Vid. ROBERTI, G. M.: “Le contrôle...”, op. cit. p. 401, nota 28.

<sup>22</sup> *Steinike und Weiling* c. República Federal de Alemania, petición de decisión prejudicial planteada por el *Verwaltungsgericht* de Frankfurt, asunto 78/76, Réc. 1977, p. 595.

diciembre de 1996<sup>23</sup> 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”.

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 éste<sup>24</sup>.

Como subraya KEPPELNE<sup>25</sup>, la noción de imputabilidad ha recibido en la jurisprudencia comunitaria y en la práctica de la Comisión una interpretación esencialmente funcional y no formal<sup>26</sup>. Con carácter general, señala ROBERTI<sup>27</sup>, 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 ARPIO<sup>28</sup>, 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 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 pú-

<sup>23</sup> *Compagnie Nationale Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartado 62.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 109.

<sup>26</sup> 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*”.

<sup>27</sup> ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 402; CHÉROT, J.Y.: *Les aides...*, op. cit., p. 31.

<sup>28</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas ...*, op. cit., pp. 95 y 96, con los ejemplos en él citados.

blicos 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 hayan 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 estatal<sup>29</sup>.

La complejidad es aún mayor en los casos en que se acude a titularidades fiduciarias<sup>30</sup>. 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 empresa siderúrgica *CECA Hamburger Stahlwerke GmbH*<sup>31</sup>, en la que se meniona 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 GmbH*<sup>32</sup>. que la Ciudad de Hamburgo había detentado<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Acerca de los contratos fiduciarios, vid. por todos, GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *Negocios fiduciarios en el Derecho mercantil*, Civitas, Madrid, 1976.

<sup>31</sup> Cfr. DOCE L 78, de 28.3.1996, p. 31 y *XXV IPC 1995*, pp. 210 y 211.

<sup>32</sup> 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 *infracapitalización nominal*.

<sup>33</sup> 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*.

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 discutible<sup>34</sup>.

Esta cuestión se ha planteado con singular interés en la ya citada STPI de 12 de diciembre de 1996<sup>35</sup>, 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 *Caisse*<sup>36</sup> 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 francés<sup>37</sup>.

### 3.2. LA NOCIÓN AMPLIA DE FONDOS ESTATALES

Como resalta ARPIO<sup>38</sup>, 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

<sup>34</sup> 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 BOE, de 31.7.1996, o en la Ley valenciana de cajas de ahorros (Ley 4/1997, de 16 de junio, en BOE, 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.

<sup>35</sup> *Compagnie National Air France c. Comisión*, asunto T-358/94, RJ. 1996, p. II-2109.

<sup>36</sup> 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.

<sup>37</sup> Sobre este punto, vid. RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Las ayudas públicas...”, op. cit., p. 6.

<sup>38</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 98.

demás administraciones territoriales. A este respecto, VALLE<sup>39</sup> destaca que la intervención sería indirectamente estatal e imputable al Estado cuando un recurso de origen privado<sup>40</sup> 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 Estado<sup>41</sup>.

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 CE<sup>42</sup>. En definitiva, como subraya TESAURO<sup>43</sup>, 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 público<sup>44</sup>.

No constituyen fondos estatales en el sentido expuesto los fondos comunitarios<sup>45</sup>, por lo que no son ayudas estatales los beneficios que son financiados mediante dichos fondos<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> VALLE GÁLVEZ, A.: “Las ayudas...”, op. cit., pp. 891 y 892.

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> WAELBROECK, 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.

<sup>43</sup> TESAURO, G.: “Disciplina comunitaria degli aiuti di stato e attività bancarie”, en *DCSI*, nº 3-4, 1991, pp. 487 a 497, en particular p. 495.

<sup>44</sup> 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.

<sup>45</sup> 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, nº 1, pp. 3 a 19.

<sup>46</sup> 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.

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<sup>47</sup>.

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 1996<sup>48</sup>, *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*”.

Más recientemente, el Tribunal tuvo ocasión de mantener dicho criterio en su Sentencia de 16 de junio de 2000<sup>49</sup>, con motivo del recurso de casación interpuesto por las autoridades francesas contra la STPI de 27 de enero de 1998, en el asunto *Ladbroke Racing* c. Comisión<sup>50</sup>, que había anulado parcialmente la Decisión de 22 de septiembre de 1993, relativa

---

<sup>47</sup> 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/](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/) (última consulta realizada en octubre de 2001). Las menciones contenidas en este documento relativas a la propuesta de Reglamento del Consejo por la que se establecen disposiciones genrales sobre los fondos comunitarios deben entenderse hechas al texto finalmente aprobado: Reglamento (CE) nº 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999 (DOCE L 161, de 26.6.1999, p. 1).

<sup>48</sup> Asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 62 y ss.

<sup>49</sup> República francesa y *Ladbroke Racing Ltd* c. Comisión, asunto C-83/98, todavía no publicada, especialmente en su apartado 50. Vid. también el XXX IPC 2000 COM (2001) 694 final, de fecha 7.5.2001, apartado 303.

<sup>50</sup> Asunto T-67/94, Rec. p. II-1.

a varias ayudas concedidas por las autoridades francesas a la empresa *Pari Mutuel Urbain (PMU)* y a las sociedades de carreras<sup>51</sup>.

Acerca de esta cuestión, el Tribunal de Justicia, apoyándose en la citada STPI de 12 de diciembre de 1996<sup>52</sup>, 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 precepto.

### 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 públicos<sup>53</sup> 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

---

<sup>51</sup> 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.

<sup>52</sup> *Air France* c. Comisión, asunto T-358/94, Rec. p. II-2109, apartado 67.

<sup>53</sup> Tanto en sentido positivo de gasto (por ejemplo subvenciones) como negativo de minoración de ingresos (exenciones fiscales).



Comisión para ejercer sus facultades de control<sup>54</sup>. 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 públicas<sup>55</sup>.

A pesar de la importancia práctica de inclinarse por una u otra interpretación, tanto la Comisión<sup>56</sup> como la jurisprudencia comunitaria<sup>57</sup> han mantenido una posición ambigua y errática al respecto<sup>58</sup>.

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 públicos<sup>59</sup>, lo que le llevó a tener que

<sup>54</sup> En este sentido, ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 402.

<sup>55</sup> SLOTBOOM (“State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?”, en *ELR*, vol. 20, n° 3, junio 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.

<sup>56</sup> 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 lost 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 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.

<sup>57</sup> 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*”.

<sup>58</sup> Así la califica GARBAR, Ch.: “Aides d'Etat...”, op. cit., p. 669.

<sup>59</sup> 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 benefició 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.

acudir a la creación de una figura híbrida, la de “*medida equivalente a una ayuda de Estado*”<sup>60</sup>, que fue rechazada por el Tribunal de Justicia. A pesar de esta explícita desprobación del Tribunal de Justicia, de una manera un tanto sorprendente, la nueva redacción del artículo 19 LDC<sup>61</sup> incluye una definición de ayudas públicas<sup>62</sup> 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 residual<sup>63</sup>.

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*”.

Con posterioridad, la Comisión se apartó de esta posición inicial sosteniendo tanto en la fase oral del procedimiento en el asunto *Sloman Neptum*<sup>64</sup> como en la fase escrita del asunto

<sup>60</sup> 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 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.

<sup>61</sup> 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, nº 311, de 29.12.1999, p. 45778).

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> 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, nº 175-1, proyectos de ley.

<sup>64</sup> 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

to *Kirsammer-Hack*<sup>65</sup>, 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)*<sup>66</sup>, 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 públicos<sup>67</sup>.

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 públicos<sup>68</sup>, 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 CURIEL<sup>69</sup>, al menos por tres sentencias, quiebra<sup>70</sup>, no obstante, a partir de 1993, con sus sentencias en los asuntos *Sloman Neptum*<sup>71</sup> y *Kirsammer-Hack*<sup>72</sup>, 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.

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> DOCE C 163, de 30.5.1997, p. 3.

<sup>67</sup> Cfr. XXVII IPC 1997. SEC (97) 636 final, apartado 223.

<sup>68</sup> 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, 1-887, apartado 17).

<sup>69</sup> Esta jurisprudencia que RODRÍGUEZ CURIEL (“Giro jurisprudencial...”, op. cit., p. 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.

<sup>70</sup> De ahí que RODRÍGUEZ CURIEL hable “*giro jurisprudencial*”, criterio que, entre otros, comparte ROBERTI (“Le contrôle...”, op. cit., pp. 402 y 403).

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> STJCE de 30 de noviembre de 1993, *Petra Kirsammer-Hack c. Nurhan Sidal*, asunto C-189/91, Rec. 1993, p. I-6185.

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 públicos<sup>73</sup>.

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 nacionales 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 indefinidos<sup>74</sup>, 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 crisis<sup>75</sup>, no constituían ayudas estatales al no comprometer recursos públicos. El Tribunal mantuvo idéntico criterio en el caso *Piaggio*<sup>76</sup>, en el que también examinaba el régimen italiano de administración extraordinaria de empresas en crisis.

---

<sup>73</sup> El Tribunal dictó su fallo apartándose también de las conclusiones del Abogado General DARMON, presentadas el 17 de marzo de 1992.

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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.

<sup>76</sup> 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.

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de reiterar esta interpretación con motivo de la cuestión prejudicial que le fue planteada por el *Landgericht Kiel*<sup>77</sup> de Alemania, en la que se pedía que aclarase entre otras cuestiones<sup>78</sup> si 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, constituían ayudas estatales, cuestión que el Tribunal rechazó abiertamente<sup>79</sup>.

La vuelta de la jurisprudencia al criterio de los fondos estatales responde en realidad, como sugiere ARPIO<sup>80</sup>, 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 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 detec-

<sup>77</sup> 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*, nº 5324, 26.6.2001, pp. 1 a 4.

<sup>78</sup> La posible violación del artículo 28 CE.

<sup>79</sup> 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 *GJCE*, nº 212, marzo/abril, 2001, pp. 83 a 99.

<sup>80</sup> 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.

tado 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 KOVAR<sup>81</sup>, 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 CE<sup>82</sup>. Conviene que nos detengamos a exponer de manera resumida los principales problemas que el carácter suscita en esta modalidad de ayuda<sup>83</sup>.

#### 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 títu-

---

<sup>81</sup> KOVAR, R.: "Les prises...", op. cit., p. 113.

<sup>82</sup> 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).

<sup>83</sup> 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.

los representativos de capital de empresas mercantiles se regula por la Ley de patrimonio del Estado<sup>84</sup>. Conforme a dicha normativa, que regula también las actividades industrial y comercial del sector público<sup>85</sup>, 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 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 1984<sup>86</sup>.

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 locales<sup>87</sup>. Entre las numerosas decisiones adoptadas<sup>88</sup> podemos destacar, en primer término, las relativas a las empresas españolas en

---

<sup>84</sup> Artículos 100 a 105 del Texto articulado aprobado por el Decreto 1022/1964, de 15 de abril (BOE, nº 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 RD Ley 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, nº 72, de 25.3.1995, p. 9366). 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*, nº 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.

<sup>85</sup> Artículos 106 a 112 de la Ley y 204 a 213 del Reglamento.

<sup>86</sup> Vid. *supra* capítulo tercero, apartado 2.2.2.1.

<sup>87</sup> 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.

<sup>88</sup> Sin carácter exhaustivo, podemos citar: Decisión de 10 de marzo de 1982, relativa a la ayuda otorgada por el

las que la aportación se efectuaba por la Dirección General de Patrimonio del Estado (casos *Hytasa*, *Imepiel* e *Intelhorce*<sup>89</sup>). La Comisión destacó que Patrimonio del Estado formaba

---

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); 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 belga proyecta conceder a la siderurgia (DOCE L 227, de 19.8.1983, 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 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 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 28 de septiembre de 1984, relativa a unas ayudas otorgadas en 1981 y en 1982 en forma de préstamos participativos por un importe de 200 mills FF por el Gobierno francés a una empresa del sector papelerero, asunto *Châpelle Darblay I* (DOCE L 273, de 16.10.1984, p. 26); 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, de 14.8.1987, p. 45); Decisión de 25 de marzo de 1987, sobre las ayudas concedidas por el Gobierno francés a dos grupos siderúrgicos, asunto *Usinor-Sacilor II* (DOCE L 290, de 14.10.1987, p. 21); 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 7.5.1988, p. 38); asunto *Howaldtswerke Deutsche Werft*, (XVIII IPC 1988, apartado 189); asunto *Dalmine* (DOCE C 198, de 7.8. 1990, p. 6 y XVIII IPC 1988, apartado 210); asunto *SA Usines Textiles Ernaelsteen* (XVIII IPC 1988, apartados 212 y 213); 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 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); asunto *Orkem* (ex *CDF-Chimie*) (DOCE C 198, de 7.8.1990, p. 2); 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); *Mercosa*, *Olecca*, *Uteco-Jaén* y *Merco-Jaén* (DOCE C 315, de 15.12.1989 y XX IPC 1990, apartado 344.); 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 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); asunto *Banco de Sicilia y de la Cassa Centrale di Risparmio (Sicilcassa)* (DOCE C 160, de 26.6.1992); 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 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 España tiene previsto conceder a la empresa pública siderúrgica *Corporacion 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 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 (I) de 4 de abril de 1995, relativa a la ayuda que el land de Baviera tiene previsto conceder a las empresas *CECA Neve Maxhütte Stahlwerke GmbH*, *Sulzbach-Rosenberg*, *Lench-Stahlwerke GmbH*, *Meitingen-Herberstshofen* (DOCE L 253, de 21.10.1995, p. 22); 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 de 17 de julio de 1996, relativa a la ayuda concedida a la *Compagnie Générale Maritime* en el marco de su plan de reestructuración (DOCE L 40, de 9.1.1997, p. 40); 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).

<sup>89</sup> Decisión de 25 de marzo de 1992, relativa a las ayudas concedidas por España a *Hilaturas y Tejidos Andalu-*



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 públicas<sup>90</sup>.

En el caso del *Banco di Napoli*<sup>91</sup>, la Comisión calificó como ayuda estatal las medidas de saneamiento, de reestructuración y de privatización del Banco y, en particular, la ampliación del capital efectuada por el Tesoro por valor de 2 billones de liras italianas<sup>92</sup>. 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 grupo<sup>93</sup>.

Muy abundantes son también las decisiones adoptadas por la Comisión, respecto de las ayudas otorgadas mediante participaciones efectuadas por administraciones infraestatales,

---

ces, 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).

<sup>90</sup> 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).

<sup>91</sup> 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 orientada 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.

<sup>92</sup> 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.

<sup>93</sup> 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).

si bien sólo las de mayor importancia económica suelen tener repercusión comunitaria. Así, la aportación controvertida en el asunto *Intermills*<sup>94</sup> procedía de la región de Valonia, mientras que en el asunto *Sidal*, la suscripción de capital procedía de las autoridades regionales flamencas<sup>95</sup>. Por su parte, en el caso de las aportaciones de capital a la *Società Termini 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 privado<sup>96</sup>.

#### 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 instrumentos<sup>97</sup>. 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, agencias<sup>98</sup>, organismos autónomos...)<sup>99</sup> y aquellos otros cuya vinculación al poder público

<sup>94</sup> 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).

<sup>95</sup> 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, 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).

<sup>96</sup> Aiuti di Stato n° N 233/2000-Italia, Aumento di capitale per la società *Termini 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n233-00.pdf) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>97</sup> 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 "huída del Derecho administrativo". Sobre esta cuestión, vid., entre otros muchos, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: "Reflexiones sobre la huída del Derecho administrativo", en *RAP*, n° 140, mayo-agosto, 1996, pp. 25 a 67.

<sup>98</sup> 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 Casti-

se fundamenta en el Derecho privado.

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 jurídico<sup>100</sup>.

#### 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 regional<sup>101</sup>, el sostenimiento de determinados sectores estratégicos o ambas finalidades conjuntamente<sup>102</sup>, 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 las “...*organismos financieros, con vocación nacional, regional o secto-*

---

lla y León”, en *REE*, nº 13, mayo-agosto, 1996, pp. 101 a 112.

<sup>99</sup> 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, nº 4383, 29.9.1997).

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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.

<sup>102</sup> 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.

rial...”.

Estas entidades de creación y financiación pública<sup>103</sup> suelen incluir entre sus técnicas de apoyo o fomento<sup>104</sup>, 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 porcentaje<sup>105</sup>. Asimismo, pueden tener formas y estatutos jurídicos diferentes, sometidos al Derecho público o privado<sup>106</sup>. En este sentido, en el caso *Riedel- de Häen AG*, la Comisión decidió incoar una investigación formal<sup>107</sup> 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 pública<sup>108</sup>.

La Comisión tuvo ocasión de examinar la actividad de estas entidades y, con ello, afrontar el tema de las participaciones públicas en el capital de las empresas desde la perspectiva de las ayudas de Estado en el *II IPC 1972*<sup>109</sup>, a propósito de la Ley italiana nº 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 participacio-

<sup>103</sup> En la práctica suelen participar, además de las propias administraciones territoriales, otras entidades como las cajas de ahorros.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> 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.

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> Apartados 122 y ss. Sobre esta misma cuestión, vid. *infra* capítulo primero, apartado 5.1.

nes de capital en empresas que afrontaban diversos problemas<sup>110</sup>.

Como destaca HERMITTE<sup>111</sup>, 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 caso<sup>112</sup>. 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 DONY<sup>113</sup>, la Comisión ha mantenido tradicionalmente una posición extensiva del concepto de ayuda de Estado. La Comisión considera que actúan como *mandatarios de los poderes públicos*, planteando, sin embargo, que cuando actuaran por cuenta propia su actuación quedaría fuera del campo de aplicación de las ayudas de Estado<sup>114</sup>.

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)*<sup>115</sup>, 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 *Boch*<sup>116</sup>, en la que la Comisión apreció una ayuda estatal ilegal e incompatible, la aportación de capital había sido efectuada en dicha compañía por la *Société Régionale d'Investissement de Wallonie (SRIW)*<sup>117</sup>.

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> HERMITTE, M.A.: "Aides des Etats...", op. cit., pp. 2 y 3.

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> DONY, M.: "Les aides aux entreprises et le droit communautaire de la concurrence" en *CH du CRISP*, nº 1316, 1991, pp. 13 a 20, en particular pp. 18 a 20.

<sup>114</sup> 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.

<sup>115</sup> Decisión de 30 de noviembre de 1983, relativa a una ayuda del Gobierno belga en favor de un fabricante de fibras sintéticas (DOCE L 62, de 3.3.1984, p. 18).

<sup>116</sup> 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).

<sup>117</sup> Esta misma sociedad intervino en el expediente resuelto por la Decisión de 17 de abril de 1984, relativa a

Por su parte, en el asunto *Meura II*<sup>118</sup>, la aportación de capital controvertida procedía de *Technibra*, que era una sociedad pública de financiación, o en el asunto *Boussac Saint Frères*<sup>119</sup>, 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 a su filial *Société de Participation et de Restructuration Industrielle (SOPARI)*<sup>120</sup>.

De especial interés resulta el análisis del expediente abierto a Grecia a propósito de la *Organización para la Reconstrucción de Empresas, S.A. (ORE)*<sup>121</sup>, entidad creada por la Ley 1386/1983<sup>122</sup>, 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)<sup>123</sup>, sometiéndolo, no obstante, a severas condiciones<sup>124</sup>.

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

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, Société Régionale d'Investissement de Wallonie*) y una subvención de intereses del 5% sobre un préstamo de 19,6 mlls FB.

<sup>118</sup> 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).

<sup>119</sup> 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).

<sup>120</sup> En la propia decisión se destaca que el *IDI* poseía el 99,4% de *Sopari*.

<sup>121</sup> 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.

<sup>122</sup> 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).

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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 nº 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*.

otras de las decisiones relativas a *Forges de Clabecq*<sup>125</sup> y su sucesora *Duferco Clabecq*<sup>126</sup>, en las que la Comisión no detectó elementos de ayuda estatal.

Por lo que se refiere a España, la Comisión investigó en 1995 las actividades del *Instituto de Fomento de Andalucía (IFA)*<sup>127</sup>, 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)*<sup>128</sup>, la Comisión volvió de nuevo sobre sus actividades<sup>129</sup>. 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 sociedades<sup>130</sup>.

#### 4.2.2. Las sociedades de reconversión industrial

Un supuesto de especial interés es el de las entidades de reconversión industrial<sup>131</sup>. 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.

Las actividades llevadas a cabo por estas entidades para cumplir su objetivo fundacional pueden constituir potenciales ayudas de Estado y, en consecuencia, reclamar la interven-

<sup>125</sup> Decisión de 19 de diciembre de 1996 (DOCE L 106, de 24.4.1997, p. 30).

<sup>126</sup> DOCE C 20, de 22.1.1998, p. 3.

<sup>127</sup> Cfr. *XXV IPC 1995*, apartados 159 a 162.

<sup>128</sup> 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).

<sup>129</sup> 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).

<sup>130</sup> 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.

<sup>131</sup> Para una visión general de los procesos de reconversión industrial, vid. MALARET GARCÍA, E.: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Civitas, Madrid, 1991.

ción 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 Industrial*<sup>132</sup>. 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 declive<sup>133</sup>. 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 1991<sup>134</sup>. En esta Decisión se hace un repaso exhaustivo de la anterior práctica comunitaria sobre la actividad de estas 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 1988<sup>135</sup>, en la que consideró que los préstamos, que incluían eventualmente renuncias a títulos de crédito de una serie de sociedades de reconversión<sup>136</sup>, 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).

---

<sup>132</sup> Ley nº 675, de 12 de agosto de 1977 (*XIII IPC 1983*, apartado 231). También puede citarse el caso del *proyecto de ley nº 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).

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> No publicada en el DOCE y comunicada a las autoridades francesas mediante carta de 25 de febrero de 1988.

<sup>136</sup> *Sodinor, Solodev, Sodilor, Socadev, Somidev, Sodicentre, Sodicar y Sorid*.



Alude igualmente, en segundo término, a una decisión posterior de 31 de mayo de 1989<sup>137</sup>, 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 France*<sup>138</sup>, 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 Maritime*<sup>139</sup>.

De una manera más general, la decisión recoge conjuntamente los argumentos que habían conducido a considerar que la actuación de 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 clásicas<sup>140</sup>. 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 presupuestos<sup>141</sup>. 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.

---

<sup>137</sup> No publicada en el DOCE y comunicada a las autoridades francesas mediante carta de 15 de junio de 1989.

<sup>138</sup> 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n286-00.pdf) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>139</sup> Decisión de 14 de julio de 1989, comunicada por carta a las autoridades francesas el 16 de junio de 1989.

<sup>140</sup> 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.

<sup>141</sup> 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".

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 (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<sup>142</sup>”. Sin embargo, se estimó que eran compatible con el tratado las actividades de reconversión llevadas a cabo por estas sociedades, autorizándolas como ayudas regionales<sup>143</sup>.

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, preocupa-

<sup>142</sup> 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”.

<sup>143</sup> 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”.

do 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 interesados<sup>144</sup>. En el marco de esta investigación formal, la Comisión comparó 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 reconversión<sup>145</sup> 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

---

<sup>144</sup> 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 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*”.

<sup>145</sup> 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).

“*contratos de plan*” que vinculaban a los grupos públicos y al Estado francés en materia de recursos y objetivos. Además, salvo el caso de la sociedad de reconversión de *Elf Aquitaine* (*Sofrea*)<sup>146</sup>, 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 Justicia<sup>147</sup> 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 complementarias<sup>148</sup>.

#### 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 actuación propias de las empresas privadas<sup>149</sup>. En

---

<sup>146</sup>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.

<sup>147</sup> STJCE de 21 de marzo de 1991, Italia c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991 p.I-1433, apartado 21 (*ENI-Lanerossi*).

<sup>148</sup> Artículo 2 de la Decisión.

<sup>149</sup> ARIÑO ORTIZ, G.: *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993;

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 mixtas<sup>150</sup>. 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)*<sup>151</sup> 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 los asuntos económicos, a través de la Dirección General de Patrimonio del Estado<sup>152</sup>. 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 Parti-*

---

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.

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> El RDL 5/1995, de 16 de junio (BOE, nº 46, de 20.6.1995, p. 18412), 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, nº 158, de 4.7.1995, p.20269) y posteriormente dejado sin efecto por la Ley 5/1996, de 10 de enero (BOE, nº 11, de 12.1.1996, p. 815). 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; 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 octubre de 2001).

<sup>152</sup> Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “Reflexiones sobre las privatizaciones”, en *RAP*, nº 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)*.

*cipaciones Industriales (SEPI)*<sup>153</sup>, 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 Hacienda<sup>154</sup>.

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 empresariales<sup>155</sup>. Este factor 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.

---

<sup>153</sup> 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 RDL 15/1997, de 5 de septiembre (BOE, nº 214, de 6.9.1997, p. 26618), 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*.

<sup>154</sup> Cfr. Artículo 13 del RD 1330/2000, de 7 de julio, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Hacienda (BOE, nº 163, de 8.7.2000, p. 24615)

<sup>155</sup> 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 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 servizos de interese económico xeral", en *BFGE*, nº 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, nº 312, de 30.12.1999, p. 9027), en relación con las participaciones públicas en el sector eléctrico español.

En las primeras decisiones, recaídas en los asuntos *Leeuwarder*<sup>156</sup> y *Boch (I)*<sup>157</sup>, 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*<sup>158</sup>, que la prohibición de las ayudas formulada por el artículo 87.1 CE se aplica a las aportaciones de capital realizadas tanto por colectivos 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 europeos –principalmente italianos y españoles– esta cuestión será una de las que centre la polémica entre la Comisión y los Estados miembros<sup>159</sup>. 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 importe<sup>160</sup>.

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*<sup>161</sup>, del *EFIM*, en los expedientes relativos a *Veneziana Ve-*

<sup>156</sup> 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).

<sup>157</sup> 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).

<sup>158</sup> 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.

<sup>159</sup> 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 CURIEL (“Los casos *Eni-Lanerossi* y *Alfa Romeo*”, en *GJCEE*, 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).

<sup>160</sup> Mediante Decisión de 13 de enero de 1987, citada por RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 137. Cfr. *XVI IPC 1986*, apartado 231.

<sup>161</sup> 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).

tro<sup>162</sup> y *Aluminia/Comsal*<sup>163</sup> y, del *IRI* y *Finmeccanica*, en relación con la recapitalización del fabricante automovilístico *Alfa Romeo*<sup>164</sup>. En los recursos interpuestos por la República italiana<sup>165</sup> 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 Estado<sup>166</sup>.

Las autoridades italianas sostuvieron, como destaca COCCIA<sup>167</sup>, 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, recordando<sup>168</sup>, al hilo de la sentencia *Van der Kooy*<sup>169</sup>, que no era posible distinguir 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

<sup>162</sup> 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).

<sup>163</sup> 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 (*Grupo EFIM*) (DOCE L 118, de 9.5.1990, p. 42).

<sup>164</sup> 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).

<sup>165</sup> 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; STTratado CE de 3 de octubre de 1991, Italia c. Comisión, asunto C-261/89, Rec. 1991, p. I-4437.

<sup>166</sup> 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*, nº 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 19 a 25.

<sup>167</sup> COCCIA, M.: “Le partecipazioni statale italiane ...”, op. cit., especialmente pp. 981-982.

<sup>168</sup> 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.

<sup>169</sup> 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.



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 posterior<sup>170</sup>.

En efecto, en el expediente abierto por la Comisión con motivo del proyecto de ampliación de capital de *Iberia* por parte del grupo público *Teneo*<sup>171</sup>, 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 mercado<sup>172</sup>. 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<sup>173</sup>”. Sin embargo, la 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 *Intex*<sup>174</sup>, 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.

<sup>170</sup> 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).

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> Denominado “Programa de medidas de adaptación de Iberia al nuevo entorno competitivo”.

<sup>173</sup> 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 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*).

<sup>174</sup> DOCE C 403, de 23.12.1998, p. 7.

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”*.

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 *Enirisorse*<sup>175</sup>, 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 Wilcox*<sup>176</sup>, 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,*

---

<sup>175</sup> 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).

<sup>176</sup> DOCE C 249, de 8.8.1998, p. 3.

*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*<sup>177</sup>”.

#### 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 estatales<sup>178</sup>. El estudio de la práctica comunitaria revela numerosos ejemplos de la intervención de entidades públicas de crédito en operaciones de recapitalización de empresas

<sup>177</sup> 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.

<sup>178</sup> 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 AGRA (“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 GARCIA 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 général dans le secteur bancaire*. Este documento fue aprobado por la Comisión el 17.6.1998 y presentado al *ECOFIN* el 4.6.199. Esta disponible en francés, inglés y alemán en la dirección [europa.eu.int/comm/competition/state\\_aid/others/](http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/) (última consulta realizada en octubre de 2001).

públicas o privadas, asumiendo dichas entidades la condición de potencial concedente o beneficiario o incluso, ocupando ambas posiciones<sup>179</sup>.

La Comisión consideró como ayuda estatal la inyección de capital nuevo prevista en *Hellenic Shipyard*<sup>180</sup>, 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 *Elefsina*<sup>181</sup>, de los que dicho banco no era todavía accionista<sup>182</sup>. 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 France*<sup>183</sup> e igualmente estimó imputable al Estado la intervención temporal de la *Finanziaria Regionale Friuli Venezia Giulia SpA* y de 15 bancos públicos en la ampliación de capital de *Seleco SpA*<sup>184</sup>.

La recapitalización de *Crédit Lyonnais*<sup>185</sup>, en sus diversas fases y expedientes<sup>186</sup>, presenta, a su vez, la participación activa y pasiva de entidades públicas de crédito, cuya inter-

<sup>179</sup> 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 octubre de 2001).

<sup>180</sup> 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.

<sup>181</sup> 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.

<sup>182</sup> 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.

<sup>183</sup> Decisión de 27 de julio de 1994, sobre la suscripción por *CDC-Participations* (DOCE L 258, de 6.10.1994, p. 26).

<sup>184</sup> 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).

<sup>185</sup> 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).

<sup>186</sup> 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 ROCHEFORDIÈRE, 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.

vención 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 GmbH*<sup>187</sup>, dicha ciudad había adquirido el control de la compañía mediante el *Hamburgische Landesbank Girozentrale*, entidad financiera pública que en realidad actuaba como fiduciaria suya.

Por su parte, en el asunto *Avenir Graphique (AG)*<sup>188</sup> 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 Hermet*, 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)*<sup>189</sup>. 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 Entrepreneurs (CDE)*<sup>190</sup>, 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

---

<sup>187</sup> 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, p. 31).

<sup>188</sup> 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).

<sup>189</sup> 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).

<sup>190</sup> 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.

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 GmbH* (Turingia)<sup>191</sup>, 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 Aufbau-bank (TAB)*<sup>192</sup>. 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 estatal<sup>193</sup>.

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 pública, así como por su peculiar estatuto jurídico<sup>194</sup>.

La especial 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*<sup>195</sup>, con respecto de los depósitos

---

<sup>191</sup> Asunto *Everts Erfurt GmbH* (DOCE C 37, de 4.2.1998, p. 8).

<sup>192</sup> 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.

<sup>193</sup> 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)*.

<sup>194</sup> Vid. con carácter general, FRANCH i SAGUER, M.: *Intervención administrativa sobre bancos y cajas de ahorros*, Civitas, Madrid, 1992.

<sup>195</sup> *Crédit Agricole* es una agrupación de sociedades mutualistas, alguna de las cuales 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.

de los notarios en los municipios rurales, que la Comisión reputó finalmente constitutivos de ayuda estatal, instando a su supresión<sup>196</sup>.

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 públicos<sup>197</sup> que, en numerosos casos, han participado de manera directa en su creación<sup>198</sup>. 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 dominante de la Administración tutelante<sup>199</sup>. De ello deriva que su actividad pueda

<sup>196</sup> 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 1<sup>st</sup> October and 31<sup>st</sup> December 2000", en *EC Comp. Pol. News.*, n.º 1, february, 2001, pp. 52 a 58, en especial pp. 54 y 55.

<sup>197</sup> Esta cuestión es abordada claramente por FRANCH MENEU ("Sobre cajas de ahorro y competencia", en *GJCE*, n.º 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.

<sup>198</sup> 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.

<sup>199</sup> 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 (DOGA n.º 137, de 18.7.1985, y BOE, n.º 226, de 20.9.1985, p. 29726), 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 (DOGA, n.º 117, de 14.6.1996, p. 5852, y BOE, n.º 184, de 31.7.1996, p. 23648), en relación con de los incentivos públicos, en cuyo apartado 1º 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 2º 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).

quedar sometida, en su caso, a las reglas comunitarias sobre ayudas estatales. 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 1984<sup>200</sup>, con el único límite de la aplicación, en su caso, de la regla *de minimis*.

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 France*<sup>201</sup>, o la más reciente relativa a las ayudas a favor de la entidad bancaria pública francesa *Crédi Foncier de France*<sup>202</sup>.

En este último expediente se analizan las medidas de apoyo oficiales articuladas para re-flotar 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 *CFE* 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 crisis<sup>203</sup>.

#### 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 la aparición del capital-

---

<sup>200</sup> Sobre esta cuestión vid. *infra* capítulo tercero, apartado 2.2.2.

<sup>201</sup> 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).

<sup>202</sup> 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).

<sup>203</sup> DOCE C 368, de 23.12.1994, p. 12.



riesgo<sup>204</sup> (*venture capital*<sup>205</sup>) 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 externa<sup>206</sup>. Su introducción en nuestro Derecho se produjo con el RDL de 14 de marzo de 1986, de Medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales y laborales<sup>207</sup>, 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 gestoras<sup>208</sup>.

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

<sup>204</sup> 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*, nº 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.

<sup>205</sup> 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 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*, nº 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.

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> Artículos 12 a 20. BOE, nº 73, de 26.3.1986. En relación con las expectativas que creaba su creación, vid. *Situación*, nº 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, nº 306, de 23.12.1987 y nº 307, de 24.12.1987), que modifica los artículos 13.3 y 14 del RDL 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, nº 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, nº 139, de 18.6.1996, p. 18977), 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*, nº 63, julio-septiembre, 1996, pp. 833 a 836.

<sup>208</sup> BOE, nº 5, de 6.1.1999, p. 366. Sobre su actual regulación, vid. MADRID PARRA, A.: “Instituciones...”, op. cit., pp. 447 a 449.

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 empresas<sup>209</sup> 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, podemos destacar sendos expedientes abiertos por la Comisión a propósito de la actuación de dos fondos de capital-riesgo públicos. El primero de ellos tiene por objeto la actividad desarrollada por el *Viridian Growth Fund*<sup>210</sup>, 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 destinatarias, sino también para las empresas privadas que participan en el mismo. En el segundo de ellos, la Comisión dirige su interés acerca del cumplimiento de las condiciones exigidas para las ayudas a las PYMES en relación con el proyecto británico de creación de fondos de capital-riesgo regionales, cofinanciados con recursos públicos y privados<sup>211</sup>.

Es preciso destacar, sin embargo, que estas instituciones se han convertido en un importante instrumento financiero tanto para el desarrollo regional<sup>212</sup> como para facilitar el acce-

---

<sup>209</sup> 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 (Dº mercantil)”, en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, op. cit., pp. 6349 a 6356, en concreto pp. 6349 y 6350.

<sup>210</sup> Cfr. IP/00/848, de 28 de julio de 2000 (*Aides d’Etat: La Commission examine le cas d’un fond de capital-riesque en Irlande du Nord*).

<sup>211</sup> IP/00/1177, de 18 de octubre de 2000 (*La Commission ouvre la procédure sur les aides d’Etat a l’encontre des fonds regionaux de capital-riesque en Angleterre*).

<sup>212</sup> 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 *GJCE*, 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 dichas SCR, contemplando simultáneamente otros aspectos como la generación de empleo, o la dinamización del sector industrial regional”.

so a la financiación de las 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 estructurales<sup>213</sup>.

En este contexto, resulta necesario destacar el caso de las entidades de capital-riesgo cuyos recursos se nutren en parte con fondos comunitarios<sup>214</sup>. En efecto, con cargo a fondos estructurales, que necesariamente habrían de concurrir con otros nacionales (públicos y privados), se prevé la posibilidad de constituir entidades de capital-riesgo en el Reglamento (CE) nº 1685/2000 de la Comisión, de 28 de julio de 2000<sup>215</sup>, que contiene las disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) nº 1260/1999 del Consejo, de 21 de junio de 1999<sup>216</sup>, 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 nº 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 cartera<sup>217</sup>,

<sup>213</sup> 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](http://www.oecd.org) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>214</sup> 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.

<sup>215</sup> DOCE L 193, de 29.7.2000, p. 39.

<sup>216</sup> DOCE L 161, de 26.6.1999, p. 1.

<sup>217</sup> 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.

previando 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 condiciones<sup>218</sup>:

- 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.
- 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 existente<sup>219</sup>. 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 estructurales<sup>220</sup>.
- 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 viables<sup>221</sup>, estándole expresamente prohibida la inversión en empresas en dificultades<sup>222</sup>.

---

<sup>218</sup> Apartado 2.

<sup>219</sup> 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.

<sup>220</sup> Cfr. Apartados 3 y 4 del artículo 29 del Reglamento (CE) n° 1260/1999.

<sup>221</sup> 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.

<sup>222</sup> 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).

- 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.
- 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 estatales<sup>223</sup>. 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%<sup>224</sup>.
- 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

---

<sup>223</sup> Apartado 3°.

<sup>224</sup> 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.

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 equipos 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 2001<sup>225</sup>.

#### **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.

Como ya tuvimos ocasión de comentar<sup>226</sup>, la primera ocasión en la que la Comisión analizó la actividad de los Fondos de Garantía de Depósitos desde la perspectiva del con-

---

<sup>225</sup> 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*, nº 2, June, 2001, pp. 1 a 3.

<sup>226</sup> RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “Las entidades...”, op. cit., p. 103.

trol 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 España<sup>227</sup>. 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 recapitalización<sup>228</sup>.

Por lo que se refiere al expediente de las ayudas de Estado, es ciertamente escasa la información de que se dispone<sup>229</sup>. Además de la nota de prensa oficial facilitada por los servicios de la Comisión<sup>230</sup>, la única mención concreta a este expediente se contiene en el *XXIV Informe sobre la Política de la Competencia*<sup>231</sup> en el que la Comisión da cuenta de su decisión de autorizar la operación de salvamento de la entidad llevada a cabo por el

<sup>227</sup> 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, n.º 311, de 29.12.1993, p. 37469). 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*, n.º 7, 1990, pp. 47 y ss.

<sup>228</sup> Cfr. Notificación previa de una operación de concentración (Caso n.º 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 considerar la compatible con el mercado común (en aplicación del Reglamento (CEE) n.º 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 *GJCE*, D-29, septiembre, 1998, pp. 207 a 244.

<sup>229</sup> Al tratarse de una decisión que se adoptó tras el examen preliminar y sin incoar la 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..

<sup>230</sup> 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.

<sup>231</sup> Apartado 378 del citado informe, correspondiente a 1994.

FGD<sup>232</sup>, 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 FGD<sup>233</sup>, 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 Comisión<sup>234</sup>.

<sup>232</sup> 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*.

<sup>233</sup> 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 LARGO GIL (“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*, nº 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.

<sup>234</sup> 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. PINEL 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 RDL 12/1995, de 28 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera (BOE, de 30.12.1995), completándose después con el RD 2606/1996, de 20 de diciembre (BOE, 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*, nº 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*, nº 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.



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)<sup>235</sup>.

El presupuesto de toda intervención es, como expone GAMERO<sup>236</sup>, una previa situación de crisis y su finalidad la de superarla, promoviendo el saneamiento de la entidad. Siguiendo a ZUNZUNEGUI<sup>237</sup>, 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 entidad<sup>238</sup>, la reestructuración de su patrimonio supone la modificación de su estructura social para superar la crisis.

Como destaca GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>239</sup>, 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 crisis<sup>240</sup>. Pero como también recuerda el mismo autor, el elevado coste de esta función y el

<sup>235</sup> 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 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”.*

<sup>236</sup> GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., p. 388.

<sup>237</sup> ZUNZUNEGUI PASTOR, F.: *Ordenación bancaria*, Espasa, Madrid, 1992, pp. 325 y ss.

<sup>238</sup> 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 RDL 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.

<sup>239</sup> GARCIA DE ENTERRIA, J.: “La reforma del régimen...”, op. cit., pp. 569 a 594.

<sup>240</sup> 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.

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 saneamiento<sup>241</sup>).

La técnica que se ha seguido comúnmente para el saneamiento financiero de los bancos en crisis ha sido la denominada “operación acordeón<sup>242</sup>”, 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*<sup>243</sup>”. En el caso de que se lleve a cabo la operación requerida<sup>244</sup>, el FGD podrá suscribir la ampliación de capital, en la parte no 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 preferente<sup>245</sup>. De esta

<sup>241</sup> 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*”.

<sup>242</sup> 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*, n° 15, julio-septiembre, 1995, pp. 243, con amplia bibliografía.

<sup>243</sup> GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit. p 400.

<sup>244</sup> 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.

<sup>245</sup> 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.

manera, el FGD adquiere el control de la entidad, de forma transitoria<sup>246</sup>. Con posterioridad a esta recapitalización se produce su reversión al sector privado, donde sus nuevos adquirentes deberán asumir la tarea de culminar el saneamiento<sup>247</sup>.

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 CE<sup>248</sup>. 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 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).

---

<sup>246</sup> 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.

<sup>247</sup> GAMERO CASADO, E.: *La intervención de empresas...*, op. cit., p. 404 y notas 116 a 118.

<sup>248</sup> 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.

Como apunta GAMERO<sup>249</sup>, 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 asunto Banesto, así como de los asuntos posteriores analizados por la Comisión<sup>250</sup> 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, entendiéndose que, aunque formalmente las aportaciones tenían este carácter, era económicamente necesaria por ser un requisito imprescindible para acceder a la financiación del Banco de España<sup>251</sup>; 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*.

<sup>249</sup> 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 interpretar 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.

<sup>250</sup> 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).

<sup>251</sup> 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.

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 Europea<sup>252</sup>. Además, las aportaciones del Banco de España han pasado a tener un carácter excepcional<sup>253</sup>. Se mantiene, no obstante, la importante presencia del Banco de España en las correspondientes comisiones gestoras de los fondos<sup>254</sup>, 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 Monetaria<sup>255</sup>.

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)*<sup>256</sup>.

La Comisión ya había examinado con anterioridad una primera operación de recapitalización<sup>257</sup> efectuada por las autoridades italianas tras la conversión en sociedades anónimas

<sup>252</sup> Cfr. Artículo 5 RD 2606/1996.

<sup>253</sup> Cfr. Artículo 3.4 RD 2606/1996.

<sup>254</sup> 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.

<sup>255</sup> 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.

<sup>256</sup> 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.

<sup>257</sup> 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 y de la Ley regional de 19 de junio de 1991, respectivamente.

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.

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 Italia<sup>258</sup>. 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 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 de-

---

<sup>258</sup> 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 Depositi Bancari*”, en *RDBB*, 1987, pp. 341 a 377.

*be 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<sup>259</sup>”. 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*”<sup>260</sup>”.

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.

---

<sup>259</sup> 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*”.

<sup>260</sup> 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 condicionalmente 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.

## 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 competencia<sup>1</sup>.

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 adoptar, 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 clara<sup>2</sup>: 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 cuantificación<sup>3</sup>. 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.

---

<sup>1</sup> Sobre esta cuestión, vid. *supra* capítulo primero, apartado 3.3.

<sup>2</sup> 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, nº 189, de 9.8.1993, p. 24050) y el artículo 3.1.d del RDL 2/2000, de 16 de junio (BOE, nº 148, de 21.6.2000, p. 21775), que aprueba el Texto refundido de la Ley de contratos de las administraciones públicas.

<sup>3</sup> 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.



En este punto y de manera casi simultánea<sup>4</sup>, tanto el Departamento de Comercio estadounidense, como la Comisión Europea van a coincidir 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 estatales<sup>5</sup>. 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.

---

<sup>4</sup> 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-DEMARET, S.: “Jurisprudence commettée...”, op. cit., pp. 296 a 303), quien alude a la figura del “*bonus pater familias*”.

<sup>5</sup> 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 COCCIA<sup>6</sup>, 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 GATT<sup>7</sup>. 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*<sup>8</sup>, también denominado *creditworthiness/equityworthiness test*<sup>9</sup>.

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 norteamericana<sup>10</sup>, el DOC sólo investiga las subvenciones internas concedidas a empresas extranjeras cuando proceden de un gobierno extranjero<sup>11</sup>, 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-riesgo<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> COCCIA, M.: “Comment on Public Undertakings...”, op. cit., p. 145.

<sup>7</sup> Sobre esta cuestión, vid. *supra* capítulo primero, apartado 2.1.

<sup>8</sup> HENDERSON, R.C.: “The Private Investor Theory: ITA Equity and Credit Decisions Since 1984”, en *WC*, nº 33, June, 1988, pp. 6 a 27.

<sup>9</sup> La noción de *creditworthiness* hace referencia al capital aportado a título de deuda y la de *equityworthiness* al aportado a título de capital.

<sup>10</sup> 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.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Para valorar el sentimiento de rechazo que suscitaba en las empresas norteamericanas la competencia de empresas públicas, principalmente europeas, a causa de las subvenciones 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.

Como destaca PAPPALARDO<sup>13</sup>, 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 1979<sup>14</sup> 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*<sup>15</sup> y *Grain Oriented Silicon Electrical Steel from Italy*<sup>16</sup>.

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. El Departamento de Comercio 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 centraban en el origen de los fondos aportados a la empresa. En efecto, la denunciante había alegado que *Terni*, un fabricante italiano de acero, 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.

---

<sup>13</sup> PAPPALARDO, A.: "Public Undertakings...", op. cit., p. 131.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 44 FR 10.451 (1979).

<sup>16</sup> 44 FR 10.452 (1979).

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 comerciales<sup>17</sup>.

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 capital<sup>18</sup>.

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 estructural<sup>19</sup>. 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 po-

---

<sup>17</sup> 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.

<sup>18</sup> En este sentido, vid. HENDERSON, R.C.: “The Private Inversor Theory...”, op. cit., pp. 6 y ss.

<sup>19</sup> 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.

dría llevar aparejada la adopción unilateral por parte de las autoridades norteamericanas de las correspondientes medidas compensatorias<sup>20</sup>.

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*<sup>21</sup>. 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 en estudios de mercado, previsiones nacionales o industriales, y proyectos y valoración de préstamos, cuando se disponga de estos tipos de análisis*”<sup>22</sup>.

## 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

---

<sup>20</sup> 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 Inversor Theory...”, op. cit., pp. 7 a 27, y en PAPPALARDO, A.: “Public Undertakings...”, op. cit., pp. 132 a 136.

<sup>21</sup> 49 FR 18006, 18024 (DOC 1984. *Final determination. Subsidies appendix*), citado por HENDERSON, R.C.: “The Private Inversor Theory...”, op. cit., p. 6.

<sup>22</sup> 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*”.

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.

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 DIDIER<sup>23</sup> por la solución propugnada por la Administración Federal norteamericana 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* norteamericana 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.

---

<sup>23</sup> 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.

Por lo que atañe a la Unión Europea, primero el artículo 4<sup>24</sup> del Reglamento (CE) n° 3284/94 del Consejo, de 22 de diciembre de 1994<sup>25</sup> y, posteriormente, el artículo 6 del vigente Reglamento (CE) n° 2026/97 del Consejo, de 6 de octubre de 1997<sup>26</sup>, han recogido de manera casi idéntica<sup>27</sup> 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*<sup>28</sup>. En concreto, respecto a las *aportaciones de capital social por los poderes públicos*<sup>29</sup>, 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 1930<sup>30</sup>, así como la correspondiente adaptación de las reglamentaciones del DOC<sup>31</sup>. Debemos hacer, sin embargo, una mención especial a propósi-

---

<sup>24</sup> Este precepto tiene como rúbrica general la de “cálculo del importe de la subvención sujeta a derechos compensatorios”.

<sup>25</sup> 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).

<sup>26</sup> 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).

<sup>27</sup> 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.

<sup>28</sup> 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).

<sup>29</sup> 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.

<sup>30</sup> Sobre este punto, vid. *infra* capítulo primero, apartado 2.3 *in fine*.

<sup>31</sup> 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.*).

to de la *Final Rule* sobre medidas compensatorias aprobada el 25 de noviembre de 1998<sup>32</sup>, 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 debate<sup>33</sup>, 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.<sup>34</sup>. 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 elaboración<sup>35</sup>, que llevaron a reevaluar ciertos aspectos fundamentales, como la naturaleza y las circunstancias que rodean la compra de acciones por las autoridades públicas 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 1930<sup>36</sup> establece en su párrafo (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 inver-*

---

<sup>32</sup> 19 CFR Part 351, subpart E (351.501 a 527), publicado en 63 FR at 65348 (1998).

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> 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..

<sup>35</sup> 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/](http://www.ia.ita.doc.org/cvd-cmts/) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>36</sup> 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).



sores 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 privado<sup>37</sup>.

### 2.2.1. Primer método: *private investor prices available*

El primer método de evaluación<sup>38</sup> 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 razonablemente concurren con éstas, ajustando el precio, cuando sea preciso, para reflejar las posibles diferencias entre las acciones<sup>39</sup>. El propio DOC reconoce que este método resulta, sin embargo, inaplicable si los posibles precios de referencia no son significativos<sup>40</sup>. Es preciso además que la participación del sector privado sea 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

---

<sup>37</sup> 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 párrafo (a)(1) de la propuesta de reglamentación de 1997.

<sup>38</sup> Cfr. 19 CFR Part 351.507.(2)(i)(ii)(iii)(iv).

<sup>39</sup> Vid. *Certain Fresh Atlantic Groundfish from Canada*, 51 FR 10047 (March 24, 1986).

<sup>40</sup> 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.

el de acudir directamente al criterio de la *equityworthiness*. La propia reglamentación explica las razones de este cambio de criterio<sup>41</sup>, 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 recibido<sup>42</sup>. 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.

### 2.2.2. Método segundo: *actual private investor prices unavailable*

El segundo método<sup>43</sup> 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 1998<sup>44</sup> como con las anteriores<sup>45</sup>. 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.

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> Cfr. 19 CFR section 351-507 at 65373.

<sup>43</sup> Cfr. 19 CFR part 351.507.(3)(4)(5)(6)(7).

<sup>44</sup> 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](http://www.access.gpo.gov/su_docs) (*National Archives and records Administration. Federal Register Online via GPO Access*) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>45</sup> 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)).

Como ya se venía analizando con anterioridad a la aprobación de la reglamentación de 1998<sup>46</sup>, 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, 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 este análisis 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

---

<sup>46</sup> En relación con la práctica anterior del DOC, vid. lo señalado en el apartado 1.1 de este capítulo.

posterioridad hubiera recibido la empresa analizada<sup>47</sup>. 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*).

En el caso de que el *equityworthiness 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 siderúrgica<sup>48</sup> y a la construcción naval<sup>49</sup>; si bien, como destaca PAPPALARDO<sup>50</sup>, 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*”<sup>51</sup>.

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.

---

<sup>47</sup> 351.507.(4)(iii): “*relevancia de subvenciones previas*”.

<sup>48</sup> 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).

<sup>49</sup> 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. ABBAMONTE, 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.

<sup>50</sup> Cfr. PAPPALARDO, A.: “Government Equity...”, op. cit., p. 231.

<sup>51</sup> *II IPC 1972*, Apartado 122.

La jurisprudencia, por su parte, también reconoció con prontitud este principio, aunque no hay acuerdo entre los autores a la hora de fijar la primera sentencia del Tribunal de Justicia que confirma la validez de la aplicación de este principio. Así, mientras PAPPALARDO<sup>52</sup> y KOVAR<sup>53</sup> se remiten a la STJCE en el asunto *Leeuwarden Papierwarenfabriek BV*, de 13 de marzo de 1985<sup>54</sup>, otros como BIANCARELLI<sup>55</sup>, ABBAMONTE<sup>56</sup>, BAUDENBACHER<sup>57</sup> o KEPPE<sup>58</sup>, lo hacen a la STJCE en el asunto *Meura*, de 10 de julio de 1986<sup>59</sup>. En ambos casos el Tribunal enjuiciaba aportaciones públicas de capital<sup>60</sup>.

En el asunto *Leeuwarden*, la Comisión decidió<sup>61</sup> 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.

Esta argumentación es aceptada por el Tribunal<sup>62</sup>, que reconoce que el carácter de ayuda de la participación litigiosa vendría determinado por la imposibilidad de la empresa de ob-

<sup>52</sup> PAPPALARDO, A.: “Les participations de l’Etat...”, op. cit., p. 306.

<sup>53</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., p. 122.

<sup>54</sup> Reino de los Países Bajos y *Leeuwarder Papierwarenfabriek B.V.* c. Comisión, asuntos acumulados 296 y 318/82, Rec. 1985, p. 809.

<sup>55</sup> BIANCARELLI, J.: “Le contrôle de la Court de Justice des Communautés Européennes en matière d’aides publiques”, en *AJDA*, nº 6, de 20.6.1993, pp. 412 a 436, especialmente p. 415.

<sup>56</sup> ABBAMONTE, G.B.: “Market Economy...”, op. cit., p.260

<sup>57</sup> BAUDENBACHER, C.: *A Brief Guide to European State Aid Law*, Kluwer Law International, The Hague, 1997, p. 13.

<sup>58</sup> KEPPE, G.P.: *Guide...*, op. cit., p. 39.

<sup>59</sup> Reino de Bélgica c. Comisión, asunto 234/84, Rec. 1986-7, p. 2263. ARPIO SANTACRUZ (*Las ayudas...*, op. cit., p. 69) se remonta incluso a la sentencia en el asunto *Intermills* (STJCE de 14 de noviembre de 1984, asunto 323/82, Rec. 1984, p. 3809).

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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).

<sup>62</sup> El TJCE estimó, sin embargo, por otros motivos, el recurso de anulación presentado contra la Comisión.

tener 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)<sup>63</sup>.

Por su parte, en el caso *Meura*, el reconocimiento efectuado por el Tribunal es mucho más claro. El Tribunal enjuiciaba la decisión de la Comisión<sup>64</sup> 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”*<sup>65</sup>.

Las sentencias posteriores han subrayado la legalidad de este principio, limitándose a verificar su correcta aplicación<sup>66</sup> y a matizar su interpretación por parte de la Comi-

<sup>63</sup> Considerando 20.

<sup>64</sup> 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).

<sup>65</sup> 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 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.

<sup>66</sup> Debe tenerse en cuenta que la STJCE de 29 de febrero de 1996. Reino de Bélgica c. Comisión, asunto C-56/93 (Rec. 1996, p. I-723), considerando 11: que *“(c)omo se trata de una valoración económica compleja, procede igualmente recordar que, según reiterada jurisprudencia, el control jurisdiccional de un acto de la Comisión que implique una apreciación de esta naturaleza debe limitarse 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 impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder (véanse, en particular, las Sentencias de 29 de octubre de 1980, Roquette Frères/Consejo, 138/79., Rec. p. 3333, apartado 25; de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, asuntos acumulados 142/84 y 156/84., Rec. p. 4487, apartado 62; de 10 de marzo de 1992, Ricoh/Consejo, C-174/87., Rec. p. I-1335, apartado 68; y de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión, C-225/91., Rec. p. I-3203, apartado 25)”*. Más recientemente, en el mismo sentido 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 T-127/96, Rec. 1998, p. II-3437, considerando 81.

sión, tanto en supuestos de participación en el capital como en otras modalidades de ayuda<sup>67</sup>.

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, 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. COMUNICACIONES

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 di-

---

<sup>67</sup> 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 GmbH 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 “acreeedor 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.

rectrices 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 horizontal<sup>68</sup>, 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).

### 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 1984<sup>69</sup>. En efecto, en esta Comunicación, la Comisión expone y analiza tres situaciones, en las que, siguiendo el método del semáforo<sup>70</sup>, 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*)<sup>71</sup>.

Para la Comisión *no existe ayuda de Estado (luz verde)*<sup>72</sup> en la adquisición total o parcial de una participación en el capital de una empresa existente, cuando no haya, en reali-

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> A propósito de esta Comunicación, vid. lo ya expuesto *supra* capítulo primero, apartado 5.6.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> Apartado 3.1 de la Comunicación.



dad, 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 operase en condiciones normales de mercado<sup>73</sup>.

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 ellos<sup>74</sup>.

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

---

<sup>73</sup> Acerca de la noción de “*capital nuevo*”, vid. *supra* capítulo segundo, apartado 1.2.

<sup>74</sup> Enumeración efectuada en el apartado 3.2, números *i*) a *vi*) de la Comunicación.

misma, no es significativa, parece que sólo cabría excluir la presencia de ayuda estatal cuando concurren nuevamente las condiciones del segundo supuesto.

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*<sup>75</sup>.

Finalmente, la Comisión reserva una séptima hipótesis, para las empresas innovadoras. Para la Comisión, un inversor privado que operase 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 riesgo, a la que, en consecuencia, se debe exigir una mayor perspectiva de rentabilidad.

---

<sup>75</sup> Cfr. apartado 4.2 y el capítulo tercero de este trabajo, apartado 2.2.2.1, letra a.

Por el contrario, para la Comisión *existen elementos de ayuda estatal (luz roja)*<sup>76</sup> 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 in-viables de una empresa en dificultades mediante la constitución de una nueva entidad jurídica<sup>77</sup>.

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.

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 PYMES<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> En relación con este supuesto, vid. lo señalado en el capítulo segundo, apartado 2.2.1.

<sup>78</sup> Vid *supra* apartado 3.2. de la citada comunicación.

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)*<sup>79</sup>, 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 adquiera 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 descritas<sup>80</sup>.

### 3.1.2. La Comunicación dirigida a las empresas públicas del sector de fabricación

La Comunicación de 1993, relativa a las empresas públicas del sector de fabricación<sup>81</sup>, 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 VII<sup>82</sup> la viabilidad de este principio, de acuerdo con su práctica consolidada, y va a exponer las reglas básicas pa-

<sup>79</sup> Apartado 3.4, números *i* e *ii*).

<sup>80</sup> 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*).

<sup>81</sup> *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.

<sup>82</sup> Apartados 27 a 31 y 34 a 44.

ra 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 privados<sup>83</sup>.

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 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.

---

<sup>83</sup> 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.

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 conjunto<sup>84</sup>, debiendo disponer para adoptar esta decisión de información “suficiente y adecuada”<sup>85</sup>.

La Comisión dedica su capítulo VII a exponer los elementos que tendrá en cuenta para

---

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> 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.

evaluar diversas modalidades de intervención financiera pública<sup>86</sup>: aportaciones de capital<sup>87</sup>, garantías<sup>88</sup>, préstamos<sup>89</sup> y rendimientos de las inversiones<sup>90</sup>. 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 estatal<sup>91</sup> 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 accionistas<sup>92</sup> de empresas cuyo capital haya descendido a causa de pérdidas continuas por debajo de un nivel predeterminado<sup>93</sup>. 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, inclui-

---

<sup>86</sup> 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.

<sup>87</sup> Apartados 35 a 37.

<sup>88</sup> 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).

<sup>89</sup> Apartados 39 a 42.

<sup>90</sup> Apartados 43 y 44.

<sup>91</sup> Cfr. Apartado 3.3, número *i*) de la Comunicación de 1984 con el apartado 35 de la Comunicación de 1993.

<sup>92</sup> Aunque la Comisión habla de inversores y no de accionistas, entendemos que este último es el término correcto.

<sup>93</sup> Como recuerda RODRÍGUEZ CURIEL (“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.

da 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 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 principios<sup>94</sup>.

### **3.1.3. El principio del inversor privado en otras comunicaciones y directrices**

---

<sup>94</sup> Sobre esta cuestión, vid. lo señalado supra en el apartado 2.3 del capítulo segundo respecto de las “aportaciones negativas”.



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*<sup>95</sup>, que constituye el referente inmediato de las decisiones adoptadas por la Comisión acerca de las ayudas estatales a las compañías aéreas<sup>96</sup>.

A propósito de las ayudas otorgadas en forma de participación en el capital y de la aplicación del principio del inversor privado en una economía de mercado<sup>97</sup>, 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 flota<sup>98</sup>, que puede constituir un factor importante en la valoración de la eficacia

---

<sup>95</sup> 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).

<sup>96</sup> A pesar de que las primeras decisiones adoptadas por la Comisión en relación con las grandes compañías aéreas de bandera europeas 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).

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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

cia 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*<sup>99</sup>, 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 de 1994<sup>100</sup>. 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 respeto<sup>101</sup>. 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 Estado<sup>102</sup>.
- 3) La necesidad de garantizar el respeto de los niveles mínimos de solvencia no permite

---

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.

<sup>99</sup> 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.

<sup>100</sup> DOCE C 288, de 9.10.1994, p. 2.

<sup>101</sup> 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*”.

<sup>102</sup> 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*”.

que se pueda restablecer “*a toda costa y por cualquier medio*”<sup>103</sup>”. En consecuencia, aunque la legislación nacional 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 privado<sup>104</sup>.

Entre las directrices horizontales, las relativas a las ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, tanto en su versión de 1994<sup>105</sup> como en la de 1999<sup>106</sup>, contienen también algunas referencias a la aplicación de este principio. A este respecto, merece destacarse que la versión de 1994 emplea 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 mercado<sup>107</sup>.

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 compensatorios<sup>108</sup>. 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

---

<sup>103</sup> 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.

<sup>104</sup> 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.

<sup>105</sup> DOCE C 288, de 9.10.1994, p. 2.

<sup>106</sup> 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).

<sup>107</sup> Las comunicaciones y directrices anteriores hablaban de *plazo o período “razonable”* o de “*explicación razonable*”, pero no de “*inversor racional*”.

<sup>108</sup> 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.

aportaron capital social, reconociendo, no obstante, que aplicará dicho criterio caso por caso, tratando de combinar la práctica comunitaria en materia 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 consideración<sup>109</sup>. 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 ayudas<sup>110</sup>. 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 poderes 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

---

<sup>109</sup> 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.

<sup>110</sup> En relación con el concepto de “régimen de ayudas”, vid. *supra* el apartado 2.2.2 del capítulo tercero de este trabajo.

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 ventaja<sup>111</sup>. 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<sup>112</sup>.

### **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 actua-

---

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> 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.

rá 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*” o incluso de “*inversor perspicaz*”<sup>113</sup>.

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 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*<sup>114</sup> o *Head Tyrolia Mares*<sup>115</sup>, 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 KEPPENNE<sup>116</sup>, 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 re-

---

<sup>113</sup> 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.

<sup>114</sup> Decisión de 4 de abril de 1995 relativa a la ayuda que el land de Baviera tiene previsto conceder a a las empresas CECA *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH*, *Sulzbach-Rosemberg*, *Lench-Stahlwerke GmbH*, *Meitingen-Herberstshofen* (DOCE L 253, de 21.10.1995, p. 22).

<sup>115</sup> 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).

<sup>116</sup> KEPPENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 47 a 49.

sultará 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 KOVAR<sup>117</sup>, 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 presunciones<sup>118</sup>, 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 afirmarla<sup>119</sup>, en función de que concurren determinadas condiciones: 1) el carácter privado del inversor; 2) la proporcionalidad de la inversión, y 3) su significación económica.

---

<sup>117</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., p. 117.

<sup>118</sup> En este sentido, vid. KEPPELNE, G.P.: *Guide...*, op. cit., p. 41.

<sup>119</sup> 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, nº 116, de 15.5.1993, p. 14711), 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*”.

### 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 públicos<sup>120</sup>.

En este sentido, en el examen de la decisión relativa a la ampliación de capital de *Crédit Lyonnais*<sup>121</sup> 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 *KEPPENNE*<sup>122</sup>, en relación con su decisión de archivar el expediente abierto a propósito de las ayudas concedidas a la empresa alemana *Klöckner Stahl GmbH*, de Duisburg<sup>123</sup>. El organismo comunitario consideró a estos efectos como un “*accionista privado*” a la empresa pública *Sidmar*, en atención a que su comportamiento se ha-

---

<sup>120</sup> En relación con esta cuestión, vid. *supra* apartado 3.1 del capítulo cuarto.

<sup>121</sup> Decisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueba condicionalmente la ayuda concedida por Francia al banco *Credit 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.

<sup>122</sup> *KEPPENNE*, G.P.: *Guide...*, op. cit., p. 40.

<sup>123</sup> 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*).



bía ajustado a las reglas de mercado, ya que los Gobiernos belga y luxemburgués, que eran quienes compartían su propiedad, no tenían ningún interés en gastar recursos financieros públicos para mantener en Alemania la actividad de una empresa que competía con su propia empresa siderúrgica.

Consiguientemente, 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.

### 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.*<sup>124</sup>), to-

---

<sup>124</sup> 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.

mando 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 1990<sup>125</sup> 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 empresa<sup>126</sup>.

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 medida en que son los inversores privados quienes asumen con la aportación un riesgo mayor.

Esta cuestión se planteó en el asunto *Maxhütte (I)*<sup>127</sup>, 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 quiebra<sup>128</sup>. 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 *Donnay*<sup>129</sup>, de la que era un accionista minoritario, que como los demás accionistas privados contribuía a la financiación de la empresa.

---

<sup>125</sup> DOCE C 198, de 7.8. 1990, p. 6.

<sup>126</sup> DOCE C 198, de 7.8. 1990, p. 6.

<sup>127</sup> 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.

<sup>128</sup> 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.

<sup>129</sup> *XX IPC 1990*, apartado 279. Cfr. EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 65.

### 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 económico*”<sup>130</sup>, tanto en términos relativos como absolutos<sup>131</sup>. 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*<sup>132</sup>, 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*”<sup>133</sup>.

<sup>130</sup> Vid. Comunicación de 1984, apartado 3.2.iii).

<sup>131</sup> FRÜLING, P.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 311.

<sup>132</sup> 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).

<sup>133</sup> 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 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.

El TPI respaldó este criterio en su Sentencia de 12 de diciembre de 1996<sup>134</sup>, 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)*<sup>135</sup>, 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 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

---

<sup>134</sup> *Compagnie Nationale Air France* c. Comisión, asunto T-358/94, Rec. 1996, p. II-2109, apartados 148 y 149.

<sup>135</sup> 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).

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*)<sup>136</sup> de 1995, la Comisión consideró que *Swissair* había participado en la operación de manera significativa, tanto en términos relativos, pues to 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 *Iberia*<sup>137</sup> en las compañías sudamericanas *Viasa*, *Ladeco* y *Aerolíneas Argentinas* – las tres deficitarias, como destaca *FRÜLING*<sup>138</sup> – 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 1993<sup>139</sup>, con objeto de exami-

---

<sup>136</sup> 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 contrôle...”, op. cit., p. 312.

<sup>137</sup> 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).

<sup>138</sup> *FRÜLING*, P.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 312.

<sup>139</sup> *IPC XXIII 1993*, apartado 508.

nar 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 *DAF*<sup>140</sup>, 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.

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 IPC*<sup>141</sup> 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-Filature*<sup>142</sup> 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

---

<sup>140</sup> 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).

<sup>141</sup> Apartado 159.

<sup>142</sup> Ayuda N321/95. Vid. IP/95/623, de 21.6.1995 (*Commission Approves Aid for Ewatructuring Lisnave Shipyards in Portugal*) y DOCE C 267, de 14.10.1995-

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 *Lisnave*<sup>143</sup> con motivo de su reestructuración, es decir, que no era constitutiva de ayuda estatal según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 87 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*<sup>144</sup>, la Comisión analizó la dotación de capital de 2,75 blis 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 TPI<sup>145</sup>, que estimó finalmente la demanda y que anuló la decisión controvertida por otros motivos<sup>146</sup>, 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

---

<sup>143</sup> *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. (Casos en los que la Comisión no planteó objeciones, sin incoar el procedimiento de examen).

<sup>144</sup> Decisión de 13 de julio de 1997, relativa a la recapitalización de la compañía *Alitalia* (DOCE L 322, de 25.11.1997, p. 44).

<sup>145</sup> STPI de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA* c. Comisión, asunto T-296/97, todavía sin publicar, apartados 76 a 94.

<sup>146</sup> En este sentido, la falta de motivación (cfr. apartado 137) y diversos errores manifiestos de apreciación (apartados 150 y 169).

razonablemente había considerado que la participación de los mismos se había efectuado en condiciones muy diferentes a las del inversor público, por lo que dicha participación, impedía considerarse, 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*<sup>147</sup>, la Comisión consideró que la intervención financiera del Gobierno belga en favor de la empresa *SA Duferco*, sucesora de la antigua *Forges de Claberg*<sup>148</sup>, que había sido declarada en quiebra, no contenía elementos de ayuda de Estado.

El grupo *Duferco* había comprado activos de *Forges de Claberg* en condiciones que la Comisión había considerado correcta<sup>149</sup>. Con posterioridad a dicha adquisición, el comprador había constituido una nueva sociedad, *Duferco Claberg*, 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 Claberg* 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 capital de los dos accionistas se aportaba en las mismas condiciones. 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 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.

---

<sup>147</sup> DOCE C 20, de 22.1.1998, p. 3.

<sup>148</sup> La sociedad *Forges de Claberg* 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 Claberg* (DOCE L 106, de 24.4.1997, p. 30).

<sup>149</sup> Adquisición por el mejor postor, aceptación del expediente por el tribunal y acuerdo de los acreedores.



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 mercado.

### 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 oficial<sup>150</sup>, 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.

En efecto, cuando una sociedad cotiza en bolsa su cotización será la referencia para determinar la posible existencia de ayuda estatal. Es preciso 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 cotización<sup>151</sup>, podrá existir ayuda estatal, ya que, como ha reconocido expresamente la Comisión, el mismo representa “*una verdadera*

---

<sup>150</sup> Sobre esta misma cuestión, vid. también el capítulo segundo, apartado 2.2.2.

<sup>151</sup> 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).

*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*<sup>152</sup>».

Sin embargo, como subraya EVANS<sup>153</sup>, 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 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 cotizada<sup>154</sup>.

La cuestión examinada en este epígrafe se planteó con toda claridad en el asunto *Bremer Vulkan AG*<sup>155</sup>, que sería posteriormente revisada por el Tribunal de Justicia<sup>156</sup>. En esencia este complejo asunto puede resumirse del siguiente modo<sup>157</sup>.

*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.

---

<sup>152</sup> 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).

<sup>153</sup> 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).

<sup>154</sup> Cfr. *XIV IPC 1984*, apartado 137. Esta hipótesis aparece también planteada en la *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.

<sup>155</sup> 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).

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> 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.

Para la Comisión<sup>158</sup>, *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 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 llegado 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 DM<sup>159</sup>.

---

<sup>158</sup> Sobre este punto, vid. especialmente las secciones IV y VI de la Decisión.

<sup>159</sup> 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.

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 acción<sup>160</sup>. Sin embargo, al ser requeridas por la Comisión, 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 plazo<sup>161</sup>.

<sup>160</sup> De acuerdo con la regla del 50%-60%, aludida en la nota anterior.

<sup>161</sup> 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 parámetros<sup>162</sup>. 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 KEPPENNE<sup>163</sup>, 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 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.

---

<sup>162</sup> 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.*”

<sup>163</sup> KEPPENNE; J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 48.

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 sociedad<sup>164</sup>.

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 un beneficio, sino que éste debe ser lo suficientemente atractivo como para decidir al inversor, en detrimento de cualesquiera otras posibles inversiones alternativas<sup>165</sup>, ya que en caso de que el rendimiento previsto sea inferior<sup>166</sup> o no sea previsible rendimiento alguno<sup>167</sup>, 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

---

<sup>164</sup> EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 64 y *XII IPC 1982*, apartado 213.

<sup>165</sup> 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 Alumina, 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*”.

<sup>166</sup> En 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), la Comisión señala expresamente que “*(l)as recapitalizaciones efectuadas por el ENI para financiar el proceso de reestructuración de Enirisorse están caracterizadas por un rendimiento financiero insuficiente, dado que la reestructuración consiste esencialmente en privatizaciones puras y simples, liquidaciones 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*”.

<sup>167</sup> 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*”.

en su auxilio y, en consecuencia, pudieran recibir otra financiación que la subvencionada<sup>168</sup>.

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 Comisión<sup>169</sup>.

La necesidad de ofrecer una más sólida fundamentación a sus decisiones, unida a la mayor complejidad de las operaciones que la Comisión tiene que examinar<sup>170</sup>, le ha llevado en la práctica a utilizar en numerosos expedientes de manera explícita y detallada<sup>171</sup> las mismas técnicas que emplean los inversores privados cuando se plantean una inversión<sup>172</sup>.

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

---

<sup>168</sup> 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 (falseamiento de la competencia o afectación del mercado intracomunitario).

<sup>169</sup> 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.

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> 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.

<sup>172</sup> 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.

las posibles intervenciones en empresas viables y rentables, en que participan o desean participar los Estados como accionistas o como inversores<sup>173</sup>.

Desde esta perspectiva, resulta evidente que todo inversor compromete su capital para alcanzar un beneficio y que este beneficio está en función del riesgo asumido<sup>174</sup>, de acuerdo con el axioma de que a mayor riesgo corresponderá la expectativa de un mayor beneficio. 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 SUÁREZ<sup>175</sup>, 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*<sup>176</sup>, 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 ALEXANDER<sup>177</sup>, es el corazón mismo del principio del inversor privado en una economía de mercado empleado por la Comisión.

<sup>173</sup> 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.

<sup>174</sup> 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.

<sup>175</sup> SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Decisiones óptimas de inversión y financiación en la empresa*, Pirámide, Madrid, 1996, en particular p. 547.

<sup>176</sup> 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.

<sup>177</sup> ALEXANDER, I.: *Cost of Capital: The Applications of Financial Models to State Aid*, The Oxera Press, Oxford, 1995, en concreto p. 11.



Desde la perspectiva de los recursos propios, el coste del capital propio puede definirse, siguiendo a SUÁREZ<sup>178</sup>, como la “*tasa de retorno o 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 alternativas<sup>179</sup>. 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 1993<sup>180</sup>, 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 Pri-*

---

<sup>178</sup> SUÁREZ SUÁREZ, A.: *Decisiones óptimas...*, op. cit., p. 547.

<sup>179</sup> 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.

<sup>180</sup> Apartado 27.

cing Model), al que en lo sucesivo 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 Estado<sup>181</sup>.

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)*<sup>182</sup>, expuso con claridad el funcionamiento de este método<sup>183</sup>, afirmando que “(d) *de 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 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 empresa<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> 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.

<sup>182</sup> 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).

<sup>183</sup> 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*.

<sup>184</sup> 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.

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 invertido<sup>185</sup>.

No puede olvidarse, en definitiva que este método no deja de ser, como subraya ABBAMONTE<sup>186</sup>, 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 Estado<sup>187</sup>, 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<sup>188</sup>.

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.

---

<sup>185</sup> 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*.

<sup>186</sup> ABBAMONTE, G.B.: “Market Equity...”, op. cit., p. 264. En este punto seguimos, con carácter principal, las reflexiones de este autor.

<sup>187</sup> Por este motivo se denomina también a menudo “*riesgo-país*”.

<sup>188</sup> 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, 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.

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 1994<sup>189</sup> con motivo del segundo expediente abierto a la *Compagnie des Machines Bull* (Caso *Bull II*), si bien, como advierte ABBAMONTE<sup>190</sup>, al no hacer público, por razones 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 Estado<sup>191</sup>.
- 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.

---

<sup>189</sup> 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).

<sup>190</sup> 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.

<sup>191</sup> Sobre este punto, vid. *supra* el apartado 2.2.1.3 de este mismo capítulo.

Otro ejemplo de especial interés es el relativo a la recapitalización de *Iberia*, autorizada por la Comisión en 1996<sup>192</sup>. Este caso, que resultó especialmente controvertido<sup>193</sup>, supuso indudablemente una continuación 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 esperaba obtener sobre la base de los modelos matemáticos empleados por los bancos de negocios, mencionando también de manera explícita el *CAPM*<sup>194</sup>.

### 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.

<sup>192</sup> 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*”).

<sup>193</sup> 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 aplicación 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*”.

<sup>193</sup> 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).

<sup>194</sup> 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 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.

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 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*<sup>195</sup>, 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 compañía<sup>196</sup>.

De acuerdo con la información suministrada por las autoridades francesas, *CDC-P* habría tomado la decisión de invertir en *Air France* a 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*”<sup>197</sup>.

---

<sup>195</sup> 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).

<sup>196</sup> 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*”.

<sup>197</sup> 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.

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 TPI<sup>198</sup> ratificó el criterio de la Comisión, negando que ésta hubiera 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 negati-

---

<sup>198</sup> 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.

vo 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)*<sup>199</sup>, 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 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 *Bull* 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 empresa<sup>200</sup>.

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 razonable<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> 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).

<sup>200</sup> La Comisión va a comparar incluso estos datos financieros con los de otra compañía del sector: IBM.

<sup>201</sup> “(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”.



Esta cuestión también se suscitó en el caso *Thomson SA-Thomson Multimedia*<sup>202</sup>, 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 SA*<sup>203</sup>.

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 inversión<sup>204</sup>, que se había utilizado para evaluar la operación, era correcta. Sin embargo, antes del desenlace material de la operación, acaecido a comienzos de 1997<sup>205</sup>, 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*, seña-

---

<sup>202</sup> 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.

<sup>203</sup> La Comisión en su breve referencia a este asunto en el *XXVII IPC 1997* (SEC(97) 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.

<sup>204</sup> 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.

<sup>205</sup> 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).

lando que esta fecha podría 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 Comisión<sup>206</sup>, 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*<sup>207</sup>, 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*”.

A este respecto, la autoridad comunitaria se ha apoyado en la jurisprudencia desarrollada por el Tribunal de Justicia a partir de las sentencias *ENI-Lanerossi*<sup>208</sup> y *Alfa Romeo*<sup>209</sup>,

<sup>206</sup> 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).

<sup>207</sup> 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).

<sup>208</sup> República de Italia c. Comisión, asunto C-303/88, Rec. 1991, p. 1433.

<sup>209</sup> República de Italia c. Comisión, asunto C-305/89, Rec. 1991, pp. 1603.

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 plazo<sup>210</sup>.

Como apunta ABBAMONTE<sup>211</sup>, 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 grupo<sup>212</sup>. 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 perjuicio que le habría causado su quiebra, excedería del coste de la inversión efectuada<sup>213</sup>.

La línea fijada por estas sentencias, que tiene su continuidad en otras muchas<sup>214</sup>, ha marcado decisivamente la actuación de la Comisión en expedientes posteriores. A título de

---

<sup>210</sup> 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.

<sup>211</sup> ABBAMONTE, G.B.: “Market Economy...”, op. cit., p. 260.

<sup>212</sup> 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.

<sup>213</sup> Sobre esta cuestión volveremos *infra* apartado 3.2.3.3.

<sup>214</sup> Cfr. STJCE de 14 de septiembre de 1994. España c. Comisión, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, Rec. p. I-4103, apartados 20 a 22; 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, apartado 79; STPI de 12 de diciembre de 2000, *Alitalia-Linee Aeree Italiane SpA* c. Comisión, asunto T-296/97, todavía sin publicar, apartado 84.

ejemplo podemos resaltar<sup>215</sup> la decisión por la que se autorizaban condicionalmente las ayudas otorgadas al grupo irlandés *Air Lingus*<sup>216</sup> 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.

En el caso de la ayuda otorgada por el Estado Federado de Baviera a la compañía CECA, *Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH (NMH)*<sup>217</sup>, 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 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/CECA<sup>218</sup>.

---

<sup>215</sup> 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 austríaco 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 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* (DOCE L 150, de 23.6.2000, p. 1).

<sup>216</sup> 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).

<sup>217</sup> 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).

<sup>218</sup> 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).

### 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 esperada o minorar las pérdidas. Ambas situaciones son claramente distintas y deben tener también, por tanto, un tratamiento diferenciado en este contexto<sup>219</sup>.

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 Estado<sup>220</sup>. Pero, como destaca FRÜLING<sup>221</sup>, 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 liquidación<sup>222</sup>.

<sup>219</sup> 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).

<sup>220</sup> 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 austriaco a la empresa *Head Tyrolia Mares* en forma de aportaciones de capital (DOCE L 25, de 28.1.1997, p. 26).

<sup>221</sup> FRÜLING, P.: “Le contrôle...”, op. cit., pp. 325 a 327.

<sup>222</sup> 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 1994<sup>223</sup>, 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 jurisprudencia<sup>224</sup> en su Decisión de 12 de octubre de 1994, a propósito del caso *Bull (II)*<sup>225</sup>, 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 que accionista estaba limitado a su aportación, ya que la sociedad era de responsabilidad limitada<sup>226</sup>.

Uno de los principales argumentos expuestos por las autoridades francesas para defender que no existía ayuda estatal había sido, como recuerda ABBAMONTE<sup>227</sup>, 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

---

<sup>223</sup> 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 de la CE y de la Competencia*, B. 109, enero, 1996, pp. 13 a 18.

<sup>224</sup> FRÜLING, P.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 325) subraya la diligencia de la Comisión en aplicar esta jurisprudencia.

<sup>225</sup> 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).

<sup>226</sup> 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).

<sup>227</sup> ABBAMONTE, G.B.: “Market Economy...”, op. cit., pp. 265 y 266.

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 General<sup>228</sup> 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 *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*”<sup>229</sup>.

---

<sup>228</sup> 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.

<sup>229</sup> 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).

En suma, como apunta CHÉROT<sup>230</sup>, 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 mercado.

### 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<sup>231</sup>”, para recuperar su viabilidad financiera y económica a los ojos de un inversor privado<sup>232</sup>, haciendo con ello verosímil la obtención de una rentabilidad suficiente, al menos a largo plazo.

En este sentido, como destaca FRÜLING<sup>233</sup>, 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 no presenta otra vinculación con el plan de reestructuración que la de superar temporalmente las difi-

<sup>230</sup> 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 Luchttransportmaatschappij 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.

<sup>231</sup> 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). STJCE de 22 de marzo de 2001, República francesa c. Comisión, asunto C-17/99, todavía no publicada, apartado 43. STPI de 15 de marzo de 2001, *Société Chimique Prayon-Rupel S.A.* c. Comisión, asunto T-73/98, todavía no publicada, apartado 70.

<sup>232</sup> En este sentido, como recuerda el Abogado general VAN GERVEN en sus conclusiones de 11 de octubre de 1991 en el Aunto *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).

<sup>233</sup> FRÜLING (“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 I*), “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 *PRE I* 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*.



cultades de la empresa, sin proponer nuevas medidas de reestructuración, la operación no puede ser autorizada<sup>234</sup>.

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 CE<sup>235</sup>, 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 mercado<sup>236</sup>. La Comisión ha hecho uso de esta facultad con ocasión del examen del segundo 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 France*<sup>237</sup> y la correspondiente a la segunda<sup>238</sup> y tercera<sup>239</sup> recapitalizaciones de *Iberia*.

---

<sup>234</sup> 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.

<sup>235</sup> 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.

<sup>236</sup> 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.

<sup>237</sup> 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).

<sup>238</sup> Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía *Iberia* (DOCE L 104, de 27.4.1996, p. 25).

<sup>239</sup> 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/transport/n368-99.pdf) (última consulta realizada en octubre de 2001).

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 adecuado<sup>240</sup>. 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 estatal<sup>241</sup>.

En efecto, en el caso *Iberia*<sup>242</sup>, una de las condiciones impuestas por 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 *SEPI*<sup>243</sup> no efectuase la aportación comprometida, cuya finalidad esencial era la de facilitar la privatización de la aerolínea, sería asumida por ellas.

---

<sup>240</sup> 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).

<sup>241</sup> 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%.

<sup>242</sup> 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.

<sup>243</sup> La *SEPI* había sustituido a *TENEO* en la titularidad de la compañía.

### 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 ABBAMONTE<sup>244</sup>, como la diferencia existente entre las condiciones en las que los fondos son aportados por el Estado a la empresa y aquéllas que un inversor privado consideraría aceptable para aportar una cuantía equivalente a una empresa comparable<sup>245</sup>.

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 mercado<sup>246</sup>. 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 venta<sup>247</sup>.

<sup>244</sup> 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).

<sup>245</sup> 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.

<sup>246</sup> 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).

<sup>247</sup> 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).

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 Estado<sup>248</sup>.

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 cabo<sup>249</sup>.

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

---

<sup>248</sup> 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 de activos había sido correctamente valorado como la diferencia entre el valor presente del capital aportado y separado en la transacción.

<sup>249</sup> 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).

profundamente la posición que podría haber adoptado 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 ayuda<sup>250</sup>.

El Tribunal de Primera Instancia tuvo ocasión de valorar este método en su Sentencia de 12 de noviembre de 1996<sup>251</sup>, 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 Tratado*”<sup>252</sup>, 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

---

<sup>250</sup> 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.

<sup>251</sup> 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.

<sup>252</sup> 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 comuna 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*”.

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 ABBAMONTE<sup>253</sup> 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 ARPIO<sup>254</sup>, 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.

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

---

<sup>253</sup> ABBAMONTE, G.B.: “Market Economy...”, op. cit., p. 267.

<sup>254</sup> ARPIO SANTACRUZ, J. L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 79 a 82, en concreto pp. 79 y 80.

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 financieros<sup>255</sup>, 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.

En suma, como la práctica ha venido a demostrar y ha manifestado la propia Comisión<sup>256</sup>, 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.

---

<sup>255</sup> 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.

<sup>256</sup> Comunicación de 1993, apartado 27.

## 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 internacional en el apartado 3 del artículo 11 ASMC de 1979<sup>1</sup>. En dicho precepto los signatarios del Acuerdo admitían que los objetivos de política económica y social enunciados en su párrafo 1<sup>o</sup><sup>2</sup> podrían lograrse, entre otros medios, a través de la concesión de subvenciones destinadas a conferir una ventaja a “*determinadas empresas*”.

---

<sup>1</sup> Cfr. Acuerdo para la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT (BOE, nº 210, de 2.9.1982, p. 23722). 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.

<sup>2</sup> 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 consideran 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*”.



Es, sin embargo, el ASMC de 1994<sup>3</sup> 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 Acuerdo<sup>4</sup>.

En efecto, el ASMC de 1994, tras ofrecer una noción de subvención en el apartado 1 de su artículo 1<sup>5</sup>, proclama como regla general, que las 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 objetivas<sup>6</sup> 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 también<sup>7</sup> 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 despropor-

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> En este sentido, MONTAÑA MORA, M.: “El Acuerdo...”, op. cit., p. 246.

<sup>5</sup> Acerca de la noción de subvención recogida en el ASMC de 1994, vid. lo expuesto *supra* en el apartado 2.2 del capítulo primero de este trabajo.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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.

cionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, o la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en su decisión de conceder una subvención<sup>8</sup>.

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 hacerlo*”<sup>9</sup>, y 2) las subvenciones que se reputen como prohibidas en los términos regulados en el artículo 3<sup>10</sup> del Acuerdo<sup>11</sup>.

### 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) 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 doctrina<sup>12</sup> a la hora de valorar el alcance de estas condiciones. Mientras que para algunos autores las tres condiciones determinan la incom-

---

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> A esta cuestión y a la controversia surgida en el ámbito comunitario nos referiremos *infra*, apartado 3.2.2.

<sup>10</sup> A propósito de las “*subvenciones prohibidas*” en general, vid. *supra* el apartado 1.1 del capítulo tercero de este trabajo.

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Sobre esta misma cuestión, vid. *supra* lo ya expuesto en el apartado 3.2 del capítulo primero.

patibilidad de las ayudas<sup>13</sup>, para otros únicamente son relevante las dos últimas<sup>14</sup>, 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 ARPIO<sup>15</sup>, 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 beneficiario<sup>16</sup>.

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*”<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> 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 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; WAELBROECK, 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.

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 117 y 118, con un amplio análisis de las posiciones de la doctrina.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> 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.

Este requisito tiene dos consecuencias básicas. En primer lugar, sólo pueden ser declaradas incompatibles aquellas medidas cuyos beneficiarios sean empresas o producciones<sup>18</sup>. 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 establecer<sup>19</sup>, puede plantearse desde la perspectiva del destinatario o del beneficiario de la ayuda<sup>20</sup>, de la naturaleza “*selectiva*” o “*específica*”<sup>21</sup> de la medida, o bien integrando ambas dimensiones por su carácter complementario<sup>22</sup>.

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.

---

<sup>18</sup> 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.

<sup>19</sup> XXVII IPC 1997. SEC (97) 636 final, apartado 227.

<sup>20</sup> 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 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*”.

<sup>21</sup> El término especificidad es empleado, entre otros, GARBAR (“Aides...”, op. cit., p. 672) o ROBERTI (“Le contrôle...”, op. cit., p. 404).

<sup>22</sup> 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 KEPPELNE (*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.

### 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 apunta SLOCOCK<sup>23</sup>, 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 CE<sup>24</sup>; 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 revisite un mayor interés desde la perspectiva del control comunitario de las ayudas estatales<sup>25</sup>. 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 ARPIO<sup>26</sup>, contienen simplemente una delimitación de las categorías de empresas que entran en su respectivo ámbito de aplicación. Por ello, han sido la práctica de la Comisión y la

---

<sup>23</sup> SLOCOCK, B.: “Who can be the Beneficiary of a State Aid?”, en *EC Comp. Pol. News*, nº 1, february, 2000, pp. 7 a 12, en particular p. 7.

<sup>24</sup> 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*, nº 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 aprensible.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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)–.

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 privado<sup>27</sup>, 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 KEPPELNE<sup>28</sup>, de una noción de empresa basada más en criterios económicos y funcionales que estrictamente jurídicos<sup>29</sup>.

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 mercantiles, 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 económica<sup>30</sup>.

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.<sup>31</sup> –.

---

<sup>27</sup> 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.: *Drecho, Economía, Empresa. Elementos de teoría general del Derecho patrimonial*, Civitas, Madrid, imp. 1992, especialmente pp. 51 a 70.

<sup>28</sup> KEPPELNE, G.P.: *Guide...*, op. cit., p. 127.

<sup>29</sup> 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).

<sup>30</sup> 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 agricultura, 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).

<sup>31</sup> 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 19.1.2001, 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.

Mención especial merecen las empresas que tienen encomendada una actividad de interés económico general<sup>32</sup>. 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 banca<sup>33</sup>. 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 1986<sup>34</sup>, conocida como la sentencia “*Nouvelles Frontières*”, la que inició el camino para un profundo proceso liberalizador del sector<sup>35</sup>, al reconocer su sometimiento a

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> STJCE de 30 de abril de 1986, *Ministère Public c. Lucas Asjas et al.*, asuntos acumulados 209 a 213/84, Rec. 1986, p. 1425.

<sup>35</sup> 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 Frontières* 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 *GJCE*, 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.

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 accionistas públicos<sup>36</sup> y, en último término, la privatización de muchas de ellas<sup>37</sup>.

En el mismo sentido, el servicio público de radiotelevisión<sup>38</sup> y de manera particular las televisiones públicas<sup>39</sup>, han sido motivo de atención por parte de la Comisión, que

---

<sup>36</sup> 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 *ECLR*, vol. 16, n° 5, July-August, 1995, pp. 290 a 309.

<sup>37</sup> 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”).

<sup>38</sup> 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

<sup>39</sup> 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).



ha reconocido explícitamente<sup>40</sup> que no hay ninguna base jurídica para excluir la radiodifusión de la aplicación de las normas sobre ayudas estatales<sup>41</sup>.

Como recuerda PIFFAUT<sup>42</sup>, 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 propios bancos, quienes eran, a su vez, conscientes de su propia fortaleza y especificidad, dando lugar en la práctica a un mercado tradicionalmente autorregulado<sup>43</sup>. Fue nuevamente la jurisprudencia comunitaria, a partir de la STJCE de 14 de julio de 1981, conocida como la “Sentencia *Züchner*”<sup>44</sup>, la que reconoció el sometimiento de estas entidades a las reglas de la competencia.

<sup>40</sup> 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).

<sup>41</sup> 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 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).

<sup>42</sup> PIFFAUT, H.: “Banque-concurrence”, en *L'Observateur de Bruxelles*, nº 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 octubre de 2001).

<sup>43</sup> Vid. *supra* el apartado 4.2.4 del capítulo cuarto de este trabajo, con la bibliografía y asuntos en él mencionados.

<sup>44</sup> 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 AGRA (“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 CA-CHAFEIRO (*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.

Una mención final merece, por su particular singularidad, el caso del deporte profesional<sup>45</sup>, sobre el que la Comisión ha intensificado su atención singularmente a partir de la STJCE de 15 de diciembre de 1995<sup>46</sup>, conocida como la “*Sentencia Bosman*”. Por lo que se refiere al 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 apreciables<sup>47</sup>.

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 ayudas<sup>48</sup>, calificándose como tal la creación de entidades especializadas en el apoyo de sectores productivos<sup>49</sup>.

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,

---

<sup>45</sup> 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.*, nº 1, february, 2001, pp. 1 y 2 (*Latest: Stop Press*) y, del mismo autor, “Le sport et la politique de la concurrence: *regles de jeu* et exemples récentes”, Lille, 10 mai 2001, pp. 1 a 7.

<sup>46</sup> Union Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL c. Jean-Marc Bosman, 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 MERCHAN, J. F.: “El caso *Bosman* y el arbitraje deportivo”, en *La Ley*, de 12.4.1996, D-129, pp. 1533 a 1534.

<sup>47</sup> 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 sponsorización.

<sup>48</sup> Cfr. apartado 2.2.2 del capítulo tercero de este trabajo.

<sup>49</sup> Sobre esta cuestión, vid. capítulo cuarto, apartado 4.2.1.

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 misma<sup>50</sup>, ya que pueden no coincidir en un mismo sujeto.

Como apunta ARPIO<sup>51</sup>, 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 reflujo de empresas en crisis, que son en último término las beneficiarias de la medida<sup>52</sup> 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*<sup>53</sup>. Concretamente en el caso *Thomson SA-Thomson Multimedia*<sup>54</sup>, 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, SA*<sup>55</sup>.

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 úl-

---

<sup>50</sup> ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 404.

<sup>51</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 132 y 133.

<sup>52</sup> 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 compren estos productos por las necesidades de su actividad. Se trata de los denominados *upstream subsidies*.

<sup>53</sup> HANCHER, L./BUENDÍA SIERRA, J.L.: “Cross-Subsidization...”, op. cit., pp. 901 a 945.

<sup>54</sup> 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).

<sup>55</sup> 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).

timo término una empresa la que se beneficia. El caso más clásico es el de las ayudas al empleo<sup>56</sup>. 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 condiciones<sup>57</sup>.

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 o a la actividad económica. Estas cuestiones han sido abordadas por SLOCOCK<sup>58</sup>, especialmente a propósito de la aplicación de la cláusula “*one time, last time*”<sup>59</sup> y de la recuperación de las ayudas ilegales, cuando los activos o las acciones de la empresa ayudada han pasado a terceras manos<sup>60</sup>, 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

---

<sup>56</sup> Cfr. Directrices sobre ayudas al empleo (DOCE C 334, de 12.12.1995, p. 4), así como el informe de la Comisión relativo a la aplicación de las Directrices sobre ayudas al empleo de 1995, de 21.12.2000. (E:\web\www\site\_sources\comm\competition\state\_aid\legislation\employment\guidelines\report(es.doc) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> SLOCOCK, B.: “Who can be the Beneficiary...”, op. cit., pp. 8 a 12.

<sup>59</sup> A esta cláusula nos referiremos en el capítulo séptimo de este trabajo, a propósito de las ayudas a la reestructuración de empresas en crisis.

<sup>60</sup> A propósito de la “*pass-throught 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 octubre de 2001).

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*”<sup>61</sup>, adoptada dentro del margen de apreciación reservado a los Estados miembros en materia de política económica<sup>62</sup>.

La necesidad de abordar esta delicada distinción se planteó de manera temprana y no ha dejado de ocupar a la Comisión desde entonces<sup>63</sup>. En efecto, en su respuesta a la pregunta del Sr. DEHOUSSE respecto de un colector de aguas usadas<sup>64</sup>, 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 beneficiara genéricamente al conjunto de la economía, como en el caso, por ejemplo, de la construcción de infraestructuras o de equipamientos colectivos<sup>65</sup>. 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 determinadas<sup>66</sup>.

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 some-

<sup>61</sup> Algún autor, como ORLANDI (*Gli aiuti di Stato nel Diritto comunitario*, Napoli, 1995, pp. 189 a 197), a quien cita RODRÍGUEZ CURIEL (“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*”.

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> 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).

<sup>64</sup> DOCE 118, de 20.6.1967, citado, entre otros, por FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 34.

<sup>65</sup> 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).

<sup>66</sup> 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.

timiento particular al régimen de las ayudas de Estado<sup>67</sup>. 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*<sup>68</sup>, 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 internacional<sup>69</sup>. Por el contrario, la Comisión consideró que el régimen establecido en el asunto *Maribel quater*<sup>70</sup>, 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 sectores*”<sup>71</sup>.

La posición de la jurisprudencia aflora tempranamente en la STJCE de 2 de julio de 1974<sup>72</sup>, conocida como “*subsídios 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*<sup>73</sup>, el Tribunal de Justicia apoyó la posición de la Comisión en relación con la

<sup>67</sup> 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 92.1 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*”, 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.

<sup>68</sup> 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.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> Asunto N 132/97 (DOCE C 201, de 1.7.1997).

<sup>71</sup> Cfr. *XXVII IPC 1997*. SEC (97) 636 final, apartado 229. Obsérvese el paralelismo con alguno de los requisitos que permitan 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.

<sup>72</sup> República Italiana c. Comisión, asunto 173/73, Rec. 1974, p. 709.

<sup>73</sup> 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.

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.

El Tribunal de Justicia respaldó también el criterio de la Comisión en el aludido asunto *Maribel bis/ter*<sup>74</sup>, 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 CURIEL<sup>75</sup>, 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 laborales<sup>76</sup> 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 empresas<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> 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.

<sup>75</sup> 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, CHEROT (*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.

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> DOCE C 384, de 10.12.1998, p. 3.

En la primera de estas comunicaciones<sup>78</sup> 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 supedita al hecho de que la medida en cuestión favorezca a determinadas empresas o producciones, excluyendo *a priori* a otras que se encontrasen 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 miembros<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Apartados 12 a 13.

<sup>79</sup> 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 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.



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 miembros<sup>80</sup> 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<sup>81</sup>. Por el contrario, una medida fiscal queda sustraída al régimen de las ayudas estatales cuando resulte justificada “*por la naturaleza o la economía del sistema*”<sup>82</sup>.

Para que una medida fiscal pueda ser considerada general<sup>83</sup>, 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

---

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> 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 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”.

<sup>82</sup> 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.

<sup>83</sup> Apartados 13 a 16 de la Comunicación.

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 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 jurisprudencia<sup>84</sup>, 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.

---

<sup>84</sup> STJCE de 2 de julio de 1974, República italiana c Comisión, asunto 173/73, Rec 1974, p. 709.

A este respecto, la Comisión va a ofrecer una serie de pautas abordando de nuevo el criterio de selectividad<sup>85</sup>, el alcance de las prácticas administrativas discrecionales<sup>86</sup> y la posible justificación de las excepciones basadas en la naturaleza o en la economía del sistema<sup>87</sup>.

En relación con el criterio de especificidad, las medidas cuyo alcance se extiende a todo el conjunto del territorio del Estado son las únicas que, en principio, no pueden ser calificadas de específicas. Por el contrario, las medidas de alcance territorial regional o local<sup>88</sup>, las destinadas específicamente a determinados sectores o las que favorezcan exclusivamente los productos exportados<sup>89</sup> sí resultan sometidas al artículo 87 CE.

La Comisión considera también como ayuda las medidas dirigidas al conjunto de sectores sometidos a la competencia internacional<sup>90</sup>. Por consiguiente, las excepciones respecto del tipo básico del impuesto de sociedades a favor de un sector económico constituyen, salvo en determinados casos<sup>91</sup>, una ayuda estatal, como ha decidido la Comisión a propósito de una medida relativa al conjunto del sector manufacturero<sup>92</sup>.

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 empresas<sup>93</sup>.

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

---

<sup>85</sup> Cfr. apartados 17 a 20.

<sup>86</sup> Apartados 21 y 22.

<sup>87</sup> Apartados 23 a 27.

<sup>88</sup> 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.

<sup>89</sup> Cfr. STJCE de 10 de diciembre de 1969, Comisión c. República francesa, asuntos acumulados 6/69 y 11/69, Rec. 1969, p. 523.

<sup>90</sup> Decisión de 4 de diciembre de 1996 relativa a las ayudas concedidas por Bélgica en el marco de la *Operación Mabil 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.

<sup>91</sup> En particular, la agricultura y la pesca. Véase el punto 27.

<sup>92</sup> Decisión de 22 de julio de 1998 en el asunto *Irish Corporation Tax* (impuesto irlandés de sociedades) [SG(98) D/7209].

<sup>93</sup> La Comisión cita a título de ejemplo que determinadas empresas públicas se acogen a exenciones de impuestos locales o de impuestos de sociedades.

tipos de producción, en la medida en que pueden favorecer a determinadas empresas o producciones.

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*”<sup>94</sup>. 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 profundidad<sup>95</sup>.

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*”<sup>96</sup>, sin perjuicio de que corresponde al Estado miembro interesado justificar tal consideración<sup>97</sup>.

La delicada cuestión de delimitar cuándo una medida fiscal constituye una ayuda estatal ha surgido nuevamente<sup>98</sup> y con especial intensidad, por lo que respecta a España, a propósito del concierto fiscal del País Vasco y Navarra.

---

<sup>94</sup> 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.

<sup>95</sup> 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*”.

<sup>96</sup> 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*”.

<sup>97</sup> 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.

<sup>98</sup> 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.

La cuestión se ha suscitado en sede comunitaria en diferentes vertientes. Por una parte, con motivo de las cuestiones prejudiciales<sup>99</sup> 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 nacional<sup>100</sup> ha impedido que el Tribunal de Justicia se pronunciase al respecto<sup>101</sup>, 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.

En relación con los expedientes abiertos por la Comisión, merece especial atención<sup>102</sup> el relativo a la empresa *Ramondin*<sup>103</sup>, en el que la Comisión concluyó que las

---

<sup>99</sup> Asuntos acumulados C-400/97, C-401/97 y C-402/97.

<sup>100</sup> 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.

<sup>101</sup> 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 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”.

<sup>102</sup> 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”.

<sup>103</sup> 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.

medidas cuestionadas constituían ayudas estatales y no medidas generales, admitiendo, sin embargo, la compatibilidad de alguna de ellas<sup>104</sup>.

### 3.2. LOS EFECTOS DE LA AYUDA

Para apreciar la incompatibilidad de una ayuda estatal es preciso analizar, además, sus efectos sobre la competencia y el comercio intracomunitario<sup>105</sup>, ya que, como ha reconocido la jurisprudencia<sup>106</sup>, 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 ayuda<sup>107</sup>, 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 comunitario<sup>108</sup>.

---

<sup>104</sup> 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 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.

<sup>105</sup> 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 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).

<sup>106</sup> 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 medida 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).

<sup>107</sup> 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.

<sup>108</sup> 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.

Por otra parte, como destaca RODRÍGUEZ CUIRIEL<sup>109</sup>, 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 coincidentes de la Comisión<sup>110</sup> y del Tribunal de Justicia<sup>111</sup> y de gran parte de la doctrina<sup>112</sup>, que aborda ambos requisitos de manera simultánea<sup>113</sup>. 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 planteamientos deben concurrir cumulativamente con todos los demás que enuncia el apartado 1 del artículo 87 CE<sup>114</sup>.

### 3.2.1. La afectación de los intercambios comerciales intracomunitarios

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ CUIRIEL, J.W.: “Las ayudas...”, op. cit., pp. 100 y 101.

<sup>110</sup> 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*”.

<sup>111</sup> A juicio de RODRÍGUEZ CUIRIEL (“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.

<sup>112</sup> 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.

<sup>113</sup> 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*”.

<sup>114</sup> 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 este 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.

El requisito de que la ayuda afecte a los intercambios intracomunitarios opera, a juicio de KOBIA<sup>115</sup>, 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 ayudas<sup>116</sup>.

Como advierte BAUDENBACHER<sup>117</sup>, la noción de “*comercio*”, al igual que ocurre en la aplicación de los artículos 81 y 82 CE (antiguos 85 y 86 Tratado CE), es interpretada en sentido amplio, considerando que abarca la totalidad de las transacciones económicas entre Estados miembros (circulación de mercancías, servicios, pagos, etc.)<sup>118</sup>.

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 devenguen aplicables los artículos 81 y 82 CE, el artículo 87 CE parece exigir que dicha afectación sea efectiva<sup>119</sup>. 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 proce-

---

<sup>115</sup> 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.

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> BAUDENBACHER, C.: *A Brief ...*, op. cit., pp. 25 a 27.

<sup>118</sup> Algunos autores, sin embargo, como destacan WAELBROECK y FRIGNANI (*Derecho europeo...*, 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.

<sup>119</sup> 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”.



der a su otorgamiento<sup>120</sup>.

La “afectación” de los intercambios<sup>121</sup> suele definirse, como apunta BAUDENBACHER<sup>122</sup>, 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 se incrementa gracias a la ayuda estatal en detrimento de sus competidoras que no reciben la ayuda<sup>123</sup>.

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 competencia<sup>124</sup>.

---

<sup>120</sup> En este sentido, vid. WAELBROECK, 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.

<sup>121</sup> 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. WAELBROECK, M./FRIGNANI, A., *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 263 a 267.

<sup>122</sup> BAUDENBACHER, C.: *A Brief...*, op. cit., p. 26.

<sup>123</sup> 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.

<sup>124</sup> 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.

Por otra parte, como destaca EVANS<sup>125</sup>, la Comisión, con algún apoyo del Tribunal de Justicia<sup>126</sup>, ha tendido a considerar las ayudas para las actividades extracomunitarias de la beneficiaria como inobjetables. 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 prevé 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*<sup>127</sup>.

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.

---

<sup>125</sup> EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 96 y ss.

<sup>126</sup> STJCE de 11 de noviembre de 1987, República francesa c. Comisión, asunto 259/85, Rec. 1987, p. 4393.

<sup>127</sup> 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 KOVAR<sup>128</sup>, 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 Comunidad<sup>129</sup>.

En suma, para EVANS<sup>130</sup>, de acuerdo con la STJCE de 17 de septiembre de 1980<sup>131</sup>, 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 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.

---

<sup>128</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., p. 131.

<sup>129</sup> 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”.

<sup>130</sup> EVANS, A.: *EC law...*, op. cit., p. 97.

<sup>131</sup> *Philip Morris Holland BV* c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671.

Para BAUDENBACHER<sup>132</sup> 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 KOVAR<sup>133</sup>, estas consideraciones son perfectamente aplicables a las ayudas en forma de participación en 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 perjudiciales<sup>134</sup> para la integración del mercado interior<sup>135</sup>.

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 interpretación<sup>136</sup> encontraría su apoyo, a juicio de algunos autores, en la propia evolución de la jurisprudencia comunitaria. En efecto, como destaca BIANCARELLI<sup>137</sup>, el

<sup>132</sup> 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 prevee que con la ayuda el comercio no exista en el futuro.

<sup>133</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., p. 132.

<sup>134</sup> El “*Aid War Risky*”, al que alude EVANS (*EC Law...*, op. cit., pp. 89 a 91).

<sup>135</sup> En este sentido, añade KOVAR (“Les prises...”, op. cit., p. 132) que se constata que 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.

<sup>136</sup> Como expone RODRÍGUEZ CURIEL, 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).

<sup>137</sup> BIANCARELLI, J.: “Le contrôle...”, op. cit., p. 421.

Tribunal afirmaba en sus primeras sentencias<sup>138</sup> 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 posterior, a partir de la sentencia *Philip Morris*<sup>139</sup>, 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*”<sup>140</sup>.

La existencia de esta presunción, al menos en su formulación más radical, no es, sin embargo, unánime en la doctrina<sup>141</sup>. 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 internacional<sup>142</sup>.

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 Justicia<sup>143</sup>, no puede

<sup>138</sup> STJCE de 25 de junio de 1970, República francesa c. Comisión, asunto 47/69, Rec. 487.

<sup>139</sup> STJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris Holland BV* c. Comisión, asunto 730/79, Rec. 1980, p. 2671.

<sup>140</sup> BIANCARELLI (“Le contrôle...”, op. cit., p. 421) cita al respecto la STJCE de 24 de febrero de 1987, *Deufl GmbH und C. 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.

<sup>141</sup> 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.

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> 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 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.

limitarse a reproducir el texto del apartado 1 del artículo 87 CE<sup>144</sup>. 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<sup>145</sup>”.

### 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 o amenace falsear la competencia*. Tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia han mantenido una noción amplia de este requisito<sup>146</sup>.

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 intracomunitarios<sup>147</sup>.

<sup>144</sup> 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. WAELBROECK, 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).

<sup>145</sup> 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.

<sup>146</sup> 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.

<sup>147</sup> 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 KEPPENNE (*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.

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 final<sup>148</sup>.

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 públicas<sup>149</sup>.

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 jurisprudencia<sup>150</sup> quien consideró necesario acreditar que la ayuda reforzaba la posición competitiva de la empresa beneficiaria, sin que sea suficiente la mera constatación de esta circuns-

---

<sup>148</sup> 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 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.

<sup>149</sup> Vid. las conclusiones del Abogado General CAPOTORTI en la Sentencia *Philip Morris*.

<sup>150</sup> 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.

tancia, exigiéndole al menos que especifique las circunstancias que le llevan a tal conclusión<sup>151</sup>.

La alteración de la competencia es, en consecuencia, como destaca KOVAR<sup>152</sup>, una noción objetiva<sup>153</sup>, lo que implica que no es necesario que 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 beneficiada<sup>154</sup>, lo cual es coherente con el sistema de notificación previa consagrado en el apartado 3 del artículo 88 CE.

La noción de competencia, en el sentido del art 87.1 CE se extiende también, a la competencia de sustitución. Asimismo, la incidencia de la ayuda en la competencia puede localizarse en un mercado distinto de aquel en el que opere la empresa que la atribuya<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> 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.

<sup>152</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit., p. 129.

<sup>153</sup> En este sentido, EVANS y MARTIN (“Socially Acceptable Distortion of Competition Community Policy on State Aid”, en *ELR*, nº 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 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.

<sup>154</sup> 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, *Steinike & Weinlig* c. República Federal de Alemania, asunto 78/76, Rec. p. 595, apartado 24).

<sup>155</sup> Cfr. Decisión de 2 de mayo de 1979, a propósito de la bonificación de intereses para la compra de material *off-shore* 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.



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*<sup>156</sup>”.

Es preciso igualmente que el falseamiento de la competencia afecte al mercado comunitario<sup>157</sup>. Esta cuestión fue objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en el caso *Tubemeuse*<sup>158</sup>, en el que las autoridades belgas rebatían el criterio mantenido por la Comisión<sup>159</sup> de que su intervención financiera en el capital de la compañía constituía una ayuda de Estado, aduciendo que la empresa beneficiaria exportaba el 90% de su producción hacía 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 hacía el mercado europeo, que de esa manera se vería afectado.

Como apunta KOVAR<sup>160</sup>, 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 demasia-

<sup>156</sup> 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.

<sup>157</sup> 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.

<sup>158</sup> 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.

<sup>159</sup> 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).

<sup>160</sup> KOVAR, R.: “Les prises...”, op. cit. p. 129.

do simplista de esta condición<sup>161</sup>, 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 objeto<sup>162</sup>.

No se puede olvidar tampoco, como destacó el Abogado General COSMAS, en sus conclusiones presentadas el 13 de mayo de 1997, en el caso *Tiercé Ladbroke SA c. Comisión*<sup>163</sup>, 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 mercado<sup>164</sup>.

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 beneficiaria<sup>165</sup>. 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 competencia<sup>166</sup>.

<sup>161</sup> 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*”.

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> 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.

<sup>164</sup> Sobre esta cuestión, vid. KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 124, nota 428.

<sup>165</sup> 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.

<sup>166</sup> 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).

Por el contrario, como sistematiza KEPPELNE<sup>167</sup>, 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*”<sup>168</sup>, las ayudas destinadas a atender necesidades que 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 CE<sup>169</sup>, la Comisión presume que se cumple esta condición, a menos que concurren 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 ayuda<sup>170</sup>.

### 3.3. LAS AYUDAS DE IMPORTANCIA MENOR Y LA REGLA DE MINIMIS<sup>171</sup>

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 mitigado en la práctica a causa de la carga de trabajo que su aplicación rigurosa supondría para las instituciones comunitarias. En consecuencia, se ha plan-

<sup>167</sup> KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 122 a 124.

<sup>168</sup> 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 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).

<sup>169</sup> Como apunta KEPPELNE (*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.

<sup>170</sup> 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.

<sup>171</sup> 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.

teado la posibilidad de determinar un umbral preciso para apreciar la existencia de una distorsión de la competencia<sup>172</sup>.

Como subraya KOVAR<sup>173</sup>, el Derecho comunitario de la competencia no se interesa más que por las prácticas que la restringen de manera sensible<sup>174</sup>, por lo que sólo las ayudas que la falseasen de manera significativa entrarían en su campo de aplicación<sup>175</sup>. Siguiendo esta línea argumental, la propia Comisión ha reconocido la noción de “ayuda de importancia menor<sup>176</sup>”, 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<sup>177</sup>”.

La tesis que propugna la aplicación a las ayudas de Estado del criterio de la afectación

<sup>172</sup> Cfr. XIV IPC 1984, apartado 203.

<sup>173</sup> KOVAR, R., “Les prises...”, op. cit., p. 130 con sus correspondientes notas.

<sup>174</sup> 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.

<sup>175</sup> 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.

<sup>176</sup> 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.

<sup>177</sup> 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) 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° 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° 4, august, 1995, pp. 371 a 387; KORAH, V.: *An Introduction Guide to EC Competition Law and Policy*, 7ª ed., Hart Publishing, Oxford-Portland Oregon, 2000, pp. 67 a 69.

sensible de la competencia, a pesar de ser sostenido por la propia Comisión y por algunos autores, no ha sido reconocida formalmente por la jurisprudencia<sup>178</sup>, que requiere un análisis de mercado<sup>179</sup>, tanto geográfico como de producto, que se lleva a cabo, no obstante, de una manera más superficial que en materia antitrust<sup>180</sup>. Como subrayan WAELBROECK y FRIGNANI<sup>181</sup>, de acuerdo con la jurisprudencia *Boussac*<sup>182</sup>, 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 1992<sup>183</sup> y a pesar de la constante oposición de la jurisprudencia<sup>184</sup>, 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

<sup>178</sup> 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.).

<sup>179</sup> KOBIA (op. cit., p. 3) cita al respecto los asuntos *Intermills* y *Leeuwarden* en los 80.

<sup>180</sup> 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 *GJCE*, 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° 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.

<sup>181</sup> WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 462.

<sup>182</sup> STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c. Comisión, asunto C-301/87, Rec. 1990, p. I-307, apartado 33.

<sup>183</sup> 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”.

<sup>184</sup> 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 co-

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*<sup>185</sup> quedan exentas de la obligación de notificación previa establecida en el apartado 3 del artículo 88 CE<sup>186</sup>.

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*<sup>187</sup>, en el cual se codifica su regulación anterior<sup>188</sup>, recogida en una Comunicación de 1996<sup>189</sup>.

De acuerdo con esta normativa podrán acogerse a la regla *de minimis*<sup>190</sup> las ayudas concedidas a las empresas en todos los sectores, con excepción de: a) el sector del transporte 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 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 euros<sup>191</sup> en un período de tres años<sup>192</sup>,

---

mercio intracomunitario se vea afectado por la misma.

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> 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, 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.

<sup>187</sup> DOCE L 10, de 13.1.2001, p. 30.

<sup>188</sup> SINNAEVE, A.: “Les premières exemptions par categorie en matière d’aides d’Etat”, en *EC Comp. Pol. News*, n° 1, february, 2001, pp. 22 a 28, especialmente p. 25.

<sup>189</sup> DOCE C 68, de 6.3.1996, p. 6.

<sup>190</sup> Artículo 1 del Reglamento n° 69/2001.

<sup>191</sup> 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.

<sup>192</sup> Las ayudas que se reciban en varios plazos se actualizarán a su valor en el momento de la concesión. El tipo

aunque, este límite se aplicará independientemente de la forma de la ayuda<sup>193</sup> o del objetivo perseguido. Por ello, como apunta SINNAEVE<sup>194</sup>, 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 control<sup>195</sup>. 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 abarque 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 *mini-*

---

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.

<sup>193</sup> 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.

<sup>194</sup> SINNAEVE, A.: “Les premiéres exemptions...”, op. cit., p. 25.

<sup>195</sup> Artículo 3.

*mis* recibida por cualquier empresa.



## 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 CE<sup>1</sup> 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 ilegal<sup>2</sup>.

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*”)<sup>3</sup>, 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 SLOT<sup>4</sup>, 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) nº 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<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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).

<sup>4</sup> HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., p. 69.

<sup>5</sup> 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.

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 ayuda estatal, sino que también debe valorar la eventual aplicación de alguna de las excepciones previstas<sup>6</sup>, de acuerdo con la información de que disponga y con el grado de convicción que sobre la concurrencia de los requisitos exigidos para su aplicación<sup>7</sup> aporten los Estados miembros interesados durante el procedimiento<sup>8</sup>.

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 discrecional<sup>9</sup> para valorar con mayor

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> 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”.

<sup>8</sup> 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.

<sup>9</sup> 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 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.

amplitud la concurrencia de las condiciones 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*<sup>10</sup>. Tanto unas como otras, sin embargo, deben interpretarse de manera restrictiva<sup>11</sup>.

## 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 común<sup>12</sup>. 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 norma<sup>13</sup>, lo que supone que estas ayudas se someten al régimen general previsto para las ayudas nuevas<sup>14</sup>.

La importancia práctica de estas excepciones es, sin embargo, escasa y su potencial incidencia sobre la competencia y sobre los intercambios 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 CE<sup>15</sup>.

---

<sup>10</sup> 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”.

<sup>11</sup> Vid. por todos, KEPPELNE, J.P. : *Guide...*, op. cit., p. 333.

<sup>12</sup> Vid. VALLE GÁLVEZ, A.: “Las ayudas...”, op. cit., p. 898.

<sup>13</sup> 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.

<sup>14</sup> Vid. *supra* lo señalado en el apartado 2.2.2.1 del capítulo tercero.

<sup>15</sup> 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.

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 consumidores<sup>16</sup> 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*<sup>17</sup>, lo que excluye claramente a las empresas<sup>18</sup>. 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 CE<sup>19</sup>.

---

<sup>16</sup> 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; WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 467 y 468; EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 4 a 5; KEPPENNE, 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).

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El régimen...*, op. cit., p. 71.

<sup>18</sup> 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. 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).

<sup>19</sup> HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., p. 70.

La categoría de ayudas contemplada en la letra b<sup>20</sup> no ampara los desastres de carácter económico, que deben acogerse a la excepción prevista en el artículo 87.3.b CE<sup>21</sup>, ni los *riesgos normales*<sup>22</sup> de la producción, ni los que quedan habitualmente cubiertos mediante seguro<sup>23</sup>, sino que únicamente da cobertura a sucesos extraordinarios tales como las inundaciones, los terremotos, los huracanes, las guerras o los actos terroristas<sup>24</sup>. Como destaca FERNÁNDEZ FARRERES<sup>25</sup>, se limita exclusivamente 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 ejemplo<sup>26</sup>, que la pérdida mínima de ingresos en relación con un período normal alcance al menos el 30% o el 20% en regiones desfavorecidas<sup>27</sup>.

La última excepción que contempla el apartado 2º del artículo 87 CE<sup>28</sup> resulta hoy más cuestionada que nunca. La jurisprudencia ha contribuido a clarificar alguno de los térmi-

---

<sup>20</sup> 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; WAELBROECK, 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); KEP-PENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 379 y 381; ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 188 y 189.

<sup>21</sup> “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.

<sup>22</sup> KEP-PENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 379.

<sup>23</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., p. 188.

<sup>24</sup> 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*”.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 72.

<sup>26</sup> 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 ALLENDESA-LAZAR CORCHO, R.: “Las ayudas de Estado en la CEE”, en *GJCE*, nº 18, julio, 1986, pp. 547 a 570, en particular p. 556.

<sup>27</sup> 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).

<sup>28</sup> 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).

nos de esta excepción. Así, la STJCE de 19 de septiembre de 2000<sup>29</sup> 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 interrupción 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;

---

<sup>29</sup> República Federal de Alemania c. Comisión, asunto C-156/98, Rec. 2000, p. I-6857, apartados 52 a 55.

- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común<sup>30</sup>;
- 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*”.

La práctica comunitaria ha permitido perfilar unos principios generales<sup>31</sup> 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 otros<sup>32</sup>, podemos destacar como los más importantes<sup>33</sup> los siguientes: 1) el principio del interés comunitario; 2) el principio de necesidad; 3) el principio de proporcionalidad; y 4) el principio de transparencia.

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.

---

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Denominadas también por VALLE GÁLVEZ (“Las ayudas...”, op. cit., p. 900, nota 59) como *condiciones generales de la derogación*.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

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 espacial<sup>34</sup>, 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 *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 MATTERA<sup>35</sup> son “*las que se otorgan para alcanzar objetivos comunes a diversos sectores productivos*”<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> 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.

<sup>35</sup> MATTERA, A.: *El Mercado...*, op. cit., p.110.

<sup>36</sup> 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 Etats...”, 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.



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 LEDESMA<sup>37</sup>, uno de los principales instrumentos con que cuenta la política regional comunitaria<sup>38</sup>, 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

---

<sup>37</sup> 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 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.

<sup>38</sup> 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).

setenta<sup>39</sup> 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, regla de acumulación...), cuya dispersión y heterogénea naturaleza<sup>40</sup> fueron, entre otras, las razones que inspirarían las actuales *Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional*<sup>41</sup>, adoptadas en 1998 y complementadas con un documento específico para los grandes proyectos de inversión<sup>42</sup>.

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*)<sup>43</sup>, 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 favorables<sup>44</sup>.

En relación con las regiones que pueden acogerse a esta excepción, la Comisión tiende a reducir tanto el número de regiones subvencionables<sup>45</sup> como el espacio que abarcan, en aras de permitir que satisfagan su finalidad<sup>46</sup>. En consecuencia, el porcentaje de población cubierta por estas ayudas debe situarse por debajo del 50% del total de la población comu-

<sup>39</sup> 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, nº 9, Principado de Asturias, 1996, pp. 61 a 87, en especial p. 63.

<sup>40</sup> 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 Etats...", 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; WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho Europeo...*, op. cit.

<sup>41</sup> DOCE C 74, de 10.3.1998, p. 9.

<sup>42</sup> 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.

<sup>43</sup> 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).

<sup>44</sup> 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).

<sup>45</sup> Vid. Apartado 3.1. de las directrices.

<sup>46</sup> Apartado 3.4, en relación con los apartados 3.2 y 3.3.

nitaria<sup>47</sup>, dando prioridad a las regiones afectadas por los problemas más graves<sup>48</sup>.

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 Comunidad<sup>49</sup>, circunstancias que concurren, a juicio de la Comisión, cuando la región constituya una unidad geográfica de nivel II de la NUTS<sup>50</sup> y su PIB por habitante –medido en *paridad de poder de compra* (PPC)– sea inferior al 75% de la media comunitaria<sup>51</sup>.

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 tenerse en cuenta la situación del Estado miembro concreto de que se trate<sup>52</sup>, 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 a<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> 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.

<sup>48</sup> La nota 11 de la 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.

<sup>49</sup> 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.

<sup>50</sup> Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas.

<sup>51</sup> 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](http://europa.eu.int/comm/eurostat/public/datashop/prnt_catalogue/en?catalogue=eurostat) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>52</sup> El Tribunal de Justicia, en el asunto 248/84, se ha pronunciado sobre estas dos cuestiones (abanicado 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”.

<sup>53</sup> 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 le-

Las Directrices establecen el mecanismo para delimitar las regiones que pueden acogerse a una u otra excepción<sup>54</sup>, permitiendo tener en cuenta las características específicas de cada Estado miembro y exigiendo su evaluación desde la óptica del interés comunitario<sup>55</sup>. 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 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 2<sup>56</sup>.

Estas ayudas pueden destinarse a la realización de una inversión productiva (inversión inicial)<sup>57</sup> o a la creación de empleo ligada a la inversión<sup>58</sup>, siempre que la aportación del beneficiario sea como mínimo del 25%<sup>59</sup>, para garantizar que las inversiones productivas

---

tra 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.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> 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 Cº*. KG c. Comisión, asunto 310/85, Rec. 1987, p. 901, apartado 18.

<sup>56</sup> 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](http://www.inforegio.cee.eu.int/wbpro/PRORD/2000-2006/obj1_es.html) y [http://.../obj2\\_es.html](http://.../obj2_es.html) (última consulta realizada en octubre de 2001). Vid. asimismo la Decisión comunicada de 17 de mayo de 2000, ayuda de Estado nº N 733/99, 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n773-99.pdf) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>57</sup> 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.

<sup>58</sup> 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”.

<sup>59</sup> 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.

subvencionadas sean viables y sanas. Existe una lista abierta<sup>60</sup> de posibles formas de ayuda. Incluso las ayudas de funcionamiento<sup>61</sup>, 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 cerámica sanitaria y de vajilla<sup>62</sup>, 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*

---

<sup>60</sup> 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.

<sup>61</sup> 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.

<sup>62</sup> 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).

*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)*<sup>63</sup>, 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 *Thomsom*<sup>64</sup>, 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*”.

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...)<sup>65</sup>.

Es especialmente ilustrativa la Decisión de la Comisión sobre la aportación de capital de 4.200 mlls de ptas a la empresa española *Hytasa*<sup>66</sup>. 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*

---

<sup>63</sup> 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).

<sup>64</sup> 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).

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> 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).

*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)ncluso 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.*

*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 *Imepiel*<sup>67</sup>, 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*

---

<sup>67</sup> 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).

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 productivas<sup>68</sup> 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 tendentes a la diversificación, sobre todo para absorber la mano de obra 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 CE<sup>69</sup>.

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 otorgadas<sup>70</sup>. A este respecto, RODRÍGUEZ CURIEL<sup>71</sup> 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*<sup>72</sup>, la Comisión llegó a autorizar una parte de la ayuda atendiendo

---

<sup>68</sup> La Comisión cita al respecto una Decisión de 15 de junio de 1989.

<sup>69</sup> 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*”.

<sup>70</sup> 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.

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, p. 107, nota 218 y p. 111.

<sup>72</sup> 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.



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.

Por su parte, en el caso *Pechiney*<sup>73</sup>, aunque la Comisión autorizaría las ayudas al amparo de la 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 1987<sup>74</sup> 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 Comisión<sup>75</sup>, 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 públicos<sup>76</sup>, financiados en parte con dichos fondos.

### 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

---

138).

<sup>73</sup> 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 CURIEL (*Ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 151 y 152).

<sup>74</sup> 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 CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 141, y XVI IPC 1986, apartado 227.

<sup>75</sup> 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 (DOGA, nº 142, de 23.7.2001, p. 9.982).

<sup>76</sup> Sobre esta cuestión, vid. *supra* apartado 4.2.5 del capítulo cuarto.

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 destinan 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 práctica<sup>77</sup>.

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 FARRERES<sup>78</sup>, 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 amenaza común como, por ejemplo, la contaminación del medio ambiente<sup>79</sup>. Es necesario también que la ayuda resulte imprescindible para que el proyecto pueda llevarse a cabo de forma satisfactoria para el interés de la Comunidad<sup>80</sup>. A estos dos requisitos añade KEPPELNE<sup>81</sup> 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 alemanas<sup>82</sup>. En la citada decisión se puntualizó

---

<sup>77</sup> 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; WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 374; HANCHER, L./OTTERVARGEN, 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.

<sup>78</sup> 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 anexa 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.

<sup>79</sup> Como subrayan HANCHER, OTTERVARGEN y SLOT (*EC State...*, op. cit., p. 76), no es precisa la participación de todos los Estados miembros.

<sup>80</sup> 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.

<sup>81</sup> KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 495.

<sup>82</sup> DOCE L 146, de 20.6.1996, p. 42.

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 ayudas de Estado de investigación y desarrollo<sup>83</sup> y de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente<sup>84</sup>.

El primero de estos textos<sup>85</sup> 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*”<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> 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.

<sup>84</sup> Directrices comunitarias sobre ayudas estatales en favor del medio ambiente, apartado 73 (DOCE C 37, de 3.2.2001, p. 3).

<sup>85</sup> Apartado 3.

<sup>86</sup> 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)*”.

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 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<sup>87</sup>”.

### 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 práctico<sup>88</sup>, lo que no ha dejado de suscitar numerosos problemas<sup>89</sup>.

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 EVANS<sup>90</sup>, 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

---

<sup>87</sup> 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”.

<sup>88</sup> 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; WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., p. 475; HANCHER, L./OTTERVARGEN, T./SLOT, P.J.: *EC State...*, op. cit., pp. 76 y 77; KEPPEÑNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 495 y 496; ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 283 s 286.

<sup>89</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G. *El régimen...*, op. cit., pp. 81 y 82.

<sup>90</sup> EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., pp. 13 y 14.

favorable. 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 nacional<sup>91</sup> en relación con los niveles de la Unión<sup>92</sup>, 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 conjunto<sup>93</sup>.

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 1972<sup>94</sup>, previendo entre las modalidades de ayuda la adquisición temporal

---

<sup>91</sup> 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.

<sup>92</sup> 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. Similarmente, 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.

<sup>93</sup> 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 generalizada. 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.

<sup>94</sup> 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 nº 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.

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 1386/1983<sup>95</sup>, 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 aquellas 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, siempre 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 im-

---

cit., p. 12.

<sup>95</sup> 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.

puesto 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*”<sup>96</sup>.

La Comisión consideró excepcional la situación de la economía griega<sup>97</sup>, a la que ya había autorizado unas medidas extraordinarias al amparo del artículo 108 del Tratado CE (hoy artículo 119 CE)<sup>98</sup>, 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.

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 %

---

<sup>96</sup> 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 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”.

<sup>97</sup> 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”.

<sup>98</sup> 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 de los precios, los tipos de interés y la sobrevaloración del dracma griego. Los objetivos del programa de austeridad exigían como presupuesto in-

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 excepción<sup>99</sup>, 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 individuales<sup>100</sup> en relación con las empresas *Piraiiki Patraiki Cotton Manufacturing Co*<sup>101</sup>, *Michailidis*<sup>102</sup> (fibras sintéticas), *Purnara*<sup>103</sup> y *Velka*<sup>104</sup> (textiles), *Athens Paper Mills*, *Tessaly Paper Mills*, *Macedonian Paper Mills*<sup>105</sup> (papeleras), *EPAS*<sup>106</sup> (tratamiento de la madera), y el fabricante de artículos domésticos *Elinda*<sup>107</sup>.

En 1991, la Comisión tuvo ocasión de reiterar su posición con motivo de su decisión en

---

dispensable la maximización del rendimiento económico de las empresas griegas.

<sup>99</sup> *XVII IPC. 1987 (1988)*, apartado 186.

<sup>100</sup> *XVIII IPC 1988*, apartado 217. Cfr. RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., pp. 150, 165, 168, 170 a 173.

<sup>101</sup> Decisión comunicada el 11 de diciembre de 1987, ayuda concedida al principal fabricante textil de Grecia (*Piraiiki-Patraiki*).

<sup>102</sup> Decisión comunicada el 26 de julio de 1988, ayuda en favor del principal productor griego de hilo textil (*S. Michailiois*).

<sup>103</sup> Decisión comunicada el 9 de agosto de 1988, ayudas en favor de la S.A. *POURNARA*, fabricante griego de calcetines.

<sup>104</sup> Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayudas en favor de la S.A. *VELKA A.E.*, fabricante griego de hilo de algodón.

<sup>105</sup> Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayudas en favor de empresas papeleras *Athens Paper Mills*, *Thessaly Paper Mills* y *Mel*.

<sup>106</sup> Decisión comunicada el 5 de octubre de 1988, ayudas griegas en favor de *EPAS*, empresa griega del sector de transformación de madera.

<sup>107</sup> Decisión comunicada el 11 de agosto de 1988, ayuda en favor de *ELINOA*, fabricante griego de aparatos para uso doméstico.



el caso *Halkis*<sup>108</sup> 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 economía<sup>109</sup>.

### 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 sectoriales<sup>110</sup>, 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

---

<sup>108</sup> 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).

<sup>109</sup> 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*”.

<sup>110</sup> 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; WAELBROECK, M./FRIGNANI, A.: *Derecho europeo...*, op. cit., pp. 475 a 480; KEPPENNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., pp. 447 a 491; ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 288 a 291.

elevados costes sociales.

Como subraya MARÍN<sup>111</sup>, 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 MATTERA<sup>112</sup>, 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 de cada sector. Como advierte EVANS<sup>113</sup>, 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 en-

---

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> MATTERA, A.: *El Mercado...*, op. cit., pp. 105 y 113 a 116.

<sup>113</sup> EVANS, A.: *EC Law...*, op. cit., p. 210.

cuadramiento 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)<sup>114</sup>. Sólo cuando un sector carece de un encuadramiento específico se analiza de manera individualizada el expediente<sup>115</sup>. Este comportamiento ha llevado a la Comisión a asumir en cierta medida la dirección de la política industrial de la Comunidad.

Como destaca ROBERTI<sup>116</sup>, 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 operan<sup>117</sup>.

Como recuerda FERNÁNDEZ FARRERES<sup>118</sup>, la posición de la Comisión respecto de la admisibilidad de estas ayudas es ciertamente restrictiva pues, como ya señaló en una

---

<sup>114</sup> VALLE GÁLVEZ, A.: “Las ayudas...”, op. cit., p. 903.

<sup>115</sup> 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> (última consulta realizada en octubre de 2001). 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/nn049-99.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn049-99.pdf) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>116</sup> ROBERTI, G.M.: “Le contrôle...”, op. cit., pp. 409 y ss.

<sup>117</sup> 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.

<sup>118</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 83.

Comunicación al Consejo de 25 de mayo de 1978<sup>119</sup>, “*si bien las ayudas estatales tienen un papel que jugar garantizando 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 1978*<sup>120</sup> las siguientes reglas de valoración<sup>121</sup>:

- 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 sociales y económicos, bajo determinadas circunstancias y mediando condiciones estrictas<sup>122</sup>.

---

<sup>119</sup> *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 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 *I IPC 1971*, apartado 165.

<sup>120</sup> Apartado 176.

<sup>121</sup> 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*”.

<sup>122</sup> 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.

- 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 crisis<sup>123</sup>, 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 circunstancias<sup>124</sup>.

### 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 directrices, denominadas horizontales<sup>125</sup>, con las que ha tratado de 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

---

<sup>123</sup> Como reconoce TILMANS (“State Aids: Most Recent Developments”, en *EC Comp. Pol. News*, nº 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.

<sup>124</sup> 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).

<sup>125</sup> La Comisión califica como “horizontales” las directrices relativas a I+D (DOCE C 45, de 17.2.1996, p. 5), a medio ambiente (DOCE C 37, de 3.2.2001, p.3), a salvamento y a reestructuración de empresas en crisis (DOCE C 288, de 9.10.1999, p. 2), a PYMES (DOCE C 213, de 23.7.1996, p. 4), a empleo (DOCE C 334, de 12.12.1995 y DOCE C 1, de 12.1.1997) y a zonas urbanas desfavorecidas (DOCE C 146, de 14.5.1997, p. 6).

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 especial<sup>126</sup>.

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*<sup>127</sup>. Con arreglo a este informe, la ayuda debe reunir básicamente los siguientes requisitos: estar directamente subordinada a la realización de un programa 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 definida<sup>128</sup>.

Según resalta RODRÍGUEZ CUIEL<sup>129</sup>, 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 cumplían 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 común<sup>130</sup>.

De acuerdo con el este esquema, la Comisión adoptó importantes decisiones como las

---

<sup>126</sup> Este es el caso, por ejemplo, de las ayudas a empresas en crisis del sector bancario.

<sup>127</sup> 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).

<sup>128</sup> 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, apartado 99.

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ CUIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...* op. cit., p. 97.

<sup>130</sup> 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 octubre de 2001), supondría introducir criterios de política industrial en el sector de que se tratase.

relativas a las empresas automovilísticas<sup>131</sup> *Renault*<sup>132</sup> y *Rover*<sup>133</sup>.

Otras decisiones, como la concerniente a la siderúrgica francesa *Pechiney*<sup>134</sup>, hacen referencia solamente a la letra c del apartado 3º del artículo 87 CE y a los requisitos de las ayudas sectoriales<sup>135</sup>. Por su parte, la decisión relativa al fabricante de camiones española *Enasa*<sup>136</sup>, adoptada también en el marco de la misma excepción, se limita a afirmar la aplicabilidad de los dos principios arriba enunciados<sup>137</sup>. 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)*<sup>138</sup>, *MTM/ATEIMSA*<sup>139</sup> o *Bull (I)*, caso este último en el que la Comisión decidió finalmente el archivo del expediente<sup>140</sup>.

En 1994, la Comisión logró al fin aprobar unas líneas directrices específicas sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis<sup>141</sup> que, tras ser

---

<sup>131</sup> Téngase en cuenta que las primeras directrices del sector del automóvil son de 1989 (DOCE C 123, de 15.5.1989, p. 3).

<sup>132</sup> 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).

<sup>133</sup> 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). 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 CURIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 141.

<sup>134</sup> 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).

<sup>135</sup> Apartado 176 del VIII IPC 1978.

<sup>136</sup> 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).

<sup>137</sup> A juicio de RODRÍGUEZ CURIEL (*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”.

<sup>138</sup> 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).

<sup>139</sup> Decisión comunicada el 16 de mayo de 1989, ayudas en favor de *MTM/ATEIMS*. XIX IPC 1989, apartado 193.

<sup>140</sup> 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.

<sup>141</sup> 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., por todos, 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 inter-

prorrogadas<sup>142</sup>, han sido finalmente actualizadas en 1999<sup>143</sup>.

---

net: europa.eu.int/en/comm/dg04/speech/four/htm/sp94045, pero en la actualidad (octubre de 2001) no está disponible.

<sup>142</sup> 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.

<sup>143</sup> 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.



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 CECA<sup>144</sup>, sin perjuicio de las normas sectoriales específicas relativas a las empresas en crisis<sup>145</sup>. Aunque cabe la aprobación de regímenes generales<sup>146</sup>, 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 Comisión<sup>147</sup>.

### 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 crisis<sup>148</sup>, es la de ofrecer una definición de “*empresa en crisis*”. Conforme a estas Directrices<sup>149</sup>, 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 que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo*”.

---

<sup>144</sup> Por otro lado, debe tenerse en cuenta que estas directrices serán también aplicables a la industria siderúrgica no regulada por el Tratado CECA (siderurgia no CECA), ya que sólo están 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.

<sup>145</sup> 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).

<sup>146</sup> 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 apartado 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 (DOGA, n° 142, de 23.7.2001, pp. 9.982 y 9.990).

<sup>147</sup> Cfr. punto 100 de las actuales directrices.

<sup>148</sup> 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.

<sup>149</sup> Apartado 2.1, puntos 4 a 8.

La Comisión concreta esta definición señalando tres supuestos básicos, especialmente restrictivos<sup>150</sup>, 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 limitada*<sup>151</sup> 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 expresamente 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 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 creación<sup>152</sup>, aunque su situación financiera inicial sea precaria<sup>153</sup>, así como a las empresas que formen parte de un

---

<sup>150</sup> 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.

<sup>151</sup> 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.

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> 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.

grupo que no pueden acogerse a las ayudas de salvamento y reestructuración<sup>154</sup>, 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, dos fases de una única operación<sup>155</sup>, a pesar de que respondan a mecanismos distintos<sup>156</sup>.

Las ayudas de salvamento son, por su propia naturaleza, transitorias y excepcionales<sup>157</sup>. 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 mismo<sup>158</sup>.

---

<sup>154</sup> 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.

<sup>155</sup> 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.

<sup>156</sup> Como ejemplo de autorización de ayuda de salvamento puede verse la Decisión relativa a la ayuda de Estado nº N 498/99, España, ayuda de salvamento en favor de *Minas de Río Tinto, S.A.L.* (16.2.2000. SG(2000) D/101511) o la más reciente relativa a la compañía aérea *Sabena* (IP/01/1432, de 17.10.2001). [http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/n498-99.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n498-99.pdf) (última consulta realizada en octubre de 2001).

<sup>157</sup> A este respecto, en el punto 25 de las Directrices se afirma claramente que “(1) *la 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*”.

<sup>158</sup> 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 reestructuración<sup>159</sup> 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 empresa<sup>160</sup>. La Comisión exige que este plan sea “*realista, coherente y de amplio alcance*”<sup>161</sup>.

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 CE<sup>162</sup>, quedan sujetas a la regla general de 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 punto<sup>163</sup>, la Comisión advierte expresamente que el único fundamento para la compatibilidad de las ayudas de salvamento o de reestructuración de empresas en crisis es

<sup>159</sup> Vid. apartados 2.2 (punto 11) y 3.2, *in totum*, de las directrices.

<sup>160</sup> Como destaca MORCH (“Summary of the Most Important Recent Development”, en *EC Comp. Pol. New*, vol 1, nº 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.

<sup>161</sup> 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.

<sup>162</sup> 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.

<sup>163</sup> Vid. apartado 2.5.

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 empresa<sup>164</sup> y, en su caso, por contrapartidas suficientes para los competidores.

### 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 condiciones<sup>165</sup>.

En primer lugar, se consideran “*ayudas de tesorería*”, por lo que sólo pueden concederse en forma de garantías sobre préstamos o en préstamos propiamente dichos<sup>166</sup>, con la única excepción del sector bancario, al objeto de que el establecimiento de crédito en cuestión

---

<sup>164</sup> 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.

<sup>165</sup> 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 KEP-PENNE (*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.

<sup>166</sup> 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).

pueda seguir ejerciendo temporalmente su actividad bancaria<sup>167</sup>, en atención a las consecuencias que una crisis bancaria puede ocasionar<sup>168</sup>.

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 MARÍN<sup>169</sup>, supone, sin duda, la 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 mercado<sup>170</sup>.

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.

---

<sup>167</sup> 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.

<sup>168</sup> 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.

<sup>169</sup> MARÍN ARRESE, J.P.: “La política...”, op. cit., p. 62.

<sup>170</sup> No podemos olvidar en este punto que la Comisión ya había calificado en sus primeras decisiones como “ayudas de rescate” aquellas 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 papalero (Asunto *Intermills*) (DOCE L 280, de 2.10.1982, p. 30).

Finalmente, el importe de la ayuda deberá limitarse al necesario para mantener a la empresa en funcionamiento<sup>171</sup> 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 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 CE<sup>172</sup>.

### 3.5.3.2. Ayudas de reestructuración

Por lo que respecta a las ayudas a la reestructuración, su otorgamiento está también<sup>173</sup> condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos generales<sup>174</sup>. 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 idéntico<sup>175</sup>.

#### 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.

---

<sup>171</sup> Por ejemplo, cobertura de los costes salariales o de suministros corrientes.

<sup>172</sup> El documento habla en términos taxativos de incoar, lo cual en la práctica depende de la voluntad de la propia Comisión, sin perjuicio de que los terceros interesados puedan acudir a los tribunales.

<sup>173</sup> 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.

<sup>174</sup> 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.

<sup>175</sup> 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.

**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

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 gocen de reconocimiento general<sup>176</sup>.

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 cuestión, y barajar hipótesis optimistas, pesimistas e intermedias<sup>177</sup>, 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

---

<sup>176</sup> La Comisión afirma con rotundidad que una buena reestructuración debe implicar el abandono de las actividades que, incluso una vez realizada la reestructuración, sigan generando pérdidas estructurales.

<sup>177</sup> En el caso *Crédit Lyonnais*, la Comisión califica el plan de reestructuración de “*ligeramente optimista*”, a pesar de lo cual finalmente lo aprueba. 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).



fondos propios de la empresa reestructurada deberá bastar para que ésta pueda afrontar la competencia contando exclusivamente con sus propias fuerzas<sup>178</sup>.

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 si el plan de reestructuración presentado va a permitir efectivamente a la empresa en crisis cubrir todos los costes, incluidos los relativos a la amortización y a las cargas financieras, y generar un mínimo rendimiento del capital, 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 observaciones<sup>179</sup> que estimen oportunas o, en su caso, que acrediten el cumplimiento de alguna de las condiciones<sup>180</sup>.

En el caso *Bull (II)*<sup>181</sup>, 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,*

---

<sup>178</sup> 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*”.

<sup>179</sup> La Comisión acude también al asesoramiento externo para valorar, conforme al principio del inversor privado en una economía de mercado, si la operación proyectada 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).

<sup>180</sup> 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).

<sup>181</sup> 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).

pueda realizar el aumento de escala imprescindible, reorientar su estrategia y recuperar la confianza en el futuro de sus clientes y de su personal<sup>182</sup>”. En otros casos, como por ejemplo el relativo a la entidad francesa *Gan*, son precisamente las autoridades nacionales quienes aportan diversos informe de expertos externos<sup>183</sup>, como en el caso *GEA*<sup>184</sup>, 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 1988<sup>185</sup>, 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<sup>186</sup>”. 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”.

---

<sup>182</sup> 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”.

<sup>183</sup> 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 JP 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”.

<sup>184</sup> 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).

<sup>185</sup> 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.

<sup>186</sup> 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).

De donde se infiere que el punto de referencia básico empleado para adoptar la decisión es la evolución de otras empresas equivalentes del mismo sector<sup>187</sup>.

Recientemente, la Comisión también ha tenido ocasión<sup>188</sup> de tomar 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*<sup>189</sup>, 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 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 SA*<sup>190</sup> a una empresa privada, la Comisión decidió prorrogar el procedimiento incoado en abril de 1998<sup>191</sup> 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 adoptada<sup>192</sup> concluyó autorizando la mayor parte de las ayudas cuestionadas al amparo de las presentes directrices<sup>193</sup>, 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 común<sup>194</sup>, puede exigir la adopción de medidas que mitiguen en lo posible las consecuencias negativas que la ayuda puede acarrear para los competidores.

---

<sup>187</sup> 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.

<sup>188</sup> XXX IPC 2000. SEC(2001) 694 final (apartado 342).

<sup>189</sup> *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).

<sup>190</sup> asunto C 33/98 (ex N 220/2000), Decisión de la Comisión de 13.6.2000 (DOCE C 232 de 12.8.2000).

<sup>191</sup> DOCE C 249, de 8.8.1998, p. 3.

<sup>192</sup> Vid. IP/01/932, de 3.7.2001. (“La Comisión aprueba la mayor parte de la ayuda a Babcock Wilcox Española, S.A.”).

<sup>193</sup> 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.

<sup>194</sup> El hecho de que la medida cuestionada haya sido calificada como de ayuda estatal implica necesariamente que afecta la competencia y los intercambios intracomunitarios.

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, una vez transcurrido el período de reestructuración<sup>195</sup>.

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 mercado<sup>196</sup>.

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 existencia incumbe probar 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 aquélla<sup>197</sup>. Si embargo, aún cuando no existiese un exceso de capacidad, 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.

---

<sup>195</sup> 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.

<sup>196</sup> 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.

<sup>197</sup> En este punto, la Comisión precisa 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 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. A título de ejemplo, 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”.

Una decisión especialmente ilustrativa a este respecto es la relativa a la segunda operación de recapitalización del grupo bancario público francés *Crédit Lyonnais*<sup>198</sup>, 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 resuelto<sup>199</sup>, 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 parte<sup>200</sup>.

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 finan-

---

<sup>198</sup> 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).

<sup>199</sup> Cfr. IP/01/932, de 3.7.2001. (“La Comisión aprueba la mayor parte de la ayuda a Babcock Wilcox Española, S.A.”).

<sup>200</sup> 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 proporcional 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 “(*la 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*”.

ciación 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 viable<sup>201</sup>.

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*”<sup>202</sup>.

#### **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.

---

<sup>201</sup> En el apartado 38 de las directrices sobre el 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)), se señala claramente que “*durante el período de reestructuración, la empresa deberá abstenerse de adquirir acciones de otras compañías aéreas*”.

<sup>202</sup> El artículo 1.d de la 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), 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*”.

**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 adoptada<sup>203</sup>.

En el caso de que el plan de reestructuración se prolongue durante varios años y de que movilice ayudas importantes, podrá exigírsele 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 cumulativamente<sup>204</sup>.

Las Directrices<sup>205</sup> prestan atención a la posible modificación del plan de reestructuración<sup>206</sup>, 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 propuestas 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

---

<sup>203</sup> En caso de que no se cumpliera estrictamente el plan autorizado, las Directrices de 1994 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”. 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 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.

<sup>204</sup> 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).

<sup>205</sup> Apartado 3.2.4.

<sup>206</sup> Las directrices de 1994 señalaban que la Comisión considera ineludible garantizar que el plan es cumplido en su integridad, “salvo que se modifique la decisión original a raíz de una nueva notificación del Estado miembro”.

*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 control<sup>207</sup>, mediante informes periódicos y detallados, que deberán ser presentados por el Estado miembro, cuyo rigor y periodicidad está en función del tamaño de la empresa<sup>208</sup>.

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 anual<sup>209</sup>, 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 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.

---

<sup>207</sup> 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.

<sup>208</sup> 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”.

<sup>209</sup> 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.



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 autorización<sup>210</sup>.

#### 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*”). 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 otra<sup>211</sup>. Si así fuera y el período de reestructuración se hubiese acabado o el plan hubiese dejado de aplicarse hace menos de diez años, la Comisión, por regla general<sup>212</sup>, no autorizará la concesión de una nueva ayuda de reestructuración “*salvo que concurran 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 general<sup>213</sup> de que la aplicación de esta cláusula no puede ser absoluta, sino flexible, se debe a la jurisprudencia<sup>214</sup>, que ha venido exigiendo a la Comi-

<sup>210</sup> 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.

<sup>211</sup> 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 (nº 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.

<sup>212</sup> 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.

<sup>213</sup> 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.

<sup>214</sup> 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.

sión el examen pormenorizado de cada caso concreto y no la aplicación automática de esta regla.

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 procedimiento 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 adquiera los activos de otra<sup>215</sup> 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 mercado<sup>216</sup>; o c) la liquidación o la recuperación y absorción no sean meras fórmulas para evitar la aplicación de este principio<sup>217</sup>.

### 3.6. LA EXCEPCIÓN CULTURAL

La denominada *excepción cultural* es un concepto de reciente incorporación al Derecho comunitario, puesto que fue incorporada al apartado 3 del artículo 87 CE en virtud del Tratado de la Unión Europea de 1992<sup>218</sup>. Hasta entonces, como subraya ARPIO<sup>219</sup>, las ayudas

---

<sup>215</sup> 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.

<sup>216</sup> Las directrices señalan expresamente que con ello se evita cualquier “fuga” hacia la nueva empresa de las ayudas concedidas a la anterior.

<sup>217</sup> 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, pendiente de publicación) 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.

<sup>218</sup> 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.

<sup>219</sup> ARPIO SANTACRUZ, J.L.: *Las ayudas...*, op. cit., pp. 299 a 301, en concreto p. 299.

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 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 CE<sup>220</sup>.

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 empresarial<sup>221</sup> independientemente de su finalidad<sup>222</sup>. La inclusión en el apartado 3 del artículo 87 CE supone necesariamente que las medidas culturales que reúnan las condiciones del apartado 1 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 KEPPELNE<sup>223</sup>, que quedan excluidas las ayudas que favorezcan la compartimentación del mercado cultural europeo.

---

<sup>220</sup> 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.

<sup>221</sup> 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*, Laivento, Santiago de Compostela, 1995.

<sup>222</sup> 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.

<sup>223</sup> 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).

Estas ayudas se desenvuelven en tres ámbitos básicos: a) la producción cinematográfica, b) la televisión, y c) el libro; no pudiéndose ignorar otras actividades<sup>224</sup>, como las deportivas<sup>225</sup> o la conservación del patrimonio cultural<sup>226</sup>. Un ejemplo ilustrativo es la Decisión relativa a las subvenciones concedidas para la restauración del monasterio vallisoletano de Santa María de Retuerta<sup>227</sup>.

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 CE<sup>228</sup>, 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 cate-

---

<sup>224</sup> 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 Mítica*, en la Comunidad Valenciana. Cfr. IP/01/868, de 20 de junio de 2001 y DOCE C 300, de 26.10.2001, p. 2.

<sup>225</sup> 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.

<sup>226</sup> 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).

<sup>227</sup> Ayuda de Estado nº N 503/99.

<sup>228</sup> 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.

gorías de ayudas y no las específicamente previstas en los demás apartados de este precepto<sup>229</sup>.

Como destaca KEPPELNE<sup>230</sup>, el Consejo, al amparo de esta norma, pudo tomar en consideración circunstancias de orden económico y 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 Consejo<sup>231</sup>.

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 ejemplo<sup>232</sup> 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 Comisión<sup>233</sup>.

---

<sup>229</sup> 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.

<sup>230</sup> KEPPELNE, J.P.: *Guide...*, op. cit., p. 497.

<sup>231</sup> En este sentido, vid. KEPPELNE, 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.

<sup>232</sup> Una interesante relación de casos se puede encontrar en RODRÍGUEZ CUIEL, J.W.: *Ayudas de Estado...*, op. cit., p. 98, reproducida por FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 97, nota 77.

<sup>233</sup> 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 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.

Esta facultad, que hace posible incluso la autorización de ayudas sobre las que la Comisión ha iniciado una investigación formal <sup>234</sup> 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 último <sup>235</sup>.

---

<sup>234</sup> 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.

<sup>235</sup> Vid., por todos, FERNÁNDEZ FARRERES, G.: *El régimen...*, op. cit., p. 86.

## CAPÍTULO PRIMERO

### I

El control de las ayudas estatales y de las subvenciones es hoy, de manera indiscutible, una parte esencial del Derecho de la libre competencia, junto con las demás prácticas anticompetitivas que tradicionalmente se engloban en la denominación de *Derecho antitrust*.

La regulación más desarrollada se encuentra en el Derecho comunitario europeo que, en algunos efectos, conviene contrastar con el régimen internacional derivado de los acuerdos del GATT y de la OMC.

### II

Desde una óptica estrictamente jurídica, el término *ayuda* presenta múltiples problemas basados en la ausencia de un significado unívoco y en el consiguiente empleo de distintas expresiones con un sentido no siempre equivalente. Este problema es común a los diferentes ámbitos normativos examinados

Frente a la clásica *subvención*, son cada vez más las modalidades de intervención estatal que pueden ser calificadas de ayuda o subvención. En este contexto, la participación pública en el capital constituye una modalidad de singular importancia, tanto por el volumen de ayuda individual que se ha llegado a otorgar por esta vía como por las dificultades que sigue suscitando su control. A ello obedece el interés que ha despertado y el tratamiento específico que de las mismas se ha venido haciendo tanto en la normativa comunitaria como internacional.

### III

En el ámbito del comercio internacional, el ASMC de 1979 ya incluía en una enumeración de posibles modalidades de subvención contenida en su artículo 11(3) la “sus-

*cripción o aportación por el Estado de capital social*". Por su parte, el Acuerdo de 1994, que ya define la noción de subvención, recoge la expresión más genérica de "*aportaciones de capital*".

En el Derecho comunitario aunque se plantea su posible control a principios de la década de los setenta (*I IPC 1971*), será preciso esperar a la década de los ochenta para que la Comisión acometa de manera directa su tratamiento específico. En primer lugar, aprobó la Directiva 80/723/CEE, 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, que imponía a éstos la obligación de remitir cierta información *sensible* acerca de las relaciones financieras que mantienen con las empresas bajo su control; con posterioridad, comenzó a adoptar las primeras decisiones negativas (1982), para remitir finalmente a los Estados miembros un documento en el que formula su posición al respecto: la Comunicación de 17 de septiembre de 1984, bajo el título *Aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CEE a las participaciones de los poderes públicos*.

#### IV

La Comunicación de 1984 continúa siendo el documento de referencia a la hora de abordar la participación pública en el capital desde la perspectiva del control comunitario sobre ayudas estatales. El análisis que hace la Comisión en este documento sigue hoy plenamente vigente, como lo prueba su empleo tanto en decisiones individuales como en las formulaciones generales adoptadas en forma de directrices o de encuadramientos.

La Comunicación de la Comisión sobre las empresas públicas del sector de fabricación, adoptada en 1993, reafirma la vigencia de la de 1984 aportando importantes precisiones en su aplicación práctica.

#### V

El extraordinario avance que, desde la perspectiva del establecimiento de un régimen de competencia no falseada, ha supuesto plantear la delicada cuestión de la posible existencia de ayuda estatal en las operaciones empresariales públicas no hubiera sido posi-



ble sin su pronto reconocimiento por la jurisprudencia comunitaria. En este sentido, se observa cómo en los primeros recursos se cuestionaba la legalidad de la intervención de la Comisión en un terreno que se le consideraba vedado para, posteriormente, pasar a examinar de manera concreta si la intervención enjuiciada podía ser calificada como ayuda estatal.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### VI

Desde la perspectiva del Derecho de la libre competencia en general, tanto en su dimensión comunitaria como internacional, no se cuestiona la “*participación*” o presencia pública en el capital de las empresas, sino su posible incidencia en las condiciones en las que las empresas con participación pública compiten en el mercado. Por ello, y sólo en este sentido, podemos identificar las expresiones “*participación (pública) en el capital*” y “*aportación (pública) de capital*”.

### VII

Es preciso cohonestar la noción jurídica de *capital* con su acepción financiera. En sede de defensa de la competencia no se puede reducir el alcance del término “*capital*” al de “*capital social*”, sino que debe reconducirse al más amplio de “*recursos propios*”, puesto que el objetivo de estas intervenciones es reforzar financieramente a las empresas beneficiarias. En la expresión “*aportación de capital*” se usa en su acepción financiera y no estrictamente jurídica, como sinónimo, en definitiva, de la noción de “*capital de riesgo*”. En consecuencia, debemos considerar “*aportaciones de capital*” tanto las transferencias que incrementan la cifra del capital social como otras que, sin alterar aquélla, elevan el pasivo no exigible de las empresas beneficiarias.

Este criterio aparece recogido de manera implícita en la propia Comunicación de 1984 al admitir la existencia de figuras afines y, desde luego, en la práctica posterior de la Comisión al analizar numerosas operaciones de recapitalización de empresas.

## VIII

La aportación de capital por excelencia es la aportación inicial o fundacional que dota a la nueva sociedad de los recursos necesarios para su actividad. Desde el punto de vista del control sobre las subvenciones o sobre las ayudas estatales, la única hipótesis que puede suscitar la presencia 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).

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.

## IX

Por lo que se refiere a las aportaciones de capital (social) que se efectúan durante la vida de las sociedades, son diversos los factores que pueden llevar a alterar tanto su cuantía como la titularidad de las acciones o participaciones en que se distribuye, pues, tanto el crecimiento como el deterioro económico de la sociedad pueden hacer necesaria su modificación. En las diversas hipótesis es posible apreciar la presencia de elementos de ayuda estatal.

El análisis de la práctica comunitaria revela que la aportación de capital mediante el aumento de la cifra de capital social es la modalidad más frecuente. Dicha operación se efectúa generalmente mediante nuevas aportaciones en metálico o *in natura* (nuevos activos), aunque no pasan desapercibidos los aumentos de capital mediante compensación de créditos o conversión de obligaciones en acciones.

## X

Mención especial merecen los supuestos de aumento de capital con cargo a reservas o a beneficios. Esta operación no supone, en realidad, la aportación de “*recursos nue-*

vos”, sino la reubicación de recursos que ya formaban parte del patrimonio social. Se trata, en definitiva, de una reestructuración de los recursos propios de la sociedad. En consecuencia, no puede plantearse, en principio, la posible existencia de elementos de ayuda estatal. No obstante, en relación con los llamados “*aumentos de capital mixtos*”, en la medida en que al menos una parte de los fondos empleados tiene la consideración de nuevos, cabe suscitar la posible existencia de ayuda estatal.

## XI

Junto a las aportaciones de capital que afectan a la cifra de capital social, existen otras operaciones que sin incidir en aquélla refuerzan financieramente a la empresa. Se trata de las aportaciones de recursos propios no capitalizables: las aportaciones de los socios para cubrir pérdidas; las denominadas “*subvenciones de capital*”; la compraventa de acciones o de participaciones sociales; los préstamos participativos y subordinados; las denominadas “*aportaciones negativas*” y la suscripción de híbridos financieros.

## XII

Las aportaciones de los socios para compensar pérdidas deben reunir determinados requisitos si quieren merecer la calificación de fondos propios: estar afectadas al riesgo de la empresa y ser definitivas e irrevocables. Se identificarían con esta acepción las aportaciones que la doctrina italiana denomina “*versamenti in conto capitale*”, por cuanto se trata de aportaciones realizadas libre y espontáneamente por los socios que, a pesar de que no se incorporan al capital nominal de las sociedades, forman parte de sus fondos propios.

A propósito de las “*subvenciones de capital*” se discute también si forman o no parte de los recursos propios de la empresa y, en caso afirmativo, bajo qué condiciones, sin que exista al respecto una posición unánime.

En el ámbito comunitario, la Directiva 80/723/CEE 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, enumera entre las relaciones financieras cuya transparencia ha de quedar garantizada la “*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 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 competitivos. A su vez, la compensación de cargas tiene que analizarse a la luz del artículo 86.2 CE (antiguo artículo 90.2 Tratado CE) relativo a la gestión de servicios de interés económico general. En la práctica, tales aportaciones suelen tener 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.

### XIII

La compraventa de acciones o de participaciones sociales también puede contener elementos de ayuda de Estado. La compra de éstas por un valor distinto al de mercado puede beneficiar al vendedor o al comprador, según que el valor de transacción sea superior o inferior al del mercado. Sin embargo, no todos estos supuestos de ayuda estatal pueden calificarse en rigor de aportaciones de capital, ya que en el contenido de la ayuda no se aprecia la asunción del riesgo empresarial, sino la aportación directa de recursos por la diferencia de valor, que se configura como una simple subvención.

Existe, no obstante, una excepción a esta afirmación en el caso de la adquisición de acciones propias de la empresa beneficiaria, ya que habría verdadera asunción de riesgo empresarial y, por tanto, una genuina aportación de capital, de la que se beneficiaría la propia empresa.

### XIV

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 empresas. 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 suponen la asunción de un riesgo empresarial equiparable al de los socios, por lo que debe de incluirse en el concepto extensivo de aportación de capital.

## XV

Por paradójico que pueda parecer, también cabe plantearse la presencia de ayudas de Estado en supuestos en que los socios lejos de aportar capital nuevo permiten que éste se reduzca o se abstengan de retirar los beneficios. Son las denominadas “*aportaciones negativas*” entre las que, como se acaba de apuntar, figuran la renuncia a beneficios o la reducción de capital. Así, la Directiva sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas incluye en su artículo 3.d) “*la concesión de ventajas financieras en forma de no percepción de beneficios o de no recuperación de créditos*” 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 reconocido en algún documento que la reducción de capital o de reservas puede constituir una 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 capital, ignorando incluso el deber legal de proceder a su reducción.

## XVI

Las diferentes modalidades de híbridos financieros son también un posible cauce para ayudas estatales en forma de aportación de capital. No obstante, aún son escasos los supuestos de híbridos del capital (acciones sin voto, rescatables y con interés), de deuda

(obligaciones perpetuas, participativas y subordinadas) y *warrants* examinados por la Comisión en este contexto. Destaca, por su singular relevancia, el expediente relativo a la suscripción por la *CDC-Participations* de títulos emitidos por *Air France*.

## CAPÍTULO TERCERO

### XVII

Las reglas de procedimiento son una pieza clave del control sobre subvenciones y las ayudas estatales. En el comercio internacional, el ASMC de 1994 sigue lo que se ha denominado “*planteamiento del semáforo*”, distinguiendo entre subvenciones prohibidas (luz roja), subvenciones recurribles (luz ámbar) y subvenciones no recurribles (luz verde) y estableciendo los mecanismos de control correspondientes a cada una de ellas. La notificación de una medida, en los casos que es precisa, no prejuzga su condición jurídica ni sus efectos, por lo que no significa reconocimiento alguno de su carácter de subvención. Las reglas de procedimiento contenidas en dicho Acuerdo deben completarse con las normas internas de desarrollo en cada uno de los países signatarios del mismo.

### XVIII

En el Derecho comunitario, a diferencia del Tratado CECA, el Tratado CE contiene en el artículo 88 CE (antiguo 93 Tratado CE) algunas previsiones sobre el procedimiento aplicable a las ayudas estatales, que pronto se mostraron insuficientes en la práctica. Fue la jurisprudencia comunitaria y la labor de la propia Comisión la que palió, en parte, esta carencia.

En la actualidad las normas de referencia son 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 (hoy artículos 87 y 88 CE) a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales, y 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).

## XIX

El Reglamento del Consejo (CE) n° 994/98 aporta dos novedades básicas: dota de base legal a la regla *de minimis* en materia de ayudas estatales, que la Comisión venía admitiendo desde 1992, y admite las exenciones por categorías en el ámbito de las ayudas estatales.

De acuerdo con las anteriores previsiones, la Comisión ha aprobado ya tres 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, el 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* y el 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.

## XX

El Reglamento del Consejo (CE) n° 659/1999 tiene como misión codificar y consolidar la práctica que la Comisión, ateniéndose a la jurisprudencia de los tribunales, había ido desarrollando para la aplicación del artículo 88 CE. Esta norma ofrece diversas definiciones de utilidad, regulando cuatro procedimientos en 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 ayudas existentes. De todos ellos es el relativo a las ayudas notificadas el que es objeto de un tratamiento más completo, ya que actúa como modelo-tipo de los otros tres, que se remiten a él en numerosas ocasiones.

## XXI

El procedimiento aplicable a las ayudas notificadas desarrolla las dos obligaciones básicas de los Estados miembros: la notificación previa de los proyectos de ayudas nue-

vas y no la de hacer efectivas las ayudas hasta que hayan sido autorizadas por la Comisión. Además, regula dos fases claramente diferenciadas: el examen preliminar y la investigación formal.

Desde un punto de vista práctico, la participación pública en el capital ha sido uno de los supuestos que presentó mayor dificultad a la hora de determinar cuándo era necesaria la notificación previa. Dichos problemas derivaban en gran medida de la resistencia de los Estados miembros a someter al control de la Comisión unas actividades que consideraban de su exclusiva responsabilidad y ajenas al ámbito de aplicación de las reglas sobre ayudas estatales. A esta fundamental cuestión vino a responder principalmente la Comunicación de la Comisión de 17 de septiembre de 1984, al analizar las obligaciones de los Estados miembros en las distintas hipótesis de aportación de capital.

En los supuestos en que, en principio, se excluye la existencia de ayuda estatal, no es precisa la notificación previa, aunque la Comisión solicita información *a posteriori*. Por el contrario, en los supuestos en que, de acuerdo con la citada Comunicación, la aportación de capital constituiría con certeza una ayuda, los Estados miembros estarán sujetos a la obligación general de notificación previa. Finalmente, en los casos en los que la existencia de ayudas de Estado es dudosa, la Comisión deberá ser también informada *a posteriori*, salvo cuando exista al menos una presunción de la existencia de ayudas.

## CAPÍTULO CUARTO

### XXII

El carácter estatal de la intervención cuestionada es el necesario punto de partida de nuestro análisis. Sólo si una medida puede reputarse de estatal, será posible analizar su contenido y su alcance al objeto de valorar si puede ser calificada como ayuda o subvención.

El origen de las medidas que pueden llegar a ser calificadas como ayudas o subvenciones suscita todavía diversos problemas, que se hacen especialmente sensibles en el caso de las aportaciones de capital. Además, esta cuestión ha sido tradicionalmente un



punto especial de conflicto en el marco de las negociaciones internacionales entre los Estados Unidos y la Unión Europea. Mientras 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 fondos públicos.

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 que se plasmó en la redacción del Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de 1994, el cual incluyó en la definición de subvención ambos elementos –la carga efectiva para los recursos públicos y el beneficio para el receptor– y exigió su concurrencia cumulativa en una medida para poder calificarla como de subvención.

### XXIII

En el Derecho comunitario, una de las mayores dificultades que presentan las ayudas otorgadas en forma de participación pública en el capital es, precisamente, 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.

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. 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 de naturaleza estatal y no sobre las ayudas privadas ni sobre las ayudas comunitarias.

### XXIV

La interpretación del alcance de la expresión utilizada por el legislador comunitario, especialmente en la referencia más amplia del CE, ha suscitado en la práctica diversos

conflictos, que se pueden concretar en la extensión que hay que atribuir a los términos *Estado* y *fondos estatales*, y en el carácter alternativo o cumulativo de ambas condiciones.

El término *Estado* no sólo comprende las ayudas otorgadas por la Administración Central o General del Estado, en sentido estricto, sino que, en los Estados de estructura compleja, también incluye las ayudas otorgadas por las diferentes administraciones territoriales, de acuerdo con las previsiones constitucionales de cada Estado miembro. Igualmente, debemos considerar incluidos en dicho término tanto los órganos ejecutivos como los legislativos.

## XXV

Son imputables al Estado tanto las ayudas otorgadas directamente por el Estado, en el sentido amplio antes indicado, como las concedidas de manera indirecta a través de organismos o de instituciones públicas o privadas, sobre las que los poderes públicos ejerzan una influencia dominante.

Las ayudas indirectas presentan, al menos, dos cuestiones de interpretación especialmente complejas: la imputación al Estado y su financiación por éste.

## XXVI

La noción de imputabilidad ha recibido en la jurisprudencia comunitaria y en la práctica de la Comisión una interpretación esencialmente funcional y no formal.

Con carácter general, 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 de 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, el que establece las condiciones para su distribución y quien normalmente aporta los recursos necesarios para ponerla en práctica.

Por el contrario, en los casos en que las potenciales ayudas sean otorgadas por organismos o por entidades no creadas específicamente para ello, resulta mucho más complejo estimar que estamos ante una intervención imputable al Estado. Las instituciones comunitarias vienen considerando *ayudas estatales*, a los efectos del artículo 87 CE, los beneficios concedidos a través de instituciones u organismos públicos que realizan funciones típicas del Estado bajo su supervisión, como son los bancos centrales y los organismos nacionales de la Seguridad Social.

Más difícil es dilucidar si constituyen ayudas otorgadas por el Estado las concedidas a través de los establecimientos de crédito, los holdings públicos, o las empresas públicas comerciales, que actuarían como intermediarios (o entidades instrumentales) de los poderes públicos, siendo la complejidad aún mayor cuando se acude a titularidades fiduciarias. 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 estatal.

## XXVII

Tanto la Comisión como los tribunales comunitarios mantienen también una interpretación amplia de la noción *fondos estatales*, que comprende no sólo los fondos procedentes de los presupuestos públicos, sino también los recursos de origen privado que queden, mediante el ejercicio legislativo o administrativo de poder público, afectados a una determinada empresa o producción, por lo que las medidas financiadas por los mismos pueden constituir ayudas estatales. *A contrario sensu*, las ayudas concedidas por organismos independientes del Estado y cuyos recursos proceden exclusivamente de contribuciones voluntarias de personas privadas quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 87.1 CE.

## XVIII

La interpretación de la disyuntiva que formula el apartado 1 del artículo 87 CE entre “*ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales*” plantea una cuestión de singular alcance práctico. Si se reduce el concepto de ayuda estatal únicamente a las medidas que supongan un sacrificio de recursos públicos, incluso entendiéndolos en la forma amplia antes expuesta, se limita notablemente el ámbito de aplicación del dicho precepto y con ello el poder de la Comisión para ejercer sus facultades de control sobre las medidas que afecten a la competencia. Por el contrario, si se admite que pueden ser calificadas como ayudas estatales las ventajas que no supongan un gasto o una disminución de ingresos públicos, se extendería la posibilidad de ejercitar aquel control sobre numerosas medidas públicas.

La Comisión ha mantenido tradicionalmente un criterio restrictivo, exigiendo la presencia de financiación pública hasta el punto de plantearse la creación de una figura nueva –las “medidas equivalentes a ayudas de Estado”– para prohibir las ventajas anti-competitivas que no se financiaban con recursos estatales. Pero esta figura fue rechazada por el Tribunal de Justicia, por lo que no deja de sorprender que la nueva redacción del artículo 19 LDC incluya una mención final explícita a las “*medidas de efecto equivalente a ayudas públicas*” a modo de simple cláusula residual.

No obstante, actualmente en la Comisión se observa una tendencia a ensanchar el campo de aplicación de la noción de ayuda estatal, interpretando de manera finalista la exigencia de financiación pública y ampliando tanto las medidas imputables a los poderes públicos como el concepto de fondos públicos.

## XXIX

Tampoco la jurisprudencia ha mantenido una línea uniforme. Si en sus primeras sentencias excluyó que se pudieran calificar como ayudas de Estado las medidas que no fueran financiadas con recursos públicos, en resoluciones posteriores llegó a admitir que la propia letra del artículo 87 CE permitía una interpretación contraria. Esta línea juris-

prudencial innovadora quiebra, no obstante, a partir de 1993, al retomar el Tribunal de Justicia en los casos *Sloman Neptum* y *Kirsammer-Hack* su doctrina tradicional, exigiendo la presencia de recursos estatales para poder calificar una medida como ayuda estatal. Doctrina que se mantiene en los casos más recientes (*Altiforni e Ferrieri de Servola* y *Piaggio*).

### XXX

La casuística comunitaria muestra numerosos ejemplos de aportaciones de capital efectuadas directamente por el Estado-Administración. Junto a ellas, son cada vez más frecuentes las realizadas a través de sociedades o de organismos públicos o privados cuyo carácter estatal es más discutible.

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 regional, a sostener determinados sectores estratégicos o a impulsar procesos de reconversión o de reestructuración de empresas o de sectores en crisis. Estas entidades, de creación y financiación pública, suelen incluir entre sus técnicas de apoyo o de fomento medidas destinadas a fortalecer los recursos propios de las empresas, a través de diversas modalidades de aportación de capital que quedan plenamente sometidas al régimen de control sobre las ayudas estatales.

Por otra parte, los intentos por asimilar el sector público a los grupos privados ha llevado a una progresiva adaptación de sus estructuras y de sus formas de actuación. En consecuencia, se ha tendido a concentrar las participaciones públicas en torno a grupos industriales de carácter territorial o sectorial que suelen adoptar la estructura de holding. Esta estrategia permite aprovechar las ventajas propias de la mayor dimensión empresarial, facilitando la financiación interna dentro de los propios grupos públicos, por lo que resulta muy útil para la realización de operaciones de salvamento tanto de las empresas del propio grupo como de otras que pasaban a formar parte del mismo. Esta práctica suscita, sin embargo, notables problemas desde la perspectiva del Derecho de la libre

competencia, factor éste que ha marcado de manera decisiva la evolución del sector público europeo, especialmente en el caso de países como Francia, Italia y España.

### XXXI

Dentro de las entidades financieras pertenecientes al sector público, desempeñan un papel singularmente relevante las entidades de crédito cuya actividad en el mercado suscita a menudo múltiples conflictos con el control comunitario sobre las ayudas estatales. El estudio de la práctica comunitaria revela numerosos ejemplos 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 de beneficiario o incluso ocupando sucesivamente ambas posiciones.

Mención especial merecen las cajas de ahorros, tanto por su activa participación en la vida económica, especialmente a escala regional, como por su singular estatuto jurídico. La intensa vinculación de estas entidades con las administraciones públicas suscita también la posibilidad de que su actuación se impute indirectamente a los poderes públicos que ejercen su tutela.

### XXXII

La necesidad de dar respuesta a las necesidades financieras a medio y largo plazo de las pequeñas y medianas empresas fue la causa que impulsó la aparición del capital-riesgo (*venture capital*) como instrumento financiero especializado para aquellas iniciativas empresariales que tenían mayores dificultades de acceso a los cauces tradicionales de la autofinanciación o la financiación externa. La actuación de aquellas entidades que se financien con recursos públicos puede entrar en el ámbito de aplicación del artículo 87 CE. En este contexto, resulta necesario destacar el caso de las entidades de capital-riesgo cuyos recursos se nutran en parte con fondos comunitarios destinados a su creación y mantenimiento.

El carácter estatal de la intervención es también el centro del debate que se suscita en la casuística comunitaria a propósito de la intervención de los fondos de garantía de depósitos en las operaciones de salvamento de entidades de crédito en crisis, con cargo a recursos inicialmente calificables de privados. Es posible excluir el carácter de ayuda estatal de su intervención cuando, de acuerdo con los criterios seguidos por la Comisión, dichas aportaciones tengan carácter voluntario y no vengan impuestas con carácter coactivo por normas imperativas.

## CAPÍTULO QUINTO

### XXXIII

El hecho de que la intervención financiera en una empresa sea reputada de estatal no implica su necesaria calificación como subvención o como ayuda estatal. Es preciso profundizar en 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 por el apartado 1 del artículo 87 CE en el del Derecho comunitario. En ambos regímenes la medida en cuestión debe conferir una ventaja financiera gratuita e injustificada en favor de la empresa o empresas beneficiarias que rompa las condiciones de una leal competencia.

En consecuencia, la apreciación 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 adoptar, en su caso, las correspondientes medidas compensatorias.

Está claro que ninguno de estos extremos ofrece especial dificultad cuando la medida analizada es una simple transferencia directa de fondos públicos. Sin embargo, en supuestos como el de las aportaciones públicas de capital, su determinación resulta más complejo ya que, además de los conflictos de orden político e ideológico que pueda suscitar la presencia pública en la actividad económica, se plantea el problema técnico de encontrar un criterio que, sin merma del principio de seguridad jurídica, permita dis-

cernir cuándo una concreta aportación de capital pública constituye una ventaja económica susceptible de alterar la competencia.

En esta crucial cuestión y de manera casi simultánea tanto el Departamento de Comercio estadounidense como la Comisión Europea coincidieron en señalar al mercado como punto de referencia, surgiendo 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–.

#### XXXIV

En el comercio internacional, el denominado “*private investor standard*”, consagrado por la *Trade Agreement Act* de 1979, surge en la práctica del Departamento de Comercio norteamericano (DOC), como consecuencia de la conflictiva aplicación del ASMC de 1979.

El ASMC de 1994 adopta en esta cuestión una fórmula de compromiso y establece en su artículo 14, con carácter general, las reglas relativas al cálculo de la cuantía de una subvención en función del beneficio obtenido por el receptor. *A priori* puede parecer que la solución del Acuerdo 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. Pero 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, según el artículo 14 a), no se considerará que la aportación de capital social por el gobierno proporcione 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.



Tanto la Unión Europea como la *International Trade Administration* norteamericana han trasladado este criterio a sus propias normas de aplicación, estableciendo en ellas los mecanismos internos para valorar las subvenciones y los correspondientes derechos compensatorios.

### XXXV

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 una nueva modificación de la *Tariff Act* de 1930, así como la correspondiente adaptación de las reglamentaciones del DOC. La *Final Rule* sobre medidas compensatorias, aprobada el 25 de noviembre de 1998, contiene las reglas para identificar y cuantificar las subvenciones susceptibles de medidas compensatorias, entre las que se encuentran las aportaciones de capital riesgo (*equity infusions*).

La metodología propuesta para las aportaciones de capital incorpora importantes modificaciones, fruto en gran medida de los comentarios recibidos durante su elaboración, que llevaron a reevaluar ciertos aspectos fundamentales, como la naturaleza y las circunstancias que rodean la compra de acciones por las autoridades públicas, 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.

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 privado. Es este último caso el que nos resulta de más interés, no sólo porque es el que presenta mayores semejanzas con el principio del inversor privado en una economía de mercado empleado en el Derecho comunitario, sino también por que es el que con más frecuencia es utilizado por la Administración comercial norteamericana. Este método se basa en la suficiencia o insuficiencia de recursos propios (*equityworthiness/unequityworthiness*) de la empresa en el momento en el que se produce la aportación de capital, lo que sirve de parámetro para apreciar si responde efectivamente a las exigencias del mercado.

### XXXVI

En la regulación comunitaria es preciso subrayar la plena vigencia de la Comunicación de 17 de septiembre de 1984, en la que la Comisión expuso su posición acerca de las aportaciones de capital público, aunque es en la Comunicación de 1993 donde la aquélla aporta mayores precisiones sobre la aplicación práctica de este principio.

Son diversos los criterios que permiten apreciar el carácter racional de una aportación pública de capital. La participación simultánea de inversores privados y públicos en un mismo proyecto empresarial es uno de los criterios que aparecen mencionados expresamente en la Comunicación de 1984, tanto para excluir la existencia de ayuda estatal, como para afirmarla, en función de que concurren determinadas condiciones: 1) el carácter efectivamente privado del inversor reputado como tal; 2) la proporción existente entre la participación pública y la privada; y 3) la significación económica real de la aportación efectuada por los inversores privados.

### XXXVII

Cuando no existan inversores privados que aporten capital en idénticas condiciones al inversor público, 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 oficial, 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.

### XXXVIII

Finalmente, 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 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 sociedad.

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 un beneficio, sino que éste debe ser lo suficientemente atractivo como para decidir al inversor en detrimento de cualesquiera otras posibles inversiones alternativas, ya que en caso de que el rendimiento previsto sea inferior o no sea previsible rendimiento alguno la intervención deberá ser calificada como ayuda.

## CAPÍTULO SEXTO

### XXXIX

La exigencia de que las subvenciones sean “*específicas*” para poder acordar contra ellas medidas compensatorias aparecía ya recogida en el apartado 3 del artículo 11 del ASMC de 1979. En dicho precepto se admitía que ciertos objetivos de política económica y social 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 1994 el que procede a reconocer y a desarrollar en profundidad el carácter específico de las subvenciones, aunque no como un elemento definitorio de las mismas sino como una simple condición para la aplicación concreta de diversas partes del propio Acuerdo. Sólo cuando las subvenciones sean específicas se considerarán prohibidas o recurribles o será posible, en su caso, adoptar contra ellas medidas compensatorias.

Para el ASMC 1994 una subvención es específica cuando la autoridad otorgante 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 se establezcan criterios o condiciones objetivas que fijen tanto el derecho a su obtención como su cuantía, que dicho derecho sea automático y que se respeten estrictamente los criterios o condiciones fijados.

El Acuerdo prevé, no obstante, que puedan existir razones especiales para calificar una subvención como específica, conteniendo, asimismo, un elenco de medidas que *ipso iure* son consideradas específicas.

## XL

A su vez, el apartado 1 del artículo 87 CE exige para calificar una determinada medida como ayuda estatal que favorezca a determinadas empresas o producciones, es decir, que tenga un beneficiario determinado o determinable.

El estudio de la figura del beneficiario en sede de ayudas estatales obliga a precisar las nociones de *empresa* y de *producción* que emplea el artículo 87 CE y a dilucidar quién es el *beneficiario efectivo* de la ventaja cuando ésta transita por varios sujetos.

Tanto la Comisión como los tribunales comunitarios mantienen un concepto funcional de empresa que considera irrelevante la forma jurídica de su titular, centrándose en la actividad económica que desarrolla. Quedan excluidas del ámbito de aplicación del artículo 87 CE aquellas entidades o personas que desde un punto de vista objetivo no pueden ser calificadas como empresas o que desarrollen una actividad que tampoco pueda ser calificada como empresarial. Tal es el caso, por ejemplo, de las universidades o de los institutos de investigación, salvo que realicen su actividad en beneficio de una empresa o en colaboración con ella, de los organismos gestores de la Seguridad Social, o de los que desarrollen actividades típicas del Estado, como la seguridad, la justicia, etc.

Menos dificultades presenta el término *producciones* que alude tanto a la producción de bienes como a la prestación de servicios. Las ayudas destinadas a producciones de-

terminadas tienen el carácter de regímenes generales de ayudas, calificación que engloba, asimismo, la creación de entidades especializadas en el apoyo de concretos sectores productivos.

A propósito del *beneficiario efectivo* cabe diferenciar dos situaciones distintas. En la primera de ellas, el beneficio es recibido por una empresa que con posterioridad lo repercute a otras. Tal es el caso, por ejemplo, de las ventajas fiscales concedidas a algunos bancos o a otras instituciones financieras para que realicen operaciones de refluotamiento de empresas en crisis, que son, en último término, las beneficiarias de la medida, y lo mismo ocurre en el caso de los grupos de empresas, cuando las ayudas destinadas a una de las que forman parte del mismo benefician a otras distintas de ella. Una segunda hipótesis surge cuando la ventaja no se concede directamente a una empresa, sino a un tercero, que no es propiamente una empresa, aunque sea ésta quien a la postre recibe el beneficio. Este es el problema básico que presentan, entre otras, las ayudas al empleo concedidas a los trabajadores.

## XLI

No menos difícil es determinar cuándo una medida beneficia de manera selectiva a sus potenciales beneficiarios o cuándo, por su alcance general, va destinada a la totalidad de los ciudadanos. Este problema se suscita de manera especial a propósito de las medias laborales y de las fiscales.

Para que una medida de esta naturaleza pueda ser calificada como ayuda estatal, será preciso que establezca una excepción a la aplicación del sistema en favor de determinadas empresas del Estado miembro. Por consiguiente, es necesario determinar, en primer lugar, cuál es el régimen común aplicable y, en una segunda fase, comprobar si las excepciones propuestas se hallan efectivamente justificadas por la naturaleza o por la economía del propio sistema, es decir, derivan directamente de los principios fundadores o directivos del propio sistema.

## XLII

El concepto de ayuda estatal exige, asimismo, analizar sus efectos sobre la competencia y sobre el comercio intracomunitario ya que, como ha reconocido tempranamente la propia jurisprudencia, son éstos y no el fin concreto perseguido por la ayuda el verdadero interés del control comunitario sobre las ayudas estatales.

La exigencia de que las ayudas *falseen o amenacen falsear la competencia* está íntimamente ligada a la necesidad de que los intercambios comerciales entre Estados miembros se vean perturbados por la medida estatal. Este hecho explica que en la práctica casi siempre su tratamiento sea conjunto y la respuesta coincidente.

Con carácter general, y aunque existe un cierto automatismo en la apreciación de ambos requisitos, se exige que la Comisión aporte un estudio del mercado afectado y de los flujos comerciales existentes, tanto dentro de la comunidad como con terceros mercados, para apreciar su consecución.

## CAPÍTULO SÉPTIMO

### XLIII

La flexibilidad del sistema comunitario de control sobre las ayudas de Estado diseñado en el Tratado CE reside, precisamente, en que la prohibición que establece no es absoluta e incondicionada. En efecto, la sanción de incompatibilidad de las medidas que lleguen a calificarse como ayudas estatales queda notablemente atemperada por el amplio y abierto marco de posibles excepciones que dejan en manos de la Comisión, y en su caso del Consejo, la posibilidad de valorar si determinadas ayudas deben ser autorizadas.

El carácter de excepciones a una regla general justifica, sin embargo, su interpretación restrictiva y, en su caso, la ulterior revisión judicial para garantizar las condiciones de igualdad entre todos los operadores del mercado.

Además de las medidas que el propio Tratado excluye expresamente de su ámbito de aplicación en virtud de la salvedad con que se inicia dicho precepto (“*Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa*”) y de las lista abierta que ofrecen los apartados 2 y 3 del artículo 87 CE, el sistema general de excepciones 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 (hoy artículos 87 y 88 CE) a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales.

Desde un punto de vista práctico son las excepciones del apartado 3° las que presentan un mayor interés, especialmente en el caso de ayudas otorgadas en forma de aportación de capital.

#### XLIV

La contribución al desarrollo regional constituye un objetivo que permite amparar la autorización de determinadas ayudas siempre que las empresas estén situadas en aquellas regiones cuyo nivel de vida sea anormal o sufran una grave situación de subempleo (letra a del apartado 3° del artículo 87 CE) o que, sin padecer dificultades tan graves, se considere oportuno estimular su desarrollo, siempre que no se alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común (letra c del apartado 3° del artículo 87 CE).

Las regiones que pueden ampararse en una u otra excepción son delimitadas previamente en función de criterios objetivos de manera que los proyectos contribuyan efectivamente al desarrollo regional desde una perspectiva comunitaria. Al amparo de esta excepciones y en coordinación con el fondo comunitario específicamente creado para impulsar el desarrollo regional (FEDER), las regiones asistidas reciben importantes recursos que, a menudo, se articulan en forma de aportaciones de capital.

Con carácter general, todas las regiones del objetivo 1 podrán acogerse a lo dispuesto en la letra a del apartado 3 del artículo 87 CE, con la básica excepción de las zonas poco

pobladas, mientras que las regiones del objetivo 2 podrán acogerse a la excepción de la letra c.

## XLV

La letra b del apartado 3 del artículo 87 CE prevé otras dos 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.

Las ayudas destinadas a fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo deberán cumplir los siguientes requisitos: 1) la ayuda debe contribuir 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; y 4) el proyecto debe ser *de interés común europeo* y, como tal, redundar en beneficio del conjunto de la Comunidad.

En el caso de las ayudas destinadas a remediar una perturbación grave de la economía de un Estado miembro, se exige que la perturbación tenga significación a escala nacional en relación con los niveles de la Unión y que no se limite únicamente a un sector de la economía, con la única salvedad de las entidades de crédito cuya crisis puede dañar al sistema económico en su conjunto.

## XLVI

La letra c del apartado 3 del artículo 87 CE permite autorizar 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. De acuerdo con la finalidad de esta excepción, las *ayudas sectoriales* 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 que impida, al menos, alcanzarlos en unos plazos razonables y sin elevados costes sociales.

Al amparo de esta excepción, la Comisión no sólo ha fijado las condiciones bajo las que autorizaría el otorgamiento de ayudas en numerosos sectores sino que también ha adoptado diversos encuadramientos horizontales, destinados a dar soluciones a problemas comunes a diferentes sectores. Sólo cuando un sector carece de un encuadramiento específico se analiza de manera individualizada el expediente. Este comportamiento ha llevado a la Comisión a asumir, en cierta medida, la dirección de la política industrial de la Comunidad.

## XLVII

La Comisión ha abordado desde una perspectiva horizontal el caso de las empresas y de los sectores en crisis. A tal objeto estableció unas condiciones mínimas que hizo públicas en su *VIII Informe sobre la Política de la Competencia* de 1978 que, con posterioridad completaría en los años 1994 y 1999, publicando sendas líneas directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

En el caso de empresas en crisis, la Comisión aplica las directrices del correspondiente sector, que con frecuencia se remiten a las directrices horizontales relativas a las ayudas a las empresas en crisis, o bien estas últimas directamente si el sector carece de directrices específicas. La Comisión valorará de manera singular la circunstancia de que que la empresa esté situada en una región subvencionable.

Aunque cabe la aprobación de regímenes generales de ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis, los casos más importantes examinados por la Comisión son ayudas *ad hoc*, especialmente cuando las ayudas controvertidas adoptan la forma de aportación de capital. Las ayudas a grandes empresas deberán notificarse siempre de manera individual y ser examinadas caso a caso por parte de la Comisión.

## XLVIII

Una de las principales novedades que incorporan las actuales directrices sobre ayudas de salvamento y de reestructuración es la definición de *empresa en crisis* como la que es incapaz, con sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a aportarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirían a su desaparición económica casi segura a corto o a medio plazo de no mediar una intervención exterior.

La regulación de estas ayudas mantiene la distinción básica entre ayudas de salvamento y de reestructuración, condicionando su autorización al cumplimiento de estrictos requisitos con el objetivo de garantizar que contribuyan al desarrollo del sector en el que operan las empresas ayudadas, sin que la competencia se vea alterada en forma contraria al interés común.

Las ayudas de salvamento están dirigidas a mantener la empresa durante el tiempo necesario para decidir su destino, mientras que las ayudas a la reestructuración tienen como objetivo específico restablecer la viabilidad a largo plazo de la empresa en crisis.

## XLIX

Las ayudas de salvamento tienen un carácter transitorio y excepcional. En general sólo pueden concederse en forma de garantías sobre préstamos o de préstamos propiamente dichos. Pero, como el sector bancario no está sujeto a esta limitación, es posible autorizar otras modalidades de ayudas de salvamento en atención a las posibles repercusiones que para el sistema financiero en su conjunto pudieran derivar de la crisis de entidades individuales. A este respecto, podría autorizarse que la ayuda de salvamento adoptase la forma de aportación de capital o de préstamo subordinado para que el establecimiento en cuestión pudiera cumplir el coeficiente de solvencia exigido por la normativa cautelar vigente a las entidades de crédito.

El préstamo o la garantía deben tener un tipo de interés comparable al de los concedidos a empresas saneadas y a los tipos de referencia adoptados por la Comisión. Su

plazo de amortización no podrá ser superior a doce meses, aunque la Comisión puede admitir su reembolso con cargo a la ayuda de reestructuración que, en su caso, resulte autorizada posteriormente.

Asimismo, la ayuda debe estar adecuadamente justificada por razones sociales serias y no ser susceptible de provocar un desequilibrio de la situación económica en otros Estados miembros. Es necesario también que en el momento de su notificación el proyecto de ayuda vaya acompañado del compromiso del Estado concedente de remitir a la Comisión, en el plazo de seis meses a partir de su autorización, un plan de reestructuración, un plan de liquidación o la prueba de que se ha reembolsado íntegramente el préstamo o de que se ha puesto fin a la garantía.

Finalmente, se exige también que el importe de la ayuda se limite al mínimo necesario para mantener a la empresa en funcionamiento durante el período para el que se autoriza.

## L

La presencia de un plan de reestructuración que sea “*realista, coherente y de amplio alcance*” constituye una condición *sine qua non* para la autorización de toda ayuda de este nombre.

El plan debe garantizar que en un plazo razonable la empresa será capaz de cubrir todos sus costes, incluidos los relativos a la amortización y a las cargas financieras. Este requisito es especialmente interesante si se le compara con el nivel de rentabilidad exigido por el principio del inversor privado en una economía de mercado para excluir la existencia de ayuda estatal, ya que para un inversor no comprometido previamente con la empresa en crisis, la expectativa de rendimiento que se consideraría admisible tendría que ser necesariamente proporcionada al riesgo asumido con la inversión.

Las ayudas de reestructuración también deben limitarse al mínimo imprescindible. Se trata, por un lado, de evitar que la situación de la empresa beneficiaria, tras recibir la ayuda, sea más favorable que la de sus competidores no subvencionados. Y se pretende, por otra parte, que los propios beneficiarios contribuyan 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 imprescindibles para la supervivencia de la empresa, o bien acudiendo a la financiación externa obtenida en condiciones de mercado.

## LI

Las actuales Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración recogen el principio de *ayuda única (one time, last time)*, que la Comisión había venido aplicando ya con anterioridad, al compás de las matizaciones presentadas por la jurisprudencia.

En consecuencia, cuando la Comisión tenga conocimiento de un proyecto de ayuda de reestructuración deberá verificar si la empresa ya se ha acogido anteriormente a otra ayuda de esta naturaleza. En caso afirmativo, si el período de reestructuración hubiera concluido y no hubieran transcurrido diez años desde su finalización, no podrá autorizar la concesión de una nueva ayuda de reestructuración, salvo que concurren circunstancias excepcionales, imprevisibles y no imputables a la empresa. La Comisión limita tales circunstancias a las que no se hubiesen podido prever en el momento de la elaboración del plan de reestructuración.

## 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 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 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, *Deufile 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 Hüttenwerkwe* 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 Exterieur des Produits Alimentaires* y *Syndicat National des Negociants et Transformateurs 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 Ziese mer 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*, devenue *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 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 *Magfesa*).

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.

## **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, *Gestelevision 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.

STJCE 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, *Société Chimique Prayon-Rupel SA* c. Comisión, asunto T-73/98, Rec. 2001, p. II-2769.

STPI de 7 de junio de 2001, *Agrana Zucker und Starke AG* c. Comisión, asunto T-187/99, 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 papelerero (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, *Traylor, 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 (*Piraiiki-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 CECA 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 papeleras *Athens 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 Electronik 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 *Corporacion 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 *Bull* 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-Rosenberg, 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 *Iritecnia 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-Rosenberg* (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 Générale 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 *Acciaierie 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 *Enirisorse 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](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](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](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](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 comunicada el 17 de mayo de 2000, Ayuda de Estado n° B 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n773-99.pdf)

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 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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/nn049-99.pdf)

Decisión comunicada el 17 de agosto de 2000, aiuti di Stato n° N 233/2000, Italia, aumento di capitale per la società *Termi di Castrocaro, SpA*.

[http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/sgb/state\\_aids/industrie/n233-00.pdf](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](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/industrie/n286-00.pdf)

## 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](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](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](http://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](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](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](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](http://www.access.gpo.gov/su_docs/aces/aces140.html)

Judicial:

[http://www.access.gpo.gov/su\\_docs/judicial.html](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](http://europa.eu.int/index_es.htm)

#### POLÍTICA DE LA COMPETENCIA

Página principal:

[http://europa.eu.int/pol/comp/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/pol/comp/index_es.htm)

#### COMISIÓN EUROPEA

Página principal:

[http://europa.eu.int/comm/index\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/index_es.htm)

Direcciones Generales y Servicios de la Comisión:

[http://europa.eu.int/comm/dgs\\_es.htm](http://europa.eu.int/comm/dgs_es.htm)

Dirección General de la Competencia (en español):

[http://europa.eu.int/comm/competition/index\\_es.html](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/](http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/)

**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](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/](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](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](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](http://europa.eu.int/eur-lex/es/search/search_treaties.html)

**Legislación:**

[http://europa.eu.int/eur-lex/es/search/search\\_lif.html](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](http://www.senado.es)

**Buscador:**

<http://www.senado.es/legis7/buscador/>

**TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA**

**Página principal:**

<http://www.mineco.es/TDC/>

**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](http://www.sepi.es)

## 1. ARTÍCULOS, CAPÍTULOS DE LIBROS Y CONFERENCIAS

- ABBAMONTE, G.B.: “Market Economy Investors Principle: A Legal Analysis of an Economic Problem”, en *ECLR*, nº 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 Haya, 1999, pp. 213-242.
- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “Derecho de sociedades y actualización de balances”, en *RdS*, nº 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.
- 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*, nº 9, 1997, pp. 294 a 296.
- ALLENDESALAZAR CORCHO, R.: “Las ayudas de Estado en la CEE”, en *GJCE*, nº 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*, nº 15, julio-septiembre, 1995, pp. 243-293.
- 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*, nº 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*, nº 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 *BFGE*, nº 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.*, nº 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 *GJCE*, B-129, diciembre, 1997, pp. 5 a 12.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P.: “La reforma del Reglamento comunitario sobre el control de operaciones de concentración”, en *GJCE*, D-29, septiembre, 1998, pp. 207 a 244.
- BENYON, F./BOURGEOIS, J.: “The European Community-United States Steel Arrangement”, en *CMLRev*, 21, nº 2, 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*, nº 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*, nº 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*, nº 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*, nº 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.
- BLUMANN, C.: “L’emergence de l’exemption catégorielle en matière d’aides d’État: le règlement n. 994/98” du 7 du mai 1998”, en *RMC*, nº 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.

- 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 CEE”, en VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdera y Tuells*, vol. I, La Ley, 1994, pp. 349 a 362.
- 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.
- BROBERG, M.P.: “The *Minimis* Notice”, en *ELR*, vol 20, nº 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*, nº 14, abril-junio, 1984, pp. 241 a 290.
- BROTHWOOD, M.: “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*, 1983, pp. 335 a 346.
- BROTHWOOD, M.: “The Commission Directive on Transparency of Financial Relations between Member States and Public Undertakings”, en *CMLRev*, nº 18, 1981, pp. 207 y ss.
- 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.
- BUSTI, S.: “La nuova disciplina comunitaria dei servizi aeri”, en *DCSI*, nº 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.*, nº 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*, nº 1, gennaio-marzo, 1995, pp. 39 a 52.
- 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 poli-*

- tique 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*, nº 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*, nº 770, abril-mayo, 1998, pp. 35 a 47.
- 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*, nº 63, julio-septiembre, 1996, pp. 833 a 836.
- CHÉROT, J.Y.: “La discipline des aides nationales dans la Communauté Européene”, en *REI*, nº 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.
- 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.
- COLLINS-WILLIAMS, T./SALEMBIER, G.: “International Disciplines on Subsidies. The GATT, the WTO and the Future Agenda”, en *JWTL*, vol. 30, nº 1, february, 1996, pp. 5 a 17.
- 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.
- 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.
- 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*, 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*, nº 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*, nº 2354, del 25-31.1.1993.
- CUESTA, C.: “Modificación de la directiva de transparencia y comunicación de la Comisión sobre empresas públicas”, en *ICE*, nº 2395, diciembre, 1993, pp. 3525 a 3528.
- 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.
- 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*, nº 25, 2000, pp. 141 a 156.
- DANA-DEMARET, S.: “Jurisprudence commentée: société en général. CJCE, 3 octobre 1991, Aff. 261/1989”, en *Rev. Soc.*, nº 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*, nº 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*, nº 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*, nº 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*, nº 26, 1987, pp. 341 a 377.

- DÍAZ MORENO, A.: “Fondos de garantía de depósitos en entidades de crédito”, en *DN*, 1992, nº 76, pp. 33 a 37.
- DIDIER, P.: “Le code anti-subsidies du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté”, en *CDE*, nº 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, nº 2, June, 1984, pp. 355 a 403 .
- 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*, nº 2, 1986, pp. 161 a 184.
- DONY, M.: “Les aides aux entreprises et le droit communautaire de la concurrence”, en *CH du CRISP*, nº 1316, 1991, pp. 13 a 20.
- DONY-BARTHOLME, M.: “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*, nº 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*, nº 16, 1991, pp. 79 a 111.
- EVANS, A.: “Contextual Problems of EU Law: State Aid Control Under the European Agreements”, en *ELR*, vol. 21, nº 4, August, 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, nº 2, 1994, pp. 48 a 49.
- FAULL, J.: “State Aid Procedure”, en *EC Comp. Pol. News*, vol. 1, nº 2, 1994, p. 11.
- FELTKAMP, R./PESARESI, N.: “Règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux établissements de crédit”, en *Banque*, nº 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 *GJCE*, B-104, junio, 1995, pp. 13 a 19.
- 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.
- 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*, nº 622-623, 1996, pp. 8543 a 8587.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: “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, nº 9, supl., Principado de Asturias, 1996, pp. 61 a 87.
- FERNÁNDEZ-NÓVOA, C.: “Significado y delimitación del mercado relevante”, en *ADI*, nº 6, 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 *GJCE*, nº 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.*, nº 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, nº 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*, nº 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.
- GARBAR, Ch.: “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*, nº XVIII, 1997, pp. 1023 a 1030.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Acciones rescatables”, en *La Ley*, nº 4874, de 26.6.1999.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “La reforma del régimen del Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios”, en *RDBB*, nº 55, julio-septiembre, 1994, pp. 569 a 594.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “Obligaciones convertibles (Dº mercantil)”, en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, pp. 4513 a 4516.
- 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*, nº 78, julio, 1991, pp. 125 a 129.
- GARCÍA GALLARDO, R.: “Ayudas de Estado: las ayudas públicas en el proyecto de Tratado”, en *DN*, nº 82/83, 1997, p. 39.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: “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.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Capital mínimo”, en VARIOS: *Derecho de sociedades anónimas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1991, pp. 111 a 142.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Créditos participativos”, en ALONSO UREBA, A./MARTÍNEZ SIMANCAS, J. (dir.): *Instituciones del mercado financiero*, vol. II, 1999, pp. 657 a 678.
- 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.

- 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.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: “Préstamo participativo (Dº mercantil)”, en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, pp. 5040 a 5044.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J.A.: “Acciones rescatables”, en *La Ley*, nº 4802, de 24.5.1999, pp. 1 a 11.
- 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.
- 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.
- 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 a 126.
- GARRIDO FALLA, F. “Un tema de seguridad jurídica: La regulación de los entes instrumentales” en *REDA*, nº 79, julio-septiembre, 1993, pp. 389 a 399.
- GERMAIN, M./HERMITTE, M.A.: “Capital social et droit communautaire des aides étatiques”, en *La Semaine Juridique*, nº 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*, 1981, pp. 63 a 67.
- 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.
- 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 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 *GJCE*, 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*, nº 234, octubre-diciembre, 1999, pp. 1489 a 1514.
- HANCHER, L./BUENDÍA SIERRA, J.L.: "Cross-Subsidization and EC Law", en *CMLRev*, nº 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*, nº 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*, nº 23, 1986, p. 111 a 133.
- HENDERSON, R.C.: "The Private Inversor Theory: ITA Equity and Credit Decisions Since 1984", en *WC*, nº 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.
- HEREDIA BENOT, D.: "El Reglamento 659/1999, del Consejo, de 22 de marzo, normas de procedimiento en materia de ayudas públicas", en *Not UE*, nº 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. 1-16.
- HEVIA LAGUNA, E.: "El Derecho de sociedades en Europa: armonización o el reto de la Sociedad Europea", en *BAUE*, nº 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>
- IGLESIAS PRADA, J.L.: "Sobre el aumento de capital por compensación de créditos", en *AAMN*, tomo XXXIII, 1994, pp. 205 a 248.

- IGLESIAS PRADA, J.L.: “Sociedad y fondo de capital-riesgo (Dº mercantil)”, en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, 1995, pp. 6349 a 6356.
- IGLESIAS PRADA, J.L.: “Aproximación al estudio de las sociedades de capital-riesgo”, en *RDM*, nº 191, enero-marzo, 1989, pp. 45 a 66.
- 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*, nº 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, nº 1, janvier-mars, 1992, pp. 9-157.
- KOVAR, R.: “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*, nº 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*, nº 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 Standard after the ECJ Soja Cases”, en *WC*, vol. 12, nº 4, junio 1989, pp. 31 a 38.
- LICALZI, J. O.: “Competition and Deregulation: *Nouvelles Frontières* 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.
- LLEBOT NAJO, J.O.: “La geometría del capital social”, en *RDM*, nº 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.
- LOJENDIO OSBORNE, I.: “La sociedad comanditaria por acciones”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G.J. (coord.): *Derecho mercantil*, Ariel Derecho, 5ª ed., Barcelona, 1999, pp. 363 a 373.
- LOJENDIO OSBORNE, I.: “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.

- MARTIN, I.: “Le contrôle des aides d'Etat dans l'Espace Economique Européen”, en *RIDE*, nº 3, 1993, pp. 403 a 427.
- MARTINEZ LAGE, S.: “La discrecionalidad de la Comisión en el procedimiento de examen de las ayudas estatales” en *G.J. de la CEE* (editorial), nº 72, diciembre, 1989, pp. 1 a 3.
- MARTÍNEZ LAGE, S.: “La protección de los secretos de negocios en los procesos de aplicación del Derecho de la competencia”, en *GJCE*, B-121, marzo, 1997, pp. 1 a 3.
- 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*, 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.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: “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.: *Kommen-tar 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.: “Il principio dell'investitori in una economia di mercato e i valori del diritto comunitario”, en *RDE*, nº 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.: “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.
- MEROLA, M.: “Introduction à l'étude des règles communautaires en matière d'aides d'Etat aux entreprises”, en *RIDE*, nº 3, 1993, pp. 277 a 323.

- 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.: "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](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1997_069_fr.html)
- MIERT, K.V.: "La conférence intergouvernementale et la politique communautaire de concurrence", en *EC. Comp. Pol. News*, n° 2, vol. 3, summer, 1997, pp. 1 a 5.
- 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.
- MINNECI, F.: "Le partecipazioni pubbliche al capitale di imprese", en *DCSI*, n° 3-4, iuglioddecembro, 1991, pp. 365 a 372.
- MOAVERO-MILANESI, E.: "Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 6 iuglio 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 *GJCE*, 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*, n° 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 VARIOS: *Administración instrumental. Homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, Universidad de Albacete/Civitas, 1994, pp. 1251 a 1282.
- MUÑOZ MACHADO, S.: "La organización dual (pública y privada) de la televisión y sus problemas", en VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, vol. IV, Civitas, 1996, pp. 4651 a 4666.

- MUÑOZ, A.: “El capital-riesgo”, en VARIOS: *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 VARIOS: *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.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: “Notificación y control de las ayudas públicas en el Mercado Único Europeo”, en VARIOS: *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 VARIOS: *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.
- PAPPALARDO, A.: “Government Equity Participation Under the EEC Rules on State Aids. Recent Developments”, en *Fortham Int. L. Rev.*, vol. 2, nº 2, winter, 1988, pp. 310 a 331.
- PAPPALARDO, A.: “Les participations de l'Etat dans le capital d'entreprisesconstituent-elles des aides au sens de l'article 92 du Traité CEE”, en *DDC*, Lisboa, 1988.
- PAPPALARDO, A.: “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.
- 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.



- PAZ-ARES, C.: “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.
- PAZ-ARES, C.: “La aportación de uso en las sociedades de capital”, en *RdS*, nº 5, Aranzadi, 1995, pp. 35 a 46.
- PAZ-ARES, C.: “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.
- 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.: “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.*, nº 1, february, 2001, pp. 1 y 2.
- PONS, J.F.: “La politique européenne de concurrence: tendances récentes et nouveaux défis”, 7<sup>o</sup> *Encontro Nacional de Economia Industrial*, Vila Real, 1998.  
[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998\\_045\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_045_fr.html)
- PONS, J.F.: “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](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2001_022_fr.html)
- 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.  
[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1999\\_019\\_fr.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1999_019_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*, nº 6, pp. 472 a 473.

- PRIESS, H.J.: "Recovery of Illegal State Aid: An Overview of Recent Developments in the Case Law", en *CMLRev*, 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. (co-ord.): *Diccionario de términos comunitarios*, Madrid, 1997, pp. 29 a 36.
- QUINTANA CARLO, I.: "La aviación civil española ante el derecho comunitario", en *GJCE*, D-11, nº 68, julio, 1989, pp. 193 y ss.
- QUINTANA CARLO, I.: "Transporte aéreo (Dº 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, nº 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 *GJCE*, 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 40 a 58.
- ROBERTI, G.M.: "Le contrôle de la Commission des Communautés Européennes sur les aides nationales", en *AJDA*, nº 6, 20, juin, 1993, pp. 397 a 411.
- ROBERTI, G.M.: "SCGJCE 21 marzo 1990 (causa 142/87), Regno de Belgio c. Commissione CE", en *For. Itl.*, 1991, IV, pp. 28 a 37.
- RODRIGO FERNÁNDEZ: "Ayudas de Estado", en *Not. CEE*, nº 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*, nº 122, 1990, pp. 409 a 438.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: "STJCE de 14 de febrero de 1990, República francesa c Comisión, Asunto 301/87", en *GJCEE*, nº 78, 1990, pp. 17 a 18.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: "Ayudas de Estado a empresas públicas. Los casos *Eni-Lanerossi* y *Alfa Romeo*", en *GJCEE*, nº 92, abril, 1992, pp. 3 a 5.

- 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.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Giro jurisprudencial restrictivo del concepto de ayuda de Estado. STJCE, de 17 de marzo de 1993”, en *GJCE*, nº 1, 83, serie B, abril, 1993, pp. 5 a 11.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “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 *GJCE*, B-98, octubre, 1994, pp. 13 a 16.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Comentario de algunas sentencias de 1994 sobre ayudas de Estado”, en *GJ de la CE y de la Competencia*, B. 109, enero, 1996, pp. 13 a 18.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Las ayudas públicas en el marco del Tratado de la UE y de la Ley española de defensa de la competencia”, en *EI*, nº 318, 1997, pp. 97 a 110.
- RODRÍGUEZ CURIEL, J.W.: “Principios generales del derecho y recuperación de ayuda de Estado ilegales. En especial la confianza legítima”, en *GJCE*, nº 209, septiembre-octubre, 2000, pp. 32 a 39.
- 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*, 15, 1993-1994, pp. 775 a 779.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “Las directrices comunitarias sobre ayudas de Estado en favor del medio ambiente”, en *ADI*, nº 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*, nº 69, enero-marzo, 1998, pp. 81 a 124.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “Las reglas de procedimiento en materia de ayudas estatales en la Comunidad Europea”, en *ADI*, tomo XX, 1999, Madrid, 2000, pp. 1501 a 1505.
- RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A.: “O Consello aproba o Regulamento sobre procedemento en materia de axudas estatais”, en *BFGÉ*, nº 91, marzo, 1999, pp. 7 a 10.
- 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.
- 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.

- 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 *BFGGE*, nº 106, xullo-agosto, 2000, pp. 20 y 21.
- ROSS, M.: “Challenging State Aids: The Effect of Recent Developments”, en *CMLRev*, nº 23, 1986, pp. 867 a 894.
- ROSS, M.: “Article 16 EC and Services of General Interest: From Derogation to Obligation?”, en *ELR*, nº 25, febrero, 2000, pp. 22 a 38.
- ROSS, M.: “State Aids and National Courts: Definitions and Other Problems - A Case of Premature Emancipation?”, en *CMLRev*, nº 37, 2, abril, 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 *GJCE*, nº 212, marzo-abril, 2001, pp. 83 a 99.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “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.
- SÁNCHEZ CALERO, F.: “El Fondo de Garantía de Depósitos Bancarios”, en *RDBB*, nº 1, 1981, pp. 23 a 77.
- 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*, 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.

- SCOTTI CAMUZZI, S.: "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.
- SHÜTTE, M./HIX, J.P.: "The Application of the EC State Aid Rules to Privatizations: The East German Example", en *CMLRev*, nº 32, 1995, pp. 215 a 248.
- SILVA DE LAPUERTA, R.: "La Decisión del Consejo de 28 de junio de 1999 sobre comitología", en *Not. UE*, nº 179, 1999, pp. 43 a 50.
- SILVA DE LAPUERTA, R.: "Procedimiento en materia de ayudas públicas" en *Not. CEE*, nº 66, julio, 1990, pp. 51 a 59.
- SINNAEVE, A.: "Recent Developments. The Commission's Proposal for a Regulation on State Aid Procedures", en *EC Comp. Pol. News*, nº 2, June, 1998, pp. 79 a 82.
- SINNAEVE, E.: "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.
- SINNAEVE, A.: "Unanimous Agreement in the Council on the Procedural Regulation", en *EC Comp. Pol. News*, nº 1, February, 1999, pp. 45 a 49.
- SINNAEVE, A.: "Les premières exemptions par catégorie en matière d'aides d'Etat", en *EC Comp. Pol. News*, nº 1, February, 2001, pp. 22 a 28.
- SINNAEVE, A./SLOT, P.J.: "The New Regulation on State Aid Procedures", en *CMLRev*, nº 36, December, 1999, pp. 1153-1194
- SLOCOCK, B.: "Commission Adopts Communication on State Aid and Risk Capital", en *EC Com. Pol. News*, nº 2, June, 2001, pp. 1 a 3.
- SLOCOCK, B.: "Who can be the Beneficiary of a State Aid?", en *EC Comp. Pol. News*, nº 1, February, 2000, pp. 7 a 12.
- 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 Aid Policy in the European Community. Perspectives on Rules and Practice*, Kluwer Law International, La Hague, 1999, pp. 143 a 157.
- SLOT, P.J.: "Procedural Aspects of State Aids: The Guardian of Competition Versus the Subsidy Villains?", en *CMLRev*, nº 27, 1990, pp. 241 a 260.
- SLOT, P.J.: "Procedural Law of State Aids", en HARDEN, I. (dir.): *State Aid: Community Law and Policy*, Europäische Rechtsakademie Trier, Band 4, 1993.

- SLOTBOOM, M.M.: "State Aid in Community Law: A Broad or Narrow Definition?", en *ELR*, vol. 20, nº 3, june 1995, pp. 289 a 301.
- SOAMES, T./RYAN, A.: "State Aid and Air Transport", en *ECLRev*, vol. 16, nº 5, july-august, 1995, pp. 290 a 309.
- SOUKUP, K.: "Commission Proposes Change to Transparency Directive", en *EC. Comp. Pol. News*, nº 2, june, 1999, pp. 37 y 38.
- STRUYS, M.L.: "Questions choisies de procedure en matière d'aides d'Etat", en *RTDE*, nº 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*, nº 3-4, 1991, pp. 487 a 497.
- TILMANS, M.: "State Aids: Most Recent Developments", en *EC Comp. Pol. News*, nº 3, october, 1999, pp. 60 y 61.
- TILMANS, M.: "State Aids. Main Developments between 1st October and 31st December 2000", en *EC Comp. Pol. News.*, nº 1, february, 2001, pp. 52 a 58.
- TRIANTAFYLLOU, D.: "L'encadrement communautaire du financement du service public", en *RTD Eur.*, vol. 35, nº 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*, nº 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.
- 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 mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 839 a 865.
- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: "La sociedad anónima: principios fundamentales", en URÍA, R./MENÉNDEZ, A.: *Curso de Derecho mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 765 a 781.
- 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 mercantil*, tomo I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 943 a 979.

- URÍA, R./MENÉNDEZ, A./GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: “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 troisiéme: les aides accordées par les etats (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.: “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*, nº 230, octubre-diciembre, 1998, pp. 1691 a 1717.
- VÁZQUEZ ALBERT, D.: “El derecho de suscripción preferente en Europa”, en *RdS*, nº11, 1999, pp. 79 a 131.
- 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*, nº 1, 1995, pp. 151 a 182.
- 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.: “Aspectos jurídico-mercantiles de la base imponible en el impuesto sobre sociedades”, en *RGD*, nº 628-9, enero-febrero, 1997, pp. 453 a 507.
- VICENT CHULIÁ, F.: “Capital social (Dº mercantil)”, en VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, vol. I, Civitas, 1995, pp. 918 a 924.
- VICENT CHULIÁ, F.: “Nuevas estrategias en el derecho de sociedades europeo”, en *DN*, nº 76, 1997, pp. 14 a 27.

- VILA LÓPEZ, R.: “Comentarios al Código civil y compilaciones forales”, en ALBALADEJO, M./ALBALAT, S. (dir.): *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, Edersa, 1991.
- 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.
- WINTER, J.A.: “The Rights of Complainants in State Aid Cases; Judicial Review of Commission Decisions Adopted Under Article 88”, en *CMLRev*, n° 36, 3, june, 1999, pp. 521 a 568.
- WOUTERS, I.: “European Company Law: Quo Vadis?”, en *CMLRev.*, 37, n° 2, 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.
- ALONSO UREBA, A.: *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 financie-*



- ro: *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 nº 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.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, 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.
- 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.
- BOURGEOIS, 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.
- COMISIÓN EUROPEA: *Derecho de la competencia en las Comunidades Europeas*, Comisión Europea, Dirección General de Competencia. Bruselas/Luxemburgo, 1999.
- COMISIÓN EUROPEA: *Primera encuesta anual sobre ayudas de Estado en la Comunidad Europea*, 1988.
- COMISIÓN EUROPEA: *Segunda encuesta anual sobre ayudas de Estado en el sector de los*

- productos manufacturados y en otros sectores*, 1990.
- COMISIÓN EUROPEA: *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/](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.
- 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.
- 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 RUIZ, E./LARRAGA, P. (dir.): *Los productos financieros derivados y el euro: ¿un mercado único?* Civitas, Madrid, 1999.
- DÍEZ MORENO, F.: *Informes Ciss, Derecho de la competencia*, 1990.
- DÍEZ MORENO, F.: *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.: *Derecho mercantil internacional*, 2ª ed. rev., Tecnos, Madrid, 1995.
- 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.
- FONT GALÁN, J.I.: *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real

- Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1986.
- 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.: *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.
- GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: *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./OTTERVARGEN, 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.
- MARTÍN-RETORTILLO, S. (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](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, Pam-

- plona, 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.
- 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](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1998_048_en.html)
- SCHAUB, A.: *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>
- 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. Elementos de teoría general del Derecho*. 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](http://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.
- VARIOS: *La empresa pública*, Studia Albornotiana, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1970.
- VARIOS: *Empresa pública española*, IEF, Ministerio de Hacienda, Colección Libros de Bolsillo, nº 56, Madrid, 1980.
- VARIOS: *El modelo económico en la Constitución española*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981.
- VARIOS: *Dictionnaire du Marché Commun*, de Gide-Loyrette-Nouel, Dictionnaires Joly, 4ª ed., 1982.
- VARIOS: *Du droit international au droit de l'integration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.
- VARIOS: *Enciclopedia práctica de la banca*, Planeta, Barcelona, 1989.
- 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.
- VARIOS: *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- VARIOS: *Derecho de sociedades anónimas*, Civitas/Facultad de Derecho, Madrid/Albacete, 1991.
- VARIOS: *Derecho mercantil de la Comunidad Económica Europea. Estudios en homenaje a José Girón Tena*, CGCCOC/Civitas, Madrid, 1991.
- VARIOS: *Administración instrumental. Estudios en homenaje al profesor Francisco Clavero Arévalo*, Universidad de Albacete/Civitas, 1994.
- VARIOS: *Estudios de Derecho bancario y bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Civitas, 1994.
- VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Aranzadi*, Madrid, 1995.
- VARIOS: *Enciclopedia jurídica básica Civitas*, Civitas, Madrid, 1995.
- VARIOS: *Ayudas públicas y libre competencia en el Mercado Único Europeo*, en *BAUE*, nº 9, supl., abril, Principado de Asturias, 1996.
- VARIOS: *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, 1996.
- VARIOS: *Dudas, ejemplos y soluciones al Plan General de Contabilidad*, Expansión/ICAC/Coopers & Lybrand, Madrid, 1997.
- VARIOS: *Jornadas sobre ayudas de Estado (artículos 92 a 94 del Tratado CEE)*, Fundación Galicia-Europa, Santiago de Compostela, 1997.
- VARIOS: *El nuevo Código penal y los delitos societarios*, Fundación Caixa-Galicia, A Coruña, 1998.
- VARIOS: *Estudios sobre la Ley de cooperativas de Galicia*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1999.
- VARIOS: *Manuales de la reforma mercantil en España*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España/Garrigues & Andersen, Abogados y Asesores Tributarios, Madrid, 1999.
- VARIOS: *Memento práctico contabilidad 1999-2000*, Edersa-Francis Lefebvre, 1999.
- VARIOS: *Memento práctico sociedades mercantiles 2000-2001*, Edersa-Francis Lefebvre, 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.
- VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho mercantil*, 11ª ed., Tirant lo Blanch Libros, Valencia, 1998.
- WAELEBROECK, 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.