

**LAS AYUDAS PÚBLICAS A LAS EMPRESAS
EN EL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA
(ARTÍCULOS 87, 88 Y 89): CONCEPTO, ÁMBITO
DE PROHIBICIÓN, EXCEPCIONES Y CONTROL**

Jesús Quijano González*

1 Introducción

La política de ayudas constituye el segundo de los bloques normativos con que el Tratado aborda la política de competencia. En efecto, dentro del Título VI (Normas Comunes sobre Competencia, Fiscalidad y Aproximación de Legislaciones), el Capítulo I (Normas sobre Competencia) distribuye su contenido en dos Secciones diferenciadas: la Sección Primera (artículos 81 a 86) recoge las “Disposiciones aplicables a las empresas”, mientras que la Sección Segunda (artículos 87 a 89) está dedicada a las “Ayudas otorgadas por los Estados”. Estos preceptos reproducen el contenido de los antiguos artículos 92, 93 y 94 del Tratado CEE y constituyen el marco general orientativo de un sector que, a pesar de ese encuadramiento sistemático en el Derecho de la Competencia, siempre tuvo un grado notable de autonomía relacionada con la especificidad de la problemática que pretende regular. Atendiendo al volumen de Derecho derivado en la materia y a las implicaciones que de ella derivan en distintos planos, puede afirmarse que el régimen de las *ayudas de Estado* o *ayudas públicas* constituye una política comunitaria diferenciada, con sus propios principios y su propio desarrollo.

En sentido amplio, la política de ayudas es una pieza básica en el despliegue instrumental requerido por los fines comunitarios enunciados en el artículo 2 del Tratado. Por una parte, el artículo 3, l, g, menciona como uno de esos instrumentos “un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior”. Por otra, el artículo 4 se refiere a la “coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros” y a “los principios de una economía de mercado abierta y de libre competencia” como elementos básicos que afectan a la acción de los Estados y de la Comunidad en el proceso dirigido a alcanzar los fines propuestos en el citado artículo 2.

* Profesor catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valladolid.

Desde esa perspectiva, la garantía de que la competencia no será falseada en el mercado interior y de que los principios señalados serán respetados, exige identificar correctamente los riesgos implícitos que se derivan tanto de la actuación de las empresas como de la incidencia que sobre las condiciones de competencia puede tener la acción de los poderes públicos. En el primer caso, el riesgo está en que las empresas desarrollen prácticas dirigidas a eliminar o a limitar la competencia entre ellas (las denominadas prácticas concertadas) o en que, habiendo alcanzado una posición de dominio en el mercado, abusen de ella con determinados comportamientos (las denominadas prácticas abusivas). Las prohibiciones de los artículos 81 y 82 tienen este fundamento y extienden su aplicación tanto al sector privado como al público, en las condiciones especiales que menciona el artículo 86 para este caso. Con posterioridad, el Derecho derivado ha desarrollado también medidas dirigidas a establecer controles previos de las operaciones de concentración económica en ciertas circunstancias. Pero este diseño de política de competencia exige también abordar el riesgo de que la acción de los poderes públicos introduzca elementos de discriminación entre las empresas con ocasión de la utilización de mecanismos que, teniendo como objetivo real o aparente el fomento de las iniciativas económicas, supongan una distorsión efectiva de las condiciones de igualdad en que debe desarrollarse la competencia. Esta es precisamente la finalidad de la política de ayudas que el Tratado incorpora como segunda pieza básica de la política de competencia.

A diferencia, pues, de lo que sucede con los artículos 81 a 86, que tienen como destinatarios a las empresas (con la excepción del artículo 86 que pretende disciplinar las relaciones entre los Estados y las empresas públicas), los artículos 87 a 89 tienen como destinatarios directos a los poderes públicos en sentido amplio, pues ese es el sentido del término “Estados” como tendremos ocasión de analizar. De este modo, esos preceptos, junto con el propio artículo 86 por la razón indicada, y con el artículo 31 en materia de adecuación de monopolios, forman un bloque dirigido a evitar que las distintas formas de intervención económica de los poderes públicos produzcan distorsión en el desarrollo de la libre competencia en el mercado único.

Desde una perspectiva de política jurídica, el modelo propuesto por el Tratado, al igual que ocurre con la orientación de la política de competencia en general, obedece a una técnica de *incompatibilidad flexible*: se establecen las condiciones en que las ayudas públicas son incompatibles con el mercado común, se menciona un catálogo de excepciones admitidas o admisibles y se disponen procedimientos de examen y control para hacer efectivo el régimen sustantivo.

Tal modelo, procedente en términos idénticos del Tratado de la Comunidad Europea de 1957, tiene su antecedente más próximo en el Tratado Ceca que incluía ya las líneas básicas de la política de ayudas para los sectores del carbón y del acero. En efecto, el artículo 4, con dicción similar a la que luego se ha utilizado para el régimen general de las ayudas, establecía el principio de incompatibilidad, y consiguiente supresión y prohibición, de las “subvenciones o ayudas otorgadas por

los Estados o los gravámenes especiales impuestos por ellos, cualquiera que sea su forma". Esto no obstante, otros preceptos del Tratado Ceadesgranaban la posibilidad de excepciones de distinto alcance, bien fijando criterios sustantivos de permisividad, bien habilitando procedimientos extraordinarios para adoptar decisiones de adecuación de la política común a la evolución del mercado en este sector. Así, los artículos 54 y siguientes definían un marco para facilitar el empleo de fondos públicos en materia de inversiones y ayudas financieras, el artículo 67 contemplaba la autorización de ayudas como instrumento de reequilibrio cuando determinadas acciones estatales hubieran repercutido sensiblemente en las condiciones de competencia en el sector, y el artículo 95 abría procedimientos especiales para abordar situaciones no previstas en el funcionamiento del mercado común del carbón y del acero.

Este modelo, aún incipiente y poco desarrollado técnicamente, contenía ciertamente las bases de política jurídica recogidas luego en el Tratado CEE hasta la actualidad, mediante su extensión a la economía general desde la perspectiva del funcionamiento de un mercado común no sectorializado. Sin embargo, y por razones de coherencia con el especial tratamiento de determinados sectores objeto de una política comunitaria específica, quedaron fuera del modelo algunos significativos regímenes de ayudas: es el caso de las ayudas derivadas de la política agrícola común (artículo 42 del texto originario y 36 del actual, extensivos también a la ganadería y a la pesca) y de las ayudas en el sector del transporte (artículos 77 y 73 respectivamente).

La valoración preliminar del modelo final resultante debe hacerse, con el fin de que sirva para una mejor comprensión del alcance de esta política comunitaria de ayudas, teniendo en cuenta su función en el conjunto del sistema y sin perjuicio de las conclusiones que quepa establecer una vez conocido y analizado el contenido de dicho modelo a través de su articulación normativa en el Tratado y en las disposiciones de desarrollo.

Dando por bueno que el Tratado ha pretendido configurar un sistema de libre competencia donde el principio de igualdad (*mismo marco regulador, mismas reglas del juego* para los distintos intervinientes) impida distorsiones procedentes de la actividad de los Estados, con el fin de que el objetivo de integración basado en el mercado pueda alcanzarse de forma efectiva, el régimen de ayudas cumple una función esencial de control en la línea de evitar una recuperación artificial de los mercados nacionales mediante técnicas de fomento discriminatorias. En este sentido, la inserción de la política de ayudas en el marco más amplio de la política de competencia constituye una opción sistemática coherente, en la medida en que la concesión de ayudas puede suponer una interferencia frente al objetivo de proteger un sistema de competencia no falseada. La propia teoría de las *medidas de efecto equivalente*, frecuentemente utilizada en el Tratado, avala también esa opción: la concesión de ayudas, que implica ventaja competitiva para la empresa beneficiaria y discriminación para otros competidores, termina teniendo consecuencias de efecto-barrera

equiparables a los que tendrían otros mecanismos tradicionales de proteccionismo (medidas arancelarias, límites de entrada etc.), además del impacto indirecto sobre algunas reglas esenciales del modelo de competencia efectiva, como son la fijación del precio, la alteración del equilibrio entre oferta y demanda, la asignación eficiente de recursos etc. En definitiva, el riesgo de distorsión en el binomio libertad de competencia – igualdad de competidores está en la base de la orientación del sistema de control de ayudas que el Tratado incorpora.

Por otra parte, esta conexión entre política de ayudas y política de competencia, que se percibe de entrada en la propia ubicación sistemática de los preceptos; despliega importantes consecuencias de técnica jurídica bien perceptibles en el contenido de las normas reguladoras y en el desarrollo e interpretación que las Instituciones comunitarias han efectuado a lo largo del tiempo de vigencia. La combinación de cláusulas generales y enumeraciones casuísticas, la exigencia de que la competencia resulte o pueda resultar falseada por el favorecimiento a determinadas empresas o producciones como condición para la incompatibilidad, la técnica mixta de prohibición y excepciones o la exclusión de supuestos que por su escasa envergadura (la llamada regla de *minimis*) no son susceptibles de afectar significativamente la competencia, son muestras evidentes de esa configuración de la política de ayudas desde parámetros típicos del modelo comunitario de protección de la libre competencia. Y no sólo en los aspectos materiales del régimen de ayudas se percibe esa influencia. Los aspectos procedimentales, pensados para la efectividad del control de ayudas, donde se incluyen elementos tan característicos como las competencias de examen de la Comisión, las vías de recurso a los Tribunales etc., con el fin de supervisar, convalidar, anular o, en su caso, restablecer las condiciones de competencia mediante la supresión, devolución etc. de la ayuda, sin perjuicio de las responsabilidades o reparación de daños que puedan proceder, indican también que el objetivo no es sólo evitar la distorsión o el falseamiento de la competencia, sino neutralizar la ventaja competitiva cuando ésta se haya producido.

Ahora bien, apuntada esta conexión tanto en la orientación de política jurídica como en la configuración técnica del modelo, debe añadirse que, por sí sola, no explica suficientemente el alcance del modelo acogido por el Tratado. La existencia de otros objetivos de política social, de cohesión económica, de equilibrio territorial etc., que también están previstos en el marco de fines e instrumentos de los artículos 2 y 3, requieren el manejo ponderado de acciones de *discriminación positiva*, de entre las que una estrategia de ayudas puede ser precisamente fórmula adecuada. Esta perspectiva hubiera impedido una consideración unilateral o aislada de la política de ayudas como instrumento exclusivo y neutro de la política de competencia. En la medida en que pueden aceptarse *distorsiones tolerables* de la competencia, justificadas por objetivos no estrictamente económicos o por la necesidad de corregir con técnicas de intervención las disfunciones del mercado, la política de ayudas cumple también funciones de otra naturaleza, vinculadas a la promoción de esos

finés citados. Por eso el principio de incompatibilidad condicionada entre ayudas y mercado común aparece corregido con una lista de supuestos de compatibilidad efectiva o posible. De este modo, los procedimientos de control, además de cumplir la función de evitar distorsiones y restaurar la competencia, sirven también para evaluar los efectos de la ayuda en otros ámbitos distintos al estrictamente económico y para apreciar el encaje de determinadas ayudas en alguna de las excepciones compatibles previstas. Es cierto que éstas, como excepciones que son, deberán interpretarse restrictivamente y de acuerdo con las normas de desarrollo que han ido objetivando su alcance, pero no lo es menos que su operatividad en conjunto permite, como efectivamente ha ocurrido a lo largo del tiempo, la existencia de abundantes supuestos de líneas de ayuda relacionados con los objetivos enumerados.

Si acaso, el debate actual está más relacionado con un eventual exceso en ese despliegue, con las dificultades prácticas para un control efectivo y con la insuficiencia del sistema para evitar las llamadas *guerras de subvenciones* que con frecuencia se conectan al ejercicio de competencias de promoción económica por poderes públicos territoriales en modelos descentralizados y al lógico afán por captar inversiones, promover empleo etc. Curiosamente, la función del sistema de control de ayudas en el terreno de los principios, que se conecta a la salvaguarda de la competencia a través de la incompatibilidad, se ve con frecuencia alterada por otra vertiente de la competencia. En este caso, por la competencia (competitividad) entre los poderes públicos destinatarios de las normas, empeñados en una utilización al límite de las excepciones compatibles para conseguir resultados contrarios a los que naturalmente hubieran derivado del libre juego del mercado que se trata de proteger con el sistema. Pero en definitiva, si bien se mira la orientación en su conjunto, el régimen de ayudas del Tratado se justifica por una especie de *transacción delicada* entre las exigencias de política económica y el compromiso con otros objetivos de política social, cohesión, empleo, desarrollo equilibrado, promoción cultural etc. que inspiran las excepciones a la incompatibilidad. O, en términos más simples, en una transacción entre mercado e intervención, típica de los modelos relativistas de protección de la libre competencia, como tradicionalmente lo ha sido el modelo europeo.

Establecidas así las líneas básicas de orientación, el examen de la política de ayudas comprende los siguientes aspectos que se tratarán sucesivamente: la delimitación del concepto de ayuda pública, como aspecto básico para establecer el ámbito de aplicación de las reglas del Tratado; el alcance del principio de incompatibilidad con el mercado común, a través del análisis de las condiciones necesarias para su efectividad; las categorías y supuestos de ayudas compatibles, teniendo en cuenta las disposiciones, decisiones, sentencias etc. que las han ido concretando y desarrollando; los procedimientos de control en las diversas instancias; y, finalmente, otros aspectos de Derecho derivado, Derecho nacional etc., relacionados con el sistema de ayudas, entre los que debe incluirse alguna valoración final sobre la aplicación y el futuro del modelo.

2 El concepto de ayuda pública

Con el fin de delimitar el ámbito de aplicación del régimen previsto en el Tratado es absolutamente indispensable establecer un concepto de ayuda pública, pues son muchas las cuestiones vinculadas: sobre qué supuestos operan las condiciones de incompatibilidad, qué casos pueden acogerse a una excepción, hasta dónde se extienden los mecanismos de control y qué margen tienen los Estados para adoptar decisiones económicas de promoción sin sujetarse a esos controles etc., son cuestiones que sólo pueden enfocarse razonablemente a partir de un concepto que aporte un grado suficiente de seguridad y certeza. Se trata, en fin, de una manifestación habitual del viejo problema de la construcción de los conceptos jurídicos, a los que se exige un nivel adecuado de generalidad y abstracción en la medida en que su aplicación a un supuesto concreto que reúna las características típicas del concepto desencadena su sometimiento a un determinado régimen jurídico de requisitos, efectos etc. No basta en este sentido un concepto meramente económico o descriptivo por más que en él se recojan elementos de interés para una correcta aproximación a la figura en cuestión. Desde una perspectiva económica, ayuda es “toda medida que suponga un beneficio económico para una empresa”. Sin embargo, enseguida se aprecia que el concepto jurídico al que se anudan las consecuencias normativas previstas en el Tratado requiere mayor precisión: no toda decisión económica que mejore la posición competitiva de las empresas es ayuda en sentido técnico, como veremos de inmediato.

Lo cierto es que, a pesar de la importancia señalada y a pesar de las implicaciones que la fijación del concepto de ayuda en sentido jurídico tiene para establecer la frontera entre competencias comunitarias y estatales en la materia o para establecer el ámbito en que unas empresas pueden hacer valer sus intereses frente a otras, el artículo 87 no se ocupa de esta cuestión en concreto. Su texto está más bien dirigido a enumerar las condiciones en que una ayuda resultará incompatible con el mercado común y sólo alguno de sus incisos (“ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma”, “favoreciendo a determinadas empresas o producciones”) contienen elementos susceptibles de ser integrados en un concepto suficientemente tipificador de los supuestos de hecho. De modo que la inagotable variedad fáctica y técnica de medidas que podrían encuadrarse bajo el concepto de ayuda pública ha ido generando en todos los niveles posibles (normas de desarrollo y decisiones procedentes de la Comisión, sentencias del Tribunal de Justicia, comentarios doctrinales etc.) la aportación de criterios de delimitación que, no sin dificultad y debate, han terminado por configurar un concepto adaptado a las circunstancias y formado más por acumulación de rasgos a partir de la realidad que se quería controlar que por desarrollo integrador de una declaración normativa previa. Curiosamente, alguna legislación nacional que partía del mismo grado de indeterminación que el Tratado ha optado por introducir, en reforma posterior, un concepto de esa naturaleza que permite apreciar bien la

acumulación de elementos que ha producido la evolución histórica. Es, en concreto, el caso de la Ley española de Defensa de la Competencia que, en la reforma de 1999, ha incorporado en el artículo 19 un concepto de este tenor literal:

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

Más allá de las consideraciones de técnica y sistemática jurídica que su redacción plantea, el concepto formulado, en cuya construcción se ha tenido sin duda presente el estado del debate comunitario, ilustra bien sobre las cuestiones en discusión y sobre las pretensiones de delimitación de la casuística contemplada. En él se puede apreciar tanto el afán por acumular rasgos que permitan incluir supuestos variados como el reconocimiento de la dificultad para formular un concepto más exhaustivo. La llamada final a la analogía, a través del gráfico recurso asimilador a otras medidas de efecto equivalente, es la mejor prueba de la complejidad implícita en la materia.

En el ámbito comunitario, la fijación del concepto de ayuda pública, en base a elementos similares a los que ha recogido la citada Ley española, se ha ido produciendo a lo largo de un proceso de decantación por diversas vías y por distintos motivos: decisiones de la Comisión resolviendo sobre la compatibilidad o no de supuestos concretos, delimitación de supuestos de ayuda de otros que, aún con alguna afinidad, encajaban mejor en la categoría general de las “medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa” con la particular consecuencia prohibitiva de los artículos 28 y 29 del Tratado, comunicaciones interpretativas dirigidas a los Estados miembros, reglamentación de ayudas de carácter sectorial, sentencias del Tribunal resolviendo recursos sobre la procedencia de aplicar o no medidas de control, supresión, restitución etc. Los estudios más solventes de este vasto material han terminado por identificar tres elementos esenciales y reiterados en la configuración progresiva del concepto de ayuda pública: la existencia de una ventaja o beneficio económico en sentido amplio; el otorgamiento o financiación de tal ventaja por el Estado, con independencia de la forma; el favorecimiento selectivo de una empresa, sector o producción. La acumulación de estos tres elementos da como resultado una aproximación al concepto bastante certera en cuanto a su alcance, si se tiene en cuenta la abundante y variada casuística que se trata de someter al control.

Con esta base, cabría definir la ayuda pública como “cualquier ventaja o beneficio económico otorgado o financiado por el Estado en cualquier forma y dirigido a empresas o producciones en concreto”. Cada uno de estos elementos necesita obviamente de precisión, pero hay que observar de antemano que en un concepto

así configurado no tienen cabida, al menos en el nivel de la tipificación esencial, otros elementos valorativos referidos a la finalidad perseguida con la ayuda o a los efectos realmente producidos por ésta. Tanto la Comisión como el Tribunal han excluido reiteradamente que la finalidad subjetiva pretendida (el fin social, la relación de la medida con objetivos de política económica general, de política monetaria, de política fiscal etc.) o que los efectos derivados (que se produzca una efectiva distorsión de la competencia, una efectiva ventaja competitiva, una efectiva discriminación etc.), deban constituir elementos integrantes de un concepto que se pretende objetivo y relacionado con la medida en sí y no con juicios de valor sobre los móviles o las consecuencias derivadas o potenciales. Cosa distinta es que estos juicios de valor deban incidir, incluso decisivamente, en la consideración de la ayuda como incompatible o no con el mercado común a la vista de las condiciones que el Tratado tiene en cuenta al respecto (afectación de los intercambios comerciales y falseamiento de la competencia). Pero esta incidencia es un aspecto del tratamiento a dar a la ayuda y no un requisito para su existencia como tal, que es lo que se pretende al establecer un concepto objetivo. Procede entonces examinar con algo más de detalle cada uno de los tres elementos considerados como esenciales.

1. En primer lugar está la *ventaja o beneficio económico*, como base material de la ayuda, pues se trata del hecho delimitador inicial referido al objeto en que tal ayuda pueda consistir, antes de tomar en consideración al sujeto otorgante y al destinatario. Dada la enorme variedad de modalidades y contenidos que pueden integrar tal ventaja o beneficio, así como las amplias posibilidades de obtener ese resultado tanto por vía directa (concediendo una subvención, por ejemplo), como por vía indirecta a través de medidas de efecto equivalente (participando en el capital en condiciones ventajosas, liberando de una carga fiscal etc.), no es de extrañar que este elemento del concepto haya sido con frecuencia objeto de polémica y que se haya ido materializando en enumeraciones casuísticas de notable complejidad, más que en criterios generales indicativos.

En general, puede aceptarse que hay ventaja o beneficio económico cuando, teniendo en cuenta la situación competitiva anterior al momento de concesión de la ayuda, se mejora en términos relativos la posición de quien la recibe frente al resto de competidores como consecuencia de tal concesión. Estos criterios fueron ya defendidos por el Tribunal de Justicia en algunas de sus sentencias más significativas de los años 70 (así, en el asunto del *textil italiano* del año 1973, o en el asunto *Ianelli*, resuelto por Sentencia de 22 de marzo de 1977). La constatación de la *mejora en la posición relativa del beneficiario* es ciertamente sencilla cuando la ayuda consiste en una entrega directa de bienes, sea dinero, sea otro bien en especie, sea un servicio, sin contraprestación: son los casos típicos de la subvención a fondo perdido, el suministro de materiales, energía, maquinaria o bienes de equipo, la entrega o puesta a disposición de inmuebles, la prestación de servicios de transporte, asesoramiento técnico etc., o la cesión de derechos de variada naturaleza (de crédito,

de propiedad industrial, de arrendamiento etc., especialmente si comportan algún tipo de exclusividad). En otros casos, tal constatación es más compleja en la medida en que requiere un análisis exhaustivo sobre las condiciones de otorgamiento de la presunta ayuda. Se abre aquí un amplio espacio a la casuística donde entran supuestos tan variados como la participación en el capital de la empresa, los préstamos y garantías, los contratos en condiciones especialmente favorables (entrega de bienes, prestación de servicios, venta de terrenos o edificios, compra de bienes o servicios etc.), liberación o bonificación de cargas fiscales o sociales, compensación de créditos etc., que los sucesivos Informes sobre la Política de Competencia, así como las Decisiones de la Comisión y las Sentencias del Tribunal de Justicia, han ido incorporando a la relación con una técnica de interpretación amplia del concepto de ayuda apoyada en el inciso “bajo cualquier forma” del artículo 87 del Tratado, que ha servido para dar cobertura a este aspecto del contenido económico de la medida, como también a la naturaleza (legislativa, administrativa, fáctica) del instrumento de concesión.

Es precisamente en este ámbito donde se ha configurado el criterio llamado del *mercado* o del *inversor privado* como un intento de someter tan variada casuística a un parámetro objetivo del que dependiera la consideración de la medida como ayuda en cada supuesto, a la vista de las condiciones, circunstancias etc., de su otorgamiento. Diversas normas sectoriales elaboradas a partir de 1980 (así, Directivas del Consejo y Decisiones de la Comisión sobre ayudas en los sectores de la construcción naval, la siderurgia, el carbón y el acero etc.) fueron haciendo explícito este criterio, reiterado luego en dictámenes del Parlamento Europeo y en sentencias del Tribunal de Justicia. La idea esencial consiste en constatar si la empresa beneficiaria hubiera obtenido la prestación, o la hubiera obtenido en las mismas condiciones, en caso de requerirla de un inversor privado en el mercado.

La conclusión es obvia: hay ayuda, en el sentido de ventaja o beneficio económico, cuando la empresa no hubiera podido obtener en el mercado la correspondiente prestación o no la hubiera obtenido de un inversor privado en las mismas condiciones en que se la ha proporcionado la autoridad pública concedente. La aplicación de este criterio permite decidir que hay ayuda en la obtención de un préstamo con interés menor que el que se hubiera obtenido de una entidad financiera privada, en la prestación de una garantía que un fiador privado no hubiera concedido en esas condiciones, en el suministro de bienes o servicios a precio especialmente favorable, en la venta o en la compra de bienes en condiciones ventajosas, o, en fin, en la participación pública en el capital de una empresa en condiciones que un inversor privado hubiera rechazado. Todos estos supuestos han sido objeto de consideración en multitud de decisiones y sentencias sobre casos particulares y especialmente en la “Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 (hoy 87 y 88)” de 1984, que desarrollaba el criterio en relación con la adquisición de acciones y participaciones sociales en el capital de las empresas por las autoridades públicas.

La calificación de este conjunto de supuestos como ayuda en el sentido del Tratado ha permitido abordar a continuación el problema añadido consistente en establecer una regla de cálculo del valor de la ayuda, imprescindible a su vez para determinar el alcance cuantitativo de la distorsión producida sobre la competencia, aplicar posibles excepciones relacionadas con la escasa cuantía (la llamada regla de *minimis* que en su momento consideraremos por su especial relevancia en el ámbito de la pequeña y mediana empresa) o, en su caso, fijar el montante a restituir si la ayuda es calificada de ilegal. La admisión del criterio del mercado lleva a concluir que lo relevante para determinar la cuantía de la ayuda es el valor del beneficio recibido por la empresa destinataria y no el coste que la medida implique para la autoridad pública concedente, en el caso de que ambas cantidades fueren distintas, pues es aquél y no éste el que mide el impacto concurrencial o el nivel de mejora en la posición relativa de la empresa frente a los competidores. Tal y como lo han declarado los distintos Informes sobre la política de competencia, el valor del beneficio equivale a la ventaja o diferencia de coste que suponga la medida estatal respecto a las condiciones en que la empresa hubiera recibido la prestación de un inversor privado en el mercado, sin que se impute por tanto como ayuda todo el montante proporcionado. La aplicación conjunta de ambos criterios (el de mercado para determinar si hay ayuda y el del valor del beneficio para determinar su cuantía) ha permitido también excluir del ámbito conceptual así definido algunos supuestos de restitución a las empresas de cantidades indebidamente percibidas por las autoridades públicas, indemnizaciones por daños causados por éstas a la empresa, o, en fin, compensaciones derivadas de la prestación de servicios públicos (así, por ejemplo, en materias como financiación de la televisión pública, distribución de correo, protección del medio ambiente etc.) por entender que tales supuestos no podían ser valorados en un contexto de mercado.

Finalmente, hay que señalar que la aplicación estricta e indiscriminada del criterio del inversor privado a distintas actuaciones de las autoridades públicas no ha estado exenta de críticas por parte de los Estados que, en diversas ocasiones, han alegado la necesidad de tener en cuenta otros intereses y objetivos de política social o económica que un *inversor privado* no tiene por qué considerar, pero que forman parte deseable de las decisiones de un *inversor público*. Algunos significativos asuntos (así, los casos ENI-Lanerossi o Alfa Romeo en Italia, Intelhorce en España etc.) ponen bien de manifiesto esa argumentación que, por otro lado, puede tener acogida a través del procedimiento de excepciones individualizadas del artículo 88, 2, que en su momento analizaremos.

2. El segundo elemento del concepto de ayuda hace referencia al sujeto otorgante, implícito en la expresión del artículo 87 “ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales”. El alcance exacto de este elemento ha provocado también problemas de interpretación no siempre resueltos en idéntico sentido por las Instituciones Comunitarias. Ocurre aquí que, si bien los dos términos de la expresión normativa (Estados –

fondos estatales) tomados aisladamente tienen un significado bastante claro, la conexión disyuntiva con que el texto legal los presenta permite distintas alternativas (otorgamiento por los Estados con cargo a fondos estatales o públicos; otorgamiento por los Estados aunque los fondos no sean estatales; otorgamiento con cargo a fondos estatales aunque no lo haga el Estado). Conviene, por tanto, valorar cada elemento de la expresión en sus justos términos.

Por lo que se refiere al significado propio de cada término, no hay duda de que el concepto de Estado ha de entenderse en el sentido más amplio de poderes o autoridades públicas, que incluye las diversas instituciones en que se organice cada Estado miembro: las del Estado central, las territoriales en sus distintas expresiones (Comunidades Autónomas, Regiones, Länder etc.), las provincias, los municipios y demás entes locales etc. La Comisión ha sido especialmente insistente en este aspecto ya desde el Primer Informe sobre la Política de Competencia de 1970. Por otra parte, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia, en decisiones más específicas, han entendido incluidas en el término Estado a estos efectos otras instituciones, entidades, organismos etc., cuya actuación sea imputable directa o indirectamente al Estado en sentido amplio: así, organismos de la Seguridad Social o asimilados, Bancos centrales etc., en tanto que desempeñan funciones públicas bajo la supervisión del Estado. Más dudas ha ofrecido, aunque también resueltas en sentido positivo (Sentencia de 2 de febrero de 1988, sobre la compañía holandesa distribuidora de gas natural), el caso de entidades o personas (frecuentemente compañías mercantiles) constituidas conforme al derecho privado, pero en las que el Estado ejerce influencia dominante que hace que la empresa en cuestión actúe bajo control estatal.

Los criterios que, según la Directiva de 1980 sobre transparencia de las relaciones financieras entre el Estado y las empresas públicas, permiten presumir la existencia de influencia dominante (participación mayoritaria en el capital, control de la mayoría de los votos, posibilidad de nombrar más de la mitad de los miembros de órganos de dirección o supervisión), han servido también a este fin de ampliar el concepto de ayuda de Estado en estos casos, añadiendo además otras circunstancias (aprobación de las tarifas, derecho de veto a decisiones de la empresa etc.) que venían a reforzar la actuación bajo control público de quien otorgaba la ayuda. Más aún, el Tribunal ha llegado a estimar la existencia de ayuda pública (Sentencia de 22 de marzo de 1977, en el asunto Steinike) en casos en que la concesión procedía de una entidad privada que había sido encargada, designada o mandatada por el Estado para gestionar o distribuir la ayuda, dejando sentado así que lo relevante es la imputación en última instancia a una autoridad pública de la decisión, aunque el acto concreto de concesión haya sido realizado por un ente o persona privada.

La expresión *fondos estatales* tiene un notorio paralelismo con la de *recursos públicos*: incluye sin duda los fondos procedentes de los presupuestos de las instituciones públicas en cualquier nivel, pero también aquéllos que se obtienen a

través de la potestad tributaria de los Estados (exacciones o gravámenes parafiscales, cargas, tasas o precios públicos, contribuciones etc.), aun cuando, una vez recaudados, no se integren formalmente en presupuestos públicos.

De lo hasta aquí señalado, cabe ya establecer una clara e importante exclusión: por no proceder del Estado ni financiarse con fondos estatales, no son ayudas sometidas al Tratado las propias ayudas comunitarias, ni siquiera si su distribución la realiza el Estado miembro, aunque en alguna ocasión (así, con motivo de la Sentencia de 13 de octubre de 1982 sobre distribución de un contingente de carne) se ha discutido si el margen de discreción concedido a los Estados a la hora de distribuir la ayuda no debiera influir en su consideración como ayuda de Estado en algunas ocasiones, lo que, de aceptarse, tendría hondas repercusiones en la asignación por los Estados de fondos comunitarios como son el Feder, Fondo Social Europeo, asignaciones del Banco Europeo de Inversiones etc.

Si hasta aquí los criterios interpretativos de delimitación conceptual son razonablemente claros, las dudas se centran en el alcance de la expresión completa, debido a las diversas posibilidades de comprensión que ofrece, como ya antes apunté. Los dos extremos son evidentes: son ayudas de Estado las otorgadas por el Estado con cargo a recursos públicos; no lo son las otorgadas por un ente privado con cargo a recursos privados. El problema se situaría entonces en la zona intermedia: ayudas decididas por el Estado que no se financian con recursos públicos; ayudas que se financian con recursos públicos pero que no son decididas por el Estado. Tanto las opiniones doctrinales como las decisiones y sentencias en este punto, expresan todos los matices posibles y oscilan entre las dos posiciones que polarizan el debate. Esto es, vincular la noción de ayuda de Estado a su financiación con fondos públicos como criterio preferente o vincularla al hecho de la participación del Estado en su obtención aunque su materialización se haga con cargo a recursos privados, que es, por ejemplo, lo que ocurre cuando una norma emanada del Estado permite a ciertas empresas una elevación selectiva de los precios que pagan los clientes o particulares, derivando de ello una ventaja comparativa y un beneficio económico para dichas empresas.

La orientación mayoritaria, compartida por decisiones de la Comisión y por sentencias del Tribunal desde la resolución del asunto *van Tiggele* en 1978, se ha inclinado a favor del criterio de la financiación con fondos estatales, interpretando esta expresión en el amplio sentido indicado, como presupuesto para calificar la ayuda como pública. Las críticas se han centrado en que tal posición deja fuera del control todo un conjunto de medidas estatales que, sin afectar a recursos públicos o asimilados, permiten a determinadas empresas obtener ventajas accediendo a más recursos privados. Son casos en que la participación del Estado a través de medidas normativas es imprescindible para la obtención de tal beneficio directo (aumento de ingresos) o indirecto (reducción de gastos), siempre materializado con recursos privados, de tal modo que la medida estatal se constituye en verdadera causa determinante de la ventaja. El argumento parece atendible y buena muestra de ello

es que la Comisión, como remedio extremo que permitiera mantener el criterio de los fondos estatales en ciertos casos, ha recurrido a configurar algún supuesto de participación decisiva del Estado en la obtención de la ventaja con cargo a fondos privados mediante su calificación como “medida de efecto equivalente a una ayuda de Estado”, con el fin de aplicar por otra vía la prohibición del artículo 5 (hoy artículo 10) del Tratado en una más que dudosa extensión de un concepto no previsto con esos fines.

3. El tercer y último elemento del concepto de ayuda hace referencia al sujeto destinatario. Se trata del llamado *beneficiario*, al que el artículo 87 menciona en el contexto de la expresión “favoreciendo a determinadas empresas o producciones”, en la que está implícita la idea de selectividad o de discriminación como requisito esencial para la integración de este elemento. La fórmula elegida ha pretendido ostensiblemente abarcar tanto las medidas que tienen por beneficiario a un sujeto (*empresas*) como las que benefician a un sector de actividad (*producciones*), con el fin de sujetar a control las dos posibilidades teóricas de seleccionar a los destinatarios de las ayudas. Ocurre, sin embargo, que ni uno ni otro concepto tienen un reflejo claro en el Tratado o en el Derecho derivado, hasta el punto de que se ha discutido con frecuencia si su operatividad debiera estar más en el plano de las condiciones de incompatibilidad que en el del concepto de ayuda.

Una delimitación precisa del concepto de empresa tropieza en este ámbito con el tradicional problema jurídico de la dificultad de construcción de un concepto uniforme, válido para distintas disciplinas. Tal dificultad se ha resuelto con frecuencia acudiendo a conceptos amplios y funcionales que, prescindiendo de aspectos como la forma, el objeto, el tamaño etc., incidieran más en la perspectiva económica relacionada con la actuación en el mercado. A este fin, la ubicación sistemática de la política de ayudas en el ámbito de la política de competencia ha facilitado una solución analógica en esa línea. Así, los pronunciamientos más explícitos de la Comisión y del Tribunal de Justicia al respecto han manejado esta idea de “organización de recursos asignados al desarrollo de una actividad económica en el mercado” (Sentencia de 23 de abril de 1991, en el asunto Höfner), considerando irrelevante la forma (persona física o jurídica), el estatuto jurídico aplicable, la cobertura mercantil o civil de la actividad, el objeto (producción de bienes, prestación de servicios, distribución etc.), el sector (industrial, comercial, financiero etc.), el tamaño (pequeña, mediana o gran empresa), e incluso la existencia o no de ánimo de lucro o el modelo organizativo adoptado. Esta amplia idea de empresa como persona o entidad que desarrolla una actividad económica, ha posibilitado también la extensión del concepto a supuestos de grupos de empresas considerados como empresa única (así en la Sentencia de 14 de noviembre de 1984, en el asunto Intermills).

De un concepto tan amplio, susceptible de incluir la actividad de artesanos o profesionales, quedarían sólo exentas aquellas actividades sometidas en el propio Tratado a un régimen especial (caso de la agricultura y el transporte), o las que son

objeto de otro Tratado (caso del carbón, acero y energía nuclear), o las que carecen de naturaleza económica por constituir prestaciones típicas de los poderes públicos (la sanidad y la seguridad social, la educación, la seguridad, la justicia etc.), aunque tal exclusión se ha discutido si la institución correspondiente desarrolla su tarea para una empresa o en colaboración con ella (así, el caso de las Universidades que realizan investigación en convenio con una empresa). La zona polémica se ha situado entonces en torno a la realización de actividades económicas por parte de los propios Estados, en el sentido de saber si tales actividades, en las que frecuentemente se utilizan empresas públicas que reciben aportaciones estatales, están sujetas al régimen de control de ayudas. La Comisión, en efecto, ha entendido, a partir del llamado *concepto funcional de Estado*, que cuando éste desarrolla actividades propiamente económicas está afectado por el régimen de ayudas, al margen de que el instrumento habilitado para desarrollar la actividad esté o no dotado de una personalidad jurídica diferenciada de la del Estado o de que actúe en el ámbito del Derecho público o privado. A este fin se elaboró la Directiva de 1980 sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y sus empresas públicas, modificada en 1993 y desarrollada por una Comunicación de 1991 sobre aplicación del régimen de ayudas del Tratado y de la propia Directiva (artículo 5) a las empresas públicas, con lo que la configuración del concepto amplio de empresa o producción ha quedado prácticamente cerrada, aunque no sin polémica por lo que puede suponer de restricción a decisiones políticas de los Estados que persiguen objetivos no meramente económicos.

Fijado así el concepto de empresa, conviene precisar que tal condición debe recaer, y basta con que recaiga, en el beneficiario en última instancia de la ayuda, pues cabe la posibilidad de disociación entre receptor directo e inmediato y beneficiario indirecto o mediato. Si esto ocurre, la condición de empresa en sentido amplio debe exigirse en el beneficiario último o destinatario final de la ayuda, pudiendo el receptor instrumental tener o no tal carácter y siendo indiferente esta circunstancia. Así, si una entidad bancaria recibe bonificaciones fiscales para que conceda créditos ventajosos a determinadas empresas, éstas son las beneficiarias de la ayuda, y si ciertos consumidores reciben subvención para adquirir la producción de determinadas empresas, éstas son también las beneficiarias, pues el supuesto no cae dentro de la compatibilidad por implicar discriminación. En buena lógica, el razonamiento jugará también en el sentido inverso para excluir el concepto de ayuda cuando el receptor directo sea una empresa pero no lo sea el beneficiario final, salvo que suponga discriminación o ventaja en el sentido indicado.

Finalmente, este elemento delimitador del concepto de ayuda que es la naturaleza económico-empresarial del beneficiario, integra un requisito de selectividad: la ayuda no es tal sólo por dirigirse a empresas o producciones, sino por favorecer a *determinadas* empresas o producciones. Dicho en otros términos, no son ayudas las medidas generales, sino sólo las medidas selectivas. Tal distinción exige, obviamente, alguna precisión aclaratoria, pues las medidas generales, en

tanto que no implican ventaja competitiva ni mejoran la posición relativa de alguna o algunas empresas respecto de las demás, no están sometidas al régimen de control. Asunto distinto es que las medidas generales adoptadas en un Estado miembro para beneficiar al conjunto de las empresas produzcan distorsión global en la competencia respecto de las empresas de otro Estado por crear condiciones desiguales que entorpecen el mercado único. Pero para afrontar esas situaciones el Tratado tiene otras previsiones: los artículos 96 y 97 se refieren precisamente a ellas y establecen procedimientos para eliminar la distorsión causada por las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros, mientras que el régimen de ayudas de los artículos 87 y siguientes sólo sería de aplicación a las medidas específicas o selectivas.

El criterio para diferenciar unas y otras ofrece de nuevo una carga polémica evidente, en tanto que hay detrás una cuestión de control comunitario de las decisiones estatales. Consciente de que la frontera entre generalidad y especialidad plantea un problema de grado o de nivel cuantitativo, la Comisión, con criterios ratificados por el Tribunal de Justicia, ha optado también aquí por la amplitud máxima posible. En sucesivas Encuestas sobre Ayudas de Estado e Informes sobre la Política de Competencia se ha venido reiterando que una medida no es general sino selectiva si favorece a determinadas empresas, sea cual sea el criterio de determinación (sector, rama de actividad, categoría de empresas delimitada por alguna característica común, como son las pequeñas y medianas empresas etc.). Es más, en algunas ocasiones se ha entendido que una medida a la que inicial o aparentemente se podría calificar de general, se convierte en selectiva y queda sometida a control si la autoridad que debe aplicarla se reserva un grado de discrecionalidad suficiente para fijar condiciones que conduzcan a la selección del beneficiario o a la concesión en desigual cuantía o, simplemente, si *de facto* beneficia a determinadas empresas o producciones a pesar de su generalidad formal.

Esta técnica de distinguir se ha ido concretando en diversas Directrices comunitarias de ayudas que han desarrollado en detalle las condiciones para considerar generales a determinadas medidas. Son paradigmáticas al respecto las Directrices sobre ayudas al empleo, de 1995, que exigen que el programa de ayudas pueda beneficiar a cualquier empresa o trabajador que reúna las condiciones de aplicación, que estas condiciones sean suficientemente precisas y que las autoridades no se reserven margen de discreción para hacer selectiva la concesión. Planteamiento similar se ha hecho para considerar ayudas otros supuestos dudosos como las obras de infraestructura ejecutadas para favorecer a determinadas empresas o producciones, o los beneficios concedidos a la inversión o a las empresas exportadoras, por entender que, al integrar un sector así delimitado, hacían selectiva la medida, o las medidas llamadas de carácter derogatorio por reducir o eliminar selectivamente alguna obligación o carga. Por el contrario, medidas relativas al régimen fiscal de las empresas o a la cotización a la Seguridad Social se han admitido como medidas generales en principio, en tanto que favorecen a todas las empresas

establecidas en el Estado que las aprueba. Precisamente en relación con medidas fiscales de alcance territorial se mantiene actualmente un interesante debate sobre el requisito de la selectividad: se trata de ventajas fiscales que benefician a todas las empresas establecidas en un determinado territorio que, en virtud de la organización constitucional interna, dispone de competencias en esa materia (es, obviamente, el asunto planteado a propósito del régimen fiscal de las empresas en los Territorios Vascos, como lo fue el de las ayudas regionales concedidas por los Länder alemanes, que la Comisión consideró incompatibles con el Tratado). La cuestión pendiente de resolver (si la medida es general por beneficiar a todas las empresas, o si es selectiva por tener un alcance meramente territorial, entendiendo que el área geográfica implica selectividad como lo implica el sector económico, la rama de actividad o la categoría de empresas) tendrá importantes repercusiones para el futuro de esas medidas y, en concreto, para saber si están sometidas al control comunitario de las ayudas públicas o, por el contrario, pueden entrar en el ámbito de las medidas generales que, si provocan distorsión y falsean las condiciones de competencia, han de ser abordadas por la citada vía de los artículos 96 y 97 del Tratado.

Examinados hasta aquí los elementos que integran el concepto de ayuda de Estado, conviene recordar que su prohibición no está automáticamente conectada a la aplicación de tal concepto a un supuesto de hecho en el que concurren tales elementos. La prohibición deriva de dos circunstancias que deben examinarse a continuación: de un lado, la presencia positiva de las condiciones con que el Tratado declara las ayudas incompatibles con el mercado común; de otro lado, la falta de encaje de la ayuda en cuestión en alguna de las categorías de ayudas compatibles o compatibilizables, que permitirían configurar una excepción a la prohibición.

3 Los presupuestos de incompatibilidad de la ayuda de Estado con el Mercado Común

El artículo 87 del Tratado, a la vez que esboza el concepto de ayuda en los términos indicados, declara la incompatibilidad condicionada con el Mercado Común. Por un lado, abre la vía de las salvedades que el propio Tratado disponga (“salvo que el presente Tratado disponga otra cosa”, según reza el inciso inicial), con lo que anuncia un margen de compatibilidad de ciertas ayudas que luego concretan los párrafos 2 y 3. Por otro lado, la propia declaración de incompatibilidad, lejos de ser automática o absoluta, se conecta a dos presupuestos de amplia configuración y de incierto alcance: que las ayudas en cuestión afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros y que falseen o amenacen falsear la competencia. Si ambos presupuestos se dan conjuntamente, la ayuda será incompatible con el Mercado Común y resultará prohibida, sin perjuicio de las citadas salvedades. Si alguno de los presupuestos falta, la ayuda no deja de serlo y habrá de ser notificada, pero no será incompatible con el mercado común y, en consecuencia, ni resultará prohibida ni necesitará, en su caso, acogerse a alguna de las salvedades para poder ser concedida.

Así las cosas, la *afectación del comercio entre Estados* y la *distorsión de la competencia* se convierten en elementos centrales para evaluar el alcance real de los mecanismos de control de decisiones estatales y, en última instancia, la eficacia práctica de la política comunitaria en materia de ayudas. No es extraño, por ello, que la interpretación de ambos presupuestos haya sido tradicionalmente objeto de polémica por parte de los Estados ante la Comisión y ante el Tribunal, máxime si se aprecia que ambas menciones son susceptibles de diversas concepciones de política económica y que, a menudo, se presentan complejamente vinculadas entre sí en una realidad cambiante, lo que explica la tendencia a interpretaciones amplias de intención precautoria y la propia evolución de los criterios utilizados a lo largo del tiempo.

1. El primero de los presupuestos vincula la incompatibilidad a los efectos que produzca la ayuda en el comercio entre los Estados: las ayudas serán incompatibles con el mercado común “en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre los Estados miembros”. Por analogía con el planteamiento generalizado en el Derecho de la Competencia, se ha entendido, en primer lugar, que basta la idoneidad de la ayuda para producir tal afectación, aunque ésta no se haya producido de forma efectiva. A tal interpretación conduce además el hecho de que el procedimiento de control opere con carácter previo, lo que impide realizar valoraciones sobre consecuencias ya producidas por la ayuda y obliga a considerar más sus efectos previsibles en base a estimaciones.

Por otro lado, la afectación ha de referirse al comercio entre Estados, pues de no tener este alcance interestatal, la ayuda quedaría fuera del control comunitario. Las ayudas que sólo afectan a los intercambios intraestatales o al comercio interno serán, en su caso, materia sometida a la legislación nacional, si ésta existe, como ocurre en el caso español en base al artículo 19 de la Ley de Defensa de la Competencia. Se plantearán entonces cuestiones similares a las que tradicionalmente se han planteado en el Derecho de la Competencia donde la existencia de ordenamientos concurrentes es generalizada y, en ese sentido, los principios de primacía del Derecho Comunitario en su ámbito y de *dobles barreras* serán de aplicación aquí.

Desde un punto de vista sustancial se ha venido entendiendo que hay afectación del comercio entre Estados cuando la ayuda en cuestión “altera o puede alterar el flujo de intercambios entre los Estados miembros”, sin que sea estrictamente necesario que además se produzca una alteración de la estructura competitiva preexistente (así lo estimaron la Comisión y el Tribunal con ocasión del emblemático asunto Philip Morris ya en 1979). Para ello deben analizarse, con el fin de motivar suficientemente la decisión, no sólo los intercambios existentes en un momento determinado, sino también la evolución previsible que puedan tener en el contexto de la progresiva implantación del mercado común, ya que debe valorarse tanto el efecto actual como el potencial de la ayuda. De este modo, la existencia de intercambios a nivel comunitario en el momento en que la ayuda se concede y la participación del beneficiario en tales intercambios, pueden ser constataciones suficientes para valorar

la incompatibilidad de la ayuda por afectación del comercio entre Estados; pero en ningún caso constituyen criterio cerrado o definitivo, pues cabe la posibilidad de que, sin concurrir tales requisitos en el momento de concesión de la ayuda, ésta sea incompatible en tanto que supone una interferencia o *barrera de entrada* precisamente para la existencia potencial de tales intercambios en el futuro. Este análisis ha sido especialmente utilizado en materia de ayudas a la exportación cuando se apreciaban sus efectos favorecedores respecto de las empresas competidoras en los países destinatarios de los productos exportados (Asunto 57/86, Grecia c. Comisión y Comunicación de 17 de septiembre de 1997 en materia de seguro de crédito a la exportación), e incluso se ha recurrido a él en supuestos de ayudas dirigidas a la exportación hacia terceros países. Cabría entonces pensar en la no incompatibilidad como regla por faltar el requisito de la afectación del comercio entre Estados miembros y, sin embargo, la Comisión ha llegado a estimar suficiente la existencia de *competencia exportadora* entre empresas comunitarias en terceros países para entender que también entonces puede haber afectación y, por tanto, incompatibilidad (Asunto Tubemeuse, en 1987).

En síntesis, pues, el requisito de la afectación del comercio se ha ido configurando como un juicio de valor abierto y dinámico que hay que constatar caso por caso y de forma específica por la Comisión. En este punto, el Tribunal ha sido especialmente exigente a la hora de requerir la demostración efectiva de tal afectación y la consiguiente motivación de la decisión, pero, en lo sustancial, ha participado reiteradamente de la citada interpretación, entendiendo que el requisito está íntimamente vinculado a los objetivos de la integración económica.

2. El segundo de los presupuestos de la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común consiste en que éstas *falseen o amenacen falsear la competencia*. Es lo que se conoce como *distorsión de la competencia*, sea efectiva, sea potencial, pues aquí el propio texto abre directamente la doble posibilidad de estimación relacionada con la operatividad del control que realiza la Comisión a partir de la notificación previa.

Ciertamente, las decisiones y sentencias interpretativas de este requisito han seguido una tendencia habitual al automatismo: si hay ayuda es porque hay favorecimiento selectivo de determinadas empresas y, si esto es así pues de lo contrario no habría ayuda en sentido técnico, la distorsión es casi un efecto natural de la ayuda. La perspectiva que se fija en la ventaja comparativa de la empresa beneficiaria frente a las que resultan discriminadas, no hace sino ratificar la conexión casi automática entre ayuda y distorsión de la competencia, tal y como lo ha reiterado la Comisión en buena parte de sus Informes anuales sobre la materia. Incluso en supuestos en que pretendía justificarse la compatibilidad de la ayuda en el hecho de que iba dirigida precisamente a compensar una imperfección del mercado (por ejemplo, un coste adicional por la ausencia de ánimo de lucro) o estaba destinada a neutralizar diferencias existentes entre las legislaciones estatales (así, las llamadas ayudas compensatorias), la Comisión ha mantenido el juicio de incompatibilidad, sin

perjuicio de remitir el asunto a alguna de las excepciones previstas (Asuntos GAV, de 1997, Steinike, de 1976, Textil italiano, de 1973 etc.).

También aquí, como en el requisito anterior, el Tribunal ha participado reiteradamente de este amplio concepto de distorsión de la competencia, si bien ha exigido igualmente una motivación suficiente que debe abarcar el análisis de situación del mercado relevante, de la posición de la empresa beneficiaria en ese mercado, de la estructura, cuantía, condiciones y efectos del correspondiente programa de ayudas a conceder etc. (Sentencia de 13 de marzo de 1985 en el asunto Leeuwarder, de 12 de diciembre de 1996 en el asunto Aiufass etc.)

3. Como reflexión final en materia de presupuestos de la incompatibilidad, cabe constatar que una interpretación tan amplia de su alcance ha conducido indudablemente a configurar un ámbito igualmente amplio para la aplicación del control previo y, en última instancia, de la prohibición de ayudas. Por este motivo, y con el fin de procurar un mayor equilibrio en la permanente tensión con los Estados miembros, la Comisión ha cedido también en una amplia interpretación de los supuestos de excepción que incluyen ayudas compatibles y, sobre todo, compatibilizables. Como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente epígrafe, las posibilidades de compensar el rigor en la incompatibilidad con la flexibilidad en las excepciones que el Tratado contempla, se han utilizado con profusión hasta el punto de que la utilización de una técnica semejante a la de los Reglamentos de exención de categorías, procedente de un problema similar en materia de prácticas concertadas contra la libre competencia, está en relación directa con ese objetivo de equilibrio. De este modo, determinados grupos de ayudas (a la pequeña y mediana empresa, a la investigación y desarrollo, en favor del medio ambiente, al empleo, a la formación, a la reestructuración de empresas en crisis, o a las empresas en zonas urbanas desfavorecidas) han terminado siendo objeto de un tratamiento *horizontal* en base a criterios generales para sectores y regiones.

Junto a esa técnica, la Comisión ha terminado por aceptar también un criterio cuantitativo trasladado del Derecho de la Competencia (la llamada cláusula de *minimis*), además de una notable flexibilización procedimental para tramitar simplificadaamente ayudas de importancia menor. A este aspecto, por lo que supone de límite al alcance de la incompatibilidad, conviene hacer una breve referencia en este momento.

La cláusula de *minimis* fue adoptada por primera vez en 1992, dentro de las Directrices de la Comisión en materia de ayudas a las pequeñas y medianas empresas. Su introducción, no sin resistencias previas de la propia Comisión, que venía entendiendo que la incompatibilidad de las ayudas no debía depender de su cuantía o de la intensidad de sus efectos, significó un avance considerable en el modelo de control. Utilizando un recurso ya conocido en el ámbito de las prácticas concertadas contra la libre competencia (ver, por ejemplo, su formulación en el artículo 1, 3º de la Ley española sobre Defensa de la Competencia que permite la tolerancia de

“conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia”), la Comisión terminó por aceptar una cierta transacción con los Estados miembros. Fijado un determinado umbral (inicialmente, 50 mil euros por empresa durante un periodo trienal), la Comisión consideraba compatibles las ayudas que no excedieran esos límites, con lo que no sería necesaria su notificación previa. De este modo, se reduciría el volumen de asuntos sometidos a control de la Comisión, en beneficio de una más rápida solución y un mejor estudio de los asuntos de más envergadura y, a la vez, los Estados miembros dispondrían de un margen de tolerancia para adoptar medidas de promoción económica, especialmente en sectores sensibles como es el caso de las pequeñas y medianas empresas o el de programas de ayudas de alcance regional o local. Si a esto se añade que el volumen total de ayuda trienal por empresa se distribuía en dos capítulos (gastos de inversión y otros gastos), separadamente afectados por el límite, el resultado real (100 mil euros) suponía un margen más que apreciable, aunque luego se estableciera un principio de no acumulación con otras ayudas compatibles si la suma excedía el límite de la cláusula de minimis. Posteriormente, la Comunicación de la Comisión de 6 de marzo de 1966, suprimió el doble concepto de gastos imputables, pero elevó la cuantía a 100 mil euros como tope único y global en un trienio para cualquier tipo de ayuda y de empresa, dejando fuera de este régimen los sectores especiales (agricultura, pesca, transporte, construcción naval, carbón y acero, exportación etc.) donde hay normas particulares.

El debate abierto sobre la regularidad formal de la cláusula de minimis, que venía a modificar el alcance del procedimiento de control mediante notificación previa previsto directamente en el Tratado, terminó propiciando la aprobación de un Reglamento específico (de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales) que faculta a la Comisión para declarar la compatibilidad y eximir de la notificación previa a grupos de ayudas (las en favor de pequeñas y medianas empresas, investigación y desarrollo, medioambiente, empleo y formación, y las que se ajusten al mapa de ayudas regionales), siempre que se respeten determinadas condiciones, y para hacer similar declaración respecto de ayudas que no excedan de una cierta cuantía durante un periodo de tiempo fijado. Esta habilitación, recogida en el artículo 2 del citado Reglamento, constituye ahora la base formal para el empleo de la cláusula de minimis y, en función de ella, se ha aprobado recientemente el Reglamento de la Comisión de 12 de enero de 2001, sobre aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas de minimis. El límite queda fijado en 100 mil euros en un periodo de tres años, para cualquier empresa y con independencia de la forma de la ayuda y del objetivo perseguido. Si se respeta este límite y se aplican los criterios de valoración de la ayuda que establece el artículo 2,3, no habrá obligación de notificar por entender que esas ayudas no están comprendidas en el artículo 87 del Tratado. Por lo demás, el artículo 3 encomienda a los Estados miembros las tareas de control para evitar que se superen los límites exentos a través de acumulación de ayudas,

debiendo recopilar la información precisa al respecto y facilitarla a la Comisión cuando ésta la requiera.

Finalmente, hay que señalar que esta regulación actualizada de las ayudas de minimis ha venido en la práctica a dejar sin operatividad otros instrumentos de flexibilización del control de incompatibilidad puestos en marcha por la Comisión. Es el caso del procedimiento simplificado para la evaluación de las ayudas en su momento denominadas *de importancia menor*, puesto en marcha por una Comunicación de 1984, revisada en 1989 y en 1992. A la vista de las condiciones que debían reunir las ayudas para acogerse a esta vía de notificación simplificada (para pequeñas y medianas empresas y hasta el 7,5% de la inversión, 3 mil euros por empleo creado, o 200 mil euros si se promueven otros objetivos), se puede apreciar el efecto sustitución del régimen de minimis, salvo para algunos casos, que, además, resulta más beneficioso al no hacer necesaria la notificación, ni siquiera en la versión simplificada.

Examinados los presupuestos de la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común, y las variantes introducidas en su alcance, procede entrar a considerar las excepciones que el propio Tratado ha recogido.

4 Las excepciones a la incompatibilidad: ayudas compatibles y ayudas compatibilizables

El artículo 87 del Tratado, una vez fijado el concepto de ayuda y el principio general de incompatibilidad con el mercado común, delimita en los párrafos 2 y 3 el ámbito de las excepciones. Lo hace, siguiendo un criterio ya utilizado en el Derecho de la Competencia (recuérdese la distinción entre prácticas autorizadas y autorizables en relación con la prohibición de prácticas concertadas), estableciendo dos categorías: en el párrafo 2 están las ayudas que el propio Tratado considera compatibles de antemano; en el párrafo 3 están las ayudas que pueden considerarse compatibles si se dan los requisitos, objetivos, condiciones etc. que en cada caso se mencionan, sin perjuicio de la vía abierta en la letra e) para una ampliación indeterminada de la lista.

Cada uno de estos dos bloques obedece a características propias que deben ser examinadas por separado, pero conviene señalar algunos rasgos comunes que deben ser tenidos en cuenta en ambos casos. Así, en la medida en que se trata de supuestos de excepción a un principio general de incompatibilidad, su alcance debe ser interpretado de forma estricta o restrictiva. Asunto distinto es que, además, las ayudas compatibles se delimiten con una técnica de lista cerrada y exhaustiva, que opera como *numerus clausus* a estos efectos, mientras que las ayudas compatibilizables admitan más flexibilidad en el desarrollo normativo, tanto porque el propio Tratado ya ha previsto la citada válvula de escape de la letra e) del párrafo 3 del artículo 87, como porque la abundante utilización de Derecho derivado con base en el artículo 89 ha ido configurando espacios de excepción más amplios (recuérdese la existencia de categorías de ayudas que se han ido excepcionando en

bloque, como son las ayudas horizontales o las acogidas a la cláusula de minimis). Desde otro punto de vista, la Comisión ha entendido que todas estas ayudas, en la medida en que lo son por reunir los elementos del concepto, y en la medida en que están inicialmente afectadas por la incompatibilidad por darse en ellas los presupuestos correspondientes, están sometidas al procedimiento de notificación del artículo 88, precisamente porque esa es la vía adecuada para verificar si se dan las condiciones que permiten considerarlas compatibles o hacerlas objeto de una decisión de compatibilidad. Este sometimiento al control tal vez debería eludirse en los casos de ayudas compatibles de antemano (las del párrafo 2), pero lo cierto es que la Comisión, cuando se ha planteado la cuestión, ha reafirmado el criterio señalado (así, en la Comunicación de 4 de diciembre de 1998, sobre determinadas ayudas griegas).

Señalado esto, procede examinar ambos bloques diferenciadamente.

4.1 Las ayudas compatibles *de iure* o por declaración del Tratado

Bajo esta categoría recoge el artículo 87,2 tres supuestos, a los que precede la declaración de compatibilidad (“serán compatibles con el mercado común”) que les excluye de pleno derecho del ámbito de la prohibición.

El primero de los supuestos se refiere a “las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales”. En sentido estricto, cabría discutir si estas ayudas lo son en sentido técnico, pues al ser beneficiarios los consumidores y no las empresas o producciones, faltaría el elemento del concepto referido al favorecimiento selectivo precisamente de determinadas empresas o producciones. Tal vez consciente del riesgo de que estas ayudas puedan ser utilizadas indirectamente para conseguir un favorecimiento selectivo, el Tratado condiciona la compatibilidad justamente a que este efecto no se produzca (“siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos”). Obviamente, si la ayuda concedida a un consumidor individual (por ejemplo, una subvención para la compra de vivienda, o de un vehículo nuevo, una bonificación de intereses en un préstamo al consumo etc.) se condiciona a que el acto de consumo recaiga sobre bienes de determinada empresa, ésta resultaría beneficiaria de un favorecimiento selectivo indirecto y la ayuda quedaría entonces afectada por la incompatibilidad. Habrá, por tanto, que interpretar en sentido amplio la discriminación por el origen, de modo que se eviten las distintas posibilidades de obtener favorecimiento selectivo. La propia Comisión, en diversos Informes anuales sobre la Política de Competencia, así lo ha entendido, dando al término *origen* ese amplio significado (empresa fabricante o suministradora determinada, empresas de un determinado sector o territorio etc.). Por lo demás, debe observarse también que se trata de ayudas individuales a consumidores concretos (o, al menos, de ayudas individualizables aunque tengan una base de concesión colectiva), lo que traslada parte de los problemas interpretativos a la aplicación del propio concepto de consumidor (consumidor o usuario, persona física o jurídica, destinatario final etc) que no corresponde sistemáticamente analizar aquí.

El segundo supuesto se refiere a las “ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional”. La configuración del supuesto plantea dos cuestiones interpretativas de interés, una referida al ámbito objetivo que justifica la compatibilidad y la otra a la finalidad de la ayuda. La noción de desastres naturales abarca un conjunto de fenómenos de la naturaleza en que no hay intervención del ser humano (terremotos, maremotos, inundaciones, huracanes, erupciones volcánicas, explosiones naturales, sequías, epidemias etc.). La de acontecimientos de carácter excepcional supone un mayor margen de valoración, que se ha utilizado para establecer una frontera entre actos externos (guerras, actos terroristas, sabotajes etc.) y riesgos normales de la producción o actividad económica (huelgas, alteraciones bruscas del mercado etc., o sucesos que habitualmente neutralizarse mediante un contrato de seguro, como incendios, robos, accidentes, pérdida de beneficios, responsabilidades civiles etc.). La otra cuestión obliga a precisar con más concreción cuál es la finalidad exacta de la ayuda, pues sólo están compatibilizadas las ayudas destinadas a *reparar perjuicios*. Esta finalidad compensatoria excluiría de la compatibilidad ayudas que van más allá de la estricta compensación del perjuicio producido o que toman el supuesto de hecho (desastre o acontecimiento excepcional) como coartada para producir un favorecimiento bajo la apariencia de compensación de un daño que no se ha producido o que sólo ha afectado en menor medida. Algunas Decisiones adoptadas por la Comisión a propósito de los terremotos sucedidos en regiones italianas durante los años 1980 y 1981 (especialmente la de 25 de julio de 1990) estimaron que el transcurso de un largo periodo de tiempo entre el suceso y las medidas ponía en cuestión la finalidad compensatoria de las ayudas, que normalmente pide que la reacción sea urgente, específica y proporcionada a la gravedad de los perjuicios.

El tercer supuesto de compatibilidad de pleno derecho se refiere a las “ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania”, pero sólo “en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división”. La evolución de la ciudad de Berlín o de algunos territorios afectados es buena muestra del margen de excepción que tal supuesto implicaba. Evidentemente, la reunificación de Alemania pone en cuestión la necesidad de permanencia de la excepción tal como fue concebida en el Tratado y, en efecto, el Informe de la Comisión sobre la Política de Competencia de 1994 ya avanzó que, a partir de 1996, aplicaría el régimen general a los programas de ayuda concebidos para fomentar el desarrollo de los nuevos Länder, sin perjuicio de mantener la excepción en casos especiales en que se demostrara la vigencia de desventajas económicas aún derivadas de la división.

4.2 Las ayudas compatibilizables

El artículo 86,3 enumera cinco supuestos de ayudas que, sin estar

compatibilizadas de iure con el mercado común, pueden serlo a través de la correspondiente decisión habilitante. Se aprecia enseguida de la mera lectura de los supuestos que hay aquí un amplio espacio abierto a la apreciación discrecional con el fin de poder valorar si determinados objetivos deseables (el desarrollo de regiones desfavorecidas, la promoción de la cultura etc.) deben primar sobre la incompatibilidad estricta de ayudas. Por eso también ocurre que la estructura de los supuestos tipificados en el precepto incluye elementos específicos de compatibilización en algunos casos (la no alteración de las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común), con el fin de ponderar las ventajas y los inconvenientes, o somete otros a requisitos específicos (véase la proliferación de expresiones modalizantes, como *anormalmente bajo*, *grave situación*, *proyecto importante*, *grave perturbación*), con el fin de dibujar el margen de apreciación, todo ello sin perjuicio de la cláusula final abierta donde lo relevante es el procedimiento de compatibilización y no los elementos sustanciales.

Con este panorama, no es de extrañar que las instituciones comunitarias hayan realizado a lo largo del tiempo de vigencia del modelo una extraordinaria actividad de desarrollo y de concreción de estos supuestos compatibilizables con el fin de ir configurando un marco de certeza, aún movable y dinámico, que objetivara los criterios de valoración a la hora de ejercer el control y que permitiera a los Estados miembros diseñar y ejecutar políticas de promoción económica con cierta garantía de seguridad. Estos objetivos, junto con la propia evolución de la coyuntura socioeconómica, han propiciado la puesta en escena de un extenso y complejo Derecho derivado, integrado por los más diversos instrumentos normativos, que debe tenerse en cuenta, aún en los límites adecuados de este comentario, para disponer de una imagen suficiente sobre el alcance real del régimen de ayudas en su conjunto y sobre los límites específicos de cada supuesto de ayuda compatibilizable.

Desde un punto de vista sistemático, resulta conveniente plantear primero algunas consideraciones generales referidas a todo el bloque de supuestos y analizar a continuación el contenido particular de cada uno, siempre con la voluntad de síntesis que este estudio requiere.

En ese primer ámbito general dos han sido las cuestiones habitualmente objeto de debate a lo largo del tiempo de aplicación del modelo: una, más sustantiva, referida al margen de discrecionalidad de las instituciones comunitarias, y especialmente de la Comisión, para adoptar decisiones que, en última instancia, implican derogación del régimen de competencia establecido en el Tratado; otra, más formal, referida al ejercicio de las atribuciones para acordar tal derogación y a los instrumentos normativos adecuados para adoptar las decisiones de compatibilización.

La primera cuestión es, en el fondo, una cuestión de límites, como siempre lo es la fijación del margen de discrecionalidad. En relación con las ayudas, las instituciones comunitarias actuantes, y especialmente el Tribunal de Justicia, han recurrido con frecuencia al argumento de que la ubicación funcional y sistemática del régimen de ayudas en el ámbito del Derecho de la Competencia, facilitaba la

traslación de principios allí elaborados a este terreno. En efecto, la prohibición de prácticas concertadas contra la libre competencia entre empresas que establece el artículo 81, permite también un margen de excepción y plantea un problema similar de límites a la discrecionalidad en la aplicación de los criterios del párrafo 3 de dicho artículo, que es donde está prevista esa posibilidad de excepciones con ciertas condiciones. El desarrollo de ese párrafo por las vías que especifica el artículo 83 ha dado como resultado un conjunto de principios que deben verificarse para conceder una autorización singular, además de la conocida batería de Reglamentos que incorporan las llamadas *exenciones de categoría*, técnicas ambas que han terminado trasladándose al régimen de ayudas en la medida en que han adquirido el rango de *doctrina general* en el conjunto del Derecho de la Competencia.

En lo que ahora interesa, esta traslación a las ayudas ha tenido, no obstante, sus matices, pues no todos los supuestos del artículo 87,3 obedecen al mismo criterio de configuración, como ya antes señalé. Así, en los casos a) y b) tiene más relevancia el objetivo perseguido por la ayuda y no se incluyen condicionamientos referidos al interés común en mantener la competencia y los intercambios. Por eso en estos casos las posibilidades de trasladar principios concurrenciales para limitar la discrecionalidad es menor, a pesar de lo cual no han faltado decisiones que han llegado al mismo resultado en algún caso alegando otros principios de alcance general como son el de libre circulación de mercancías, no discriminación etc. (Sentencia del TJCE de 20 de marzo de 1990). Por el contrario, los supuestos de las letras c) y d) incluyen esos condicionamientos como elemento habilitante de la decisión de compatibilidad y constituyen terreno abonado para la aplicación de dichos principios limitativos a la hora de fijar el margen de apreciación.

Tales principios se pueden sintetizar en la siguiente forma: primero, que las ayudas persigan alguno de los objetivos que, bajo la expresión *ayudas destinadas a o ayudas para*, establece el artículo 87,3, objetivos que, a su vez, han de ser valorados en el llamado *contexto comunitario*; segundo, que haya proporción entre medios y fines o, dicho en otros términos, que la ayuda esté justificada en el sentido de que la intervención producida se vea compensada por los fines perseguidos; tercero, que la ayuda no tenga un efecto discriminatorio añadido al que ya de por sí se produzca; cuarto, que se salvaguarde el interés común a la no alteración de las condiciones de los intercambios, concretamente en los supuestos en que el propio precepto así lo exige. Cada uno de estos principios merece una breve consideración, dada la importancia que tienen a la hora de valorar la compatibilidad de ayudas en los casos concretos.

El primero de los principios implica que la autorización de ayudas no puede hacerse en abstracto, sino sólo en la medida en que la ayuda esté dirigida a promover alguno de los objetivos que los distintos apartados del artículo 87 establecen (*favorecer el desarrollo, fomentar la realización, poner remedio, promover*, son las expresiones en que se manifiesta esta causalización justificativa de las ayudas). Sucede, no obstante, que la plasmación normativa de estos objetivos incluye con frecuencia conceptos relativos con un alto grado de indeterminación: así, las

expresiones *nivel de vida anormalmente bajo, grave situación de subempleo, proyecto importante, grave perturbación, determinadas actividades o regiones*. Por eso el principio también implica que la valoración de estos *conceptos en blanco* debe hacerse tomando como referencia el contexto comunitario (y no otro de ámbito nacional, regional etc.), para lo cual los parámetros socio-económicos expresados en las estadísticas comunitarias adquieren una especial relevancia. Así, por ejemplo, el nivel de vida anormalmente bajo o la grave situación de desempleo de una determinada región se medirán por referencia la media comunitaria, como en efecto la Comisión lo ha venido haciendo a la hora de regular los supuestos concretos de ayudas compatibilizables que luego analizaremos.

El segundo principio está dirigido a proporcionar a la ayuda compatibilizada una legitimidad suficiente a través de determinados requisitos que la hagan justificable y que aseguren que los fines a alcanzar son proporcionales a los medios empleados. Dicho en otros términos, este principio llamado de *justificación compensatoria* busca fijar el margen de tolerancia en que una intervención económica, por definición restrictiva de la libre competencia, quedará justificada en tanto las ventajas que produzca sean proporcionalmente más deseables que los inconvenientes que genera. Esta argumentación, que fué utilizada por la Comisión por primera vez ya en 1979 con ocasión del emblemático Asunto Philip Morris, exige comprobar la presencia simultánea de tres requisitos de justificación de la ayuda: que la ayuda sea necesaria, en el sentido de que el objetivo perseguido no se pueda alcanzar por la vía ordinaria del libre juego del mercado; que la ayuda sea proporcional, en el sentido de que su intensidad no produzca una restricción cuantitativamente superior a la importancia del objetivo perseguido, requisito que, no obstante, ha ido siendo objetivado a medida que la Comisión ha aceptado fijar cuantías máximas de ayudas generales o sectoriales (ayudas de minimis y ayudas horizontales, a partir del Reglamento de 1998) que, al cumplir automáticamente este requisito de proporcionalidad, resultan compatibles de forma también automática; que la ayuda sea idónea, en el sentido de que resulte cualitativamente adecuada para la promoción del objetivo que la justifica, requisito que ha servido para que la Comisión rechazara con frecuencia la compatibilización de ayudas generales que no establecen prioridades de alcance regional o sectorial, o de ayudas al funcionamiento de empresas que están dirigidas a financiar gasto corriente y no a la inversión o creación de empleo, salvo excepciones muy justificadas, o de ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, salvo que concurren las circunstancias estrictas enumeradas por la Directiva correspondiente de 9 de octubre de 1999.

El tercer principio consiste en la aplicación a este ámbito de las ayudas de una regla general de amplia mención en el Tratado, como es la de *no discriminación*. Se trata de verificar que la ayuda a compatibilizar no producirá, directa o indirectamente, efectos discriminatorios sobre personas, productos o servicios procedentes de otros Estados miembros, porque, de suceder esto, la afectación de la libre circulación de personas o mercancías convertiría la ayuda en elemento distorsionante de la

integración comunitaria y del mercado común, que son objetivos esenciales del Tratado. De este modo quedan fuera de la compatibilidad ayudas dirigidas a fomentar la adquisición de productos nacionales en detrimento de los de otros países miembros, o ayudas que establecen algún condicionante de nacionalidad para su obtención. Así, la Comisión ha considerado incompatibles, por ejemplo, ayudas a empresas cinematográficas condicionadas a que una parte del equipo técnico fuera nacional (Decisión de 21 de diciembre de 1998 contra una ley griega en ese sentido) o ayudas a empresas periodísticas siempre que el papel prensa utilizado fuera de origen nacional (Asunto Ianelli 74/76). En algunas ocasiones, incluso, los aspectos discriminatorios de la medida han sido objeto de valoración diferenciada del resto de la ayuda con el fin de aplicar las prohibiciones específicas de los artículos 28 y 29 en materia de restricciones cuantitativas.

Finalmente, el cuarto principio se refiere a la salvaguarda del interés común a la no alteración, como consecuencia de las ayudas, de las condiciones de los intercambios, requisito que está específicamente mencionado en los apartados c) y d) del artículo 87, pero no en los apartados a) y b), lo que puede justificarse por la mayor excepcionalidad que concurre en estos casos. Lo que pide el principio es, en definitiva, que las ayudas no supongan eliminación o limitación excesiva de la competencia, pues una alteración de las condiciones de los intercambios entre Estados de esa naturaleza resultaría contraria a objetivos y acciones básicas de las enumeradas en los artículos 2 y 3 del Tratado.

Fijado así el alcance de los principios más habitualmente utilizados para delimitar el ámbito de discrecionalidad en que se mueven las decisiones de compatibilización de ayudas, la otra cuestión general a mencionar está más relacionada con los aspectos formales de las decisiones en que se materializa el poder de excepción reconocido en el artículo 87. Curiosamente, y a pesar de que el artículo 89 otorga al Consejo la competencia general de desarrollo del modelo a través de reglamentos, además de la posibilidad que le concede el artículo 87,3,d) para compatibilizar categorías de ayudas por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, su actividad normativa ha sido más bien escasa. Hasta la aprobación del trascendental Reglamento de 7 de mayo de 1988, sobre determinadas categorías de ayudas horizontales, sólo algunos sectores concretos de régimen especial (agricultura, transporte o construcción naval) habían sido objeto de regulación por parte del Consejo. Actualmente, otro importante Reglamento (me refiero al de 22 de marzo de 1999, sobre procedimientos de aplicación) parece indicar la voluntad del Consejo de reservarse la reglamentación de los aspectos básicos del sistema de ayudas. Mientras tanto, la Comisión ha dispuesto de un amplio margen de desarrollo, con la supervisión natural del Tribunal de Justicia, especialmente en relación con la compatibilización de ayudas. Para ello ha utilizado con profusión todo el elenco formal que tiene a su alcance: declaraciones, directrices, cartas, comunicaciones etc., y no sólo los instrumentos específicos a que se refiere el artículo 249 del Tratado (reglamentos, directivas, decisiones y recomendaciones). Tal estado de cosas, y especialmente la

utilización de la Comunicación de la Comisión como vía ordinaria para el desarrollo del artículo 87, no ha estado exento de crítica por la propia oportunidad de adoptar decisiones generales en una materia tan cambiante, por las limitaciones del procedimiento de elaboración para encauzar la participación de los Estados miembros y, en fin, por la dudosa legitimidad del ejercicio de poder normativo por parte de la Comisión a tenor del artículo 89 del Tratado. Las Comunicaciones, en efecto, constituyen declaraciones de intenciones de la Comisión sobre los criterios que se propone aplicar a los programas de ayudas y siempre ofrecieron dudas sobre su naturaleza vinculante, si bien es cierto que tanto la propia Comisión como el Tribunal de Justicia han actuado en la materia, con carácter general y no sin alguna excepción, dando por sentado el valor normativo de tal instrumento.

Examinados estos aspectos previos y generales en relación con las ayudas compatibilizables, procede entrar en un análisis sintético de los supuestos concretos que enumera el artículo 87,3, siguiendo el orden en que aparecen en el precepto.

El primer caso es el 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”. Se trata de una de las dos modalidades dentro de las llamadas *ayudas regionales* o *ayudas de finalidad regional* (la otra es la prevista en la letra c) del 87,3) que tienen por objeto contribuir a la corrección de desequilibrios en el desarrollo regional, si bien la específicamente mencionada en este apartado a) comprende ayudas dirigidas a remediar situaciones regionales especialmente graves, teniendo en cuenta los criterios de nivel de vida y de desempleo. Esto no obstante, la normativa derivada se refiere conjuntamente a ambos supuestos bajo el rótulo genérico de *ayudas estatales de finalidad regional*, que, actualmente, están reguladas en la Directrices de 10 de marzo de 1998, texto que ha venido a sustituir la auténtica maraña de documentos que se habían acumulado en esta materia. La propia Introducción de las Directrices alude a esta triple necesidad de transparencia, actualización y simplificación, como motivo de su elaboración.

El contenido de las Directrices comprende tres aspectos que brevemente sintetizo. En primer lugar, se fija el ámbito de aplicación, que pueden ser todos los sectores de actividad, salvo los que tienen régimen específico (agricultura, pesca e industria del carbón, por un lado, y transporte, siderurgia, construcción naval, fibras sintéticas e industria del automóvil, que disponen de directrices específicas). Pero también se señala que dentro de las excepciones compatibilizables sólo se contemplan los programas generales de ayudas regionales (“régimenes plurisectoriales y abiertos, en una región determinada, al conjunto de las empresas de los sectores afectados”) y no las ayudas individuales ad hoc otorgadas a una sola empresa o a un único sector de actividad, por entender que en éstas no se cumple el criterio de proporción entre afectación de la competencia y efecto ventajoso en el desarrollo de una región desfavorecida.

En segundo lugar, se delimitan las regiones en que se dan las circunstancias de gravedad que legitiman la excepción. Ello ocurre cuando la región (“unidad

geográfica de nivel II de la NUTS: Nomenclatura de las Unidades Territoriales Estadísticas”) tiene un PIB por habitante inferior al 75% de la media comunitaria, tomando como referencia la media de los tres últimos años. Resulta de ahí que todo el territorio de determinados Estados (Grecia, Irlanda y Portugal) y un número variable de regiones de otros Estados (Austria, Alemania, España, Francia, Italia y el Reino Unido) integran el denominado mapa de ayudas regionales.

En tercer lugar, las Directrices establecen el objeto, modalidad y nivel que las ayudas pueden tener. A este respecto, el objeto de las ayudas sólo puede ser la inversión inicial y la creación de empleo, quedando excluidas las ayudas de funcionamiento destinadas a reducir los gastos corrientes de las empresas salvo en casos excepcionales (por ejemplo las que compensen los costes adicionales de transporte en regiones ultraperiféricas o con baja densidad de población). En relación con la inversión, se fijan distintas intensidades con un tope máximo subvencionable del 50% (que se reduce al 40% si el PIB por habitante es superior al 60% de la media comunitaria), siempre que el beneficiario aporte un mínimo del 25% y teniendo en cuenta la existencia en otras normas especiales (para Pymes, I+D, medio ambiente) que permiten añadir bonificaciones o suplementos de ayuda. Para la creación de empleo sólo tiene en cuenta el aumento neto del número de puestos de trabajo, con reglas de intensidad de ayuda análogas a las de la inversión y con la condición de mantenimiento del empleo creado durante un mínimo de cinco años. Asimismo se establecen reglas de acumulación de ayudas, que es posible entre las de inversión y empleo dentro del límite máximo de intensidad para la región, de modo que los topes no se rebasen en caso de actuación simultánea de varios regímenes de finalidad regional y con independencia de la procedencia local, regional, nacional o comunitaria de la ayuda. A todo ello hay que añadir, no obstante, la existencia de unas Directrices específicas, de 7 de abril de 1998, sobre ayudas regionales a grandes proyectos de inversión (superiores a 50 millones de euros), que permiten un tratamiento especial para estos casos.

La segunda excepción se refiere conjuntamente a “las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro”. En relación con el primer supuesto, y a falta de normativa específica que establezca criterios por anticipado, lo que tal vez es más apropiado a la vista de su naturaleza, tanto la Comisión como el Tribunal han sido generosamente flexibles. Así, han entendido que, siempre que se pudiera justificar la importancia en razones cualitativas o cuantitativas, un *proyecto importante* puede consistir en una gran obra de infraestructura (el ejemplo del túnel bajo el Canal de la Mancha es emblemático), pero también en la aplicación de una tecnología innovadora, en el desarrollo de una investigación aplicada, en el diseño y fabricación de un nuevo producto etc. De este modo, ayudas medioambientales o de I+D, aún antes de que existieran las directrices hoy vigentes en estas materias, fueron declaradas con frecuencia compatibles, como también lo han sido proyectos de desarrollo de televisión de alta definición llevados

a cabo por varios Estados miembros, programas de ahorro y diversificación de fuentes de energía, o programas de fabricación de aeronaves emprendidos por varios Estados. Igualmente, la exigencia de que el proyecto sea de interés común europeo se ha entendido cumplida con tal de que algunos Estados miembros estuvieran implicados e incluso si uno sólo lo realiza, pero su ejecución interesa a otros (el ejemplo habitual es el de una conducción energética realizada en el territorio de un Estado, que permite el abastecimiento a otros Estados). Hasta se ha planteado que el manejo del término *interés europeo* en vez del más habitual de *interés comunitario*, permitiría contemplar proyectos desarrollados en Estados miembros en los que estuvieran interesados Estados europeos no comunitarios.

El otro supuesto (grave perturbación en la economía de un Estado miembro) es ciertamente excepcional por un doble motivo: primero, porque la economía afectada debe ser la de un Estado miembro en su conjunto y no la de una región, sector etc., pues éstas deberían ser contempladas en el marco propio de las ayudas regionales o sectoriales; segundo, porque si la grave perturbación procede de un desastre natural o de un acontecimiento excepcional, la compatibilidad ya está declarada en el artículo 87,2,b). De ahí que la Comisión haya sido especialmente restrictiva en este caso, exigiendo una clara constatación de la gravedad de la perturbación económica por concurrencia de varios factores (depresión y caída brusca de la actividad, paralización de las inversiones, aumento del desempleo etc.). Algunos programas generales de ayuda con ocasión de la crisis del petróleo en los años 70 fueron favorablemente considerados por este motivo, como también lo han sido otros programas aplicados en Estados con especiales problemas de desarrollo (caso de Grecia, por ejemplo), a condición de que las ayudas formaran parte de un programa general de recuperación económica. Sin embargo, tal criterio no ha sido aplicado para excepcionar planes de inversión en la antigua Alemania del Este, entendiéndose que, pudiéndose aplicar la vía del 87,2,c), no se daban las circunstancias para recurrir a este otro supuesto del 87,3,b).

La tercera excepción incluye 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". Es ésta, sin duda, la excepción de más amplio alcance y la que ha dado lugar a un mayor complejo normativo en los dos ámbitos que comprende (el de las *ayudas regionales*, combinado con el de la letra a) para los casos más graves, y el de las *ayudas sectoriales*, con un enorme grado de especialización).

Las *ayudas regionales* previstas en este apartado plantean, obviamente, una cuestión inicial de delimitación respecto de las contempladas en la letra a). Se trata ahora de ayudas dirigidas a solventar situaciones de desequilibrio de menor gravedad, lo que permite valorar con más flexibilidad las dificultades de una región. En efecto, las Directrices sobre ayudas de finalidad regional, de 10 de marzo de 1998, que regulan conjuntamente las dos categorías de estas ayudas, así lo reconocen expresamente y deducen de ello la posibilidad de utilizar para este supuesto indicadores que vayan

más allá del nivel de vida o del índice de desempleo y, además, estimarlos en el contexto del Estado miembro y no sólo en el comunitario, lo que permite utilizar la media nacional como parámetro. Pero, a la vez, ha de tenerse en cuenta que la compatibilidad de estas ayudas está sometida a la condición de no alteración de los intercambios en forma contraria al interés común, como ya se analizó, lo que no sucede en el caso de las ayudas de la letra a). Por todo ello, y con el fin de limitar una aplicación excesivamente amplia de la flexibilidad indicada, la Comisión establece un criterio de *población máxima cubierta* en el sentido de que “la población de las regiones contempladas en la letra c) no debe rebasar el 50% de la población nacional no cubierta por la excepción de la letra a)”. El Anexo III de las Directrices desarrolla un método de cálculo fijando un tope del 42,7% del total de la población comunitaria como beneficiaria potencial de ayudas regionales de cualquier tipo y fija la cuota estatal correspondiente, que oscila entre el 100% de Grecia, Irlanda y Portugal y el 15% de Holanda, pasando por el 79,2% que se atribuye a España. Sustrayendo de este tope nacional la población que habita en regiones beneficiarias de ayudas de la letra a), resultará el porcentaje de población a que se pueden destinar las ayudas de la letra c). Con estos criterios los Estados miembros elaboran los *mapas de ayudas regionales*, que notifican a la Comisión, a quien corresponde aprobarlos por un periodo determinado, que debe coordinarse con el calendario de intervenciones de los Fondos Estructurales, y revisarlos al final de cada periodo.

Las modalidades de ayuda en este supuesto son también las destinadas a la inversión inicial y a la creación de empleo (y no las de funcionamiento salvo en casos excepcionales), pero corregidas en su nivel de intensidad, fijándose, para el caso de la inversión, un tope del 10% para regiones con PIB por habitante superior e índice de desempleo inferior a la media comunitaria, salvo en regiones de baja densidad de población o ultraperiféricas. Los topes se aplican también en las ayudas a la creación de empleo, calculados sobre el coste salarial de dos años. Esto no obstante, también aquí se contemplan bonificaciones posibles en las ayudas a Pymes, así como en las ayudas de I+D y medioambientales, en aplicación de su normativa específica.

Las *ayudas sectoriales*, por su parte, tienen por finalidad *facilitar el desarrollo de determinadas actividades*, lo que equivale a prestar apoyo a sectores concretos de la actividad económica en determinadas circunstancias. Como es natural, este ha sido el instrumento utilizado para afrontar las situaciones específicas de dificultad de los denominados *sectores sensibles* y, en la medida en que tales situaciones han ido afectando a esas actividades de forma similar en el conjunto de la Comunidad, la Comisión ha producido un bloque complejo de normas particulares, nada fáciles de sistematizar. Así, la construcción naval, las fibras sintéticas, la fabricación de vehículos de motor, el transporte en sus diversas modalidades, la aviación, la agricultura, pesca y acuicultura etc., han sido objeto de tratamiento específico con los más diversos instrumentos normativos (Reglamentos, Directrices, Encuadramientos, Comunicaciones) que, además, se han modificado, actualizado, diversificado etc., con gran frecuencia hasta

la actualidad. Junto a ello, la Comisión, en distintos Informes sobre la Política de Competencia y aún sin abordar un desarrollo normativo concreto, ha mostrado notable receptividad para autorizar ayudas de Estado en otros sectores estratégicos (navegación aérea, energía, telecomunicaciones, informática, electrónica etc.) caracterizados una rápida expansión, alto costo y fuerte competitividad en un proceso de globalización internacional, a lo que hay que añadir la existencia de tratamiento específico de otros sectores (minería del carbón y siderurgia), derivado del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, actualmente en trance de extinción o de eventual revisión.

Por lo demás, la Comisión, ya en el Primer Informe sobre la Política de Competencia de 1971, concretó alguno de los criterios, desarrollados luego en la Comunicación sobre programas sectoriales de 1978, con que se proponía abordar el marco de excepción en estas ayudas sectoriales: los programas de ayudas debían tener naturaleza selectiva, con el fin de dirigirse a sectores de competitividad previsible a largo plazo; carácter transitorio, manifestado en un alcance temporal y un ritmo decreciente, con el fin de fomentar adaptaciones y cambios estructurales necesarios; y adecuación de las ayudas a los objetivos, con el fin de elegir en cada caso la modalidad que menos restricción produzca sobre la competencia y los intercambios.

En todo caso, y dado el impacto que tienen sobre este marco de las ayudas sectoriales en especial, y en algún caso sobre la política de ayudas en general, debe hacerse particular mención de un conjunto de normas que, aún con desigual alcance y procedencia histórica, revisten peculiar importancia para la comprensión de la evolución del modelo y de las perspectivas de futuro que orientan su desarrollo. Sin ánimo de exhaustividad, pueden diferenciarse hasta tres apartados de mayor interés e influencia: en primer lugar, el tratamiento especial que en el propio Tratado tienen los servicios públicos en la medida en que incide sobre la política de ayudas sectoriales; en segundo lugar, la existencia de regulaciones propias de ciertas situaciones o instrumentos de ayuda que operan con impacto transversal sobre los distintos sectores económicos y, en ese sentido, se superponen a las políticas de ayudas sectoriales (me refiero principalmente a las *ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis* y a las *medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*); finalmente, y con especial significado por las nuevas orientaciones que incorpora, la reciente configuración de las llamadas *ayudas horizontales*, categoría que ha tenido ya un desarrollo particular para las ayudas de minimis, a la pequeña y mediana empresa y a la formación, pero en la que también encajan las ayudas I+D, medioambientales, de empleo y, en ciertos aspectos, las ayudas regionales.

En relación con el primer apartado, hay que recordar que el artículo 86 del Tratado empieza imponiendo a los Estados la obligación de “no adoptar ni mantener, 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, ambos inclusive”,

bloque que comprende las normas sobre competencia y, entre ellas, las que regulan las ayudas. Pero, de inmediato, el párrafo segundo matiza que

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.

En tanto que tal matización pueda dar cobertura a excepciones a la política de ayudas, legitimadas por ese principio de mantenimiento del servicio, el inciso final del párrafo indica también que “el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad”, anticipando así el límite que luego reitera el artículo 87,3 como condición de compatibilidad de ciertas ayudas. En aplicación de estos criterios, la Comisión y el Tribunal han considerado lícitas determinadas ayudas a empresas encargadas de la gestión de servicios de interés general en sectores tan diversos como la recogida de residuos o la televisión pública, entendiendo que la ayuda suponía una compensación por el servicio prestado y no implicaba beneficio para la empresa. Incluso en tales casos se ha discutido si el supuesto entra dentro del concepto mismo de ayuda por faltar uno de los elementos constitutivos (concretamente la existencia de un beneficio económico), lo que haría innecesario el juicio de compatibilidad. Pero en otras ocasiones (véase el caso de la Ley francesa que concedía desgravaciones fiscales al Servicio de Correos y Telecomunicaciones) se ha estimado que las dotaciones destinadas a cubrir los costes adicionales derivados de la prestación de servicios públicos son ayudas y deben ser sometidas a control aplicando el artículo 87. En este ámbito, además de la incidencia que puede tener la Directiva de 1980 sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados y las empresas públicas, existe una Comunicación de la Comisión, de 26 de septiembre de 1996, sobre Servicios de Interés General en Europa, además de la normativa específica en sectores citados (el transporte, en concreto) donde tiene cabida la noción de interés público.

La Comisión, en aplicación de estos criterios, ha distinguido habitualmente los servicios de interés general no económico (educación, sanidad, protección social, seguridad, justicia, servicio exterior etc., en los que, por constituir obligaciones o funciones del poder público, no hay sometimiento a las reglas de la competencia) y los servicios de interés general económico, que tienen por objeto actividades comerciales y están sometidos a tales reglas con los límites indicados (radiotelevisión, correos, telecomunicaciones, distribución de agua, tráfico aéreo y marítimo etc.). Es en estos casos cuando el *cumplimiento de la misión específica confiada* puede actuar como límite a las reglas de competencia y, en lo que aquí interesa, justificar la concesión de ayudas. Pero también hay que señalar que la tendencia general manifestada en la progresiva utilización de estrategias de adecuación de monopolios, liberalización de sectores, apertura a la competencia etc., ha hecho que la Comisión

y el Tribunal hayan aplicado especial rigor a la hora de interpretar esta excepción. Así, sólo deben admitirse excepciones a la competencia si son estrictamente necesarias para el cumplimiento del servicio, pero entendiendo que la eventual aplicación de reglas de competencia *impediría*, y no simplemente dificultaría, tal cumplimiento. El artículo 86,2, en efecto, utiliza el verbo *impedir* y no otro (dificultar, limitar etc.), lo que ha sido alegado en algunos casos (televisión por cable, oficinas de empleo, comunicación etc.) para declarar aplicables normas de competencia.

En el segundo apartado se integran esos que llamaba regímenes transversales de ciertas ayudas que suponen una modulación de las ayudas sectoriales en ciertos casos. Por las situaciones especiales a que se refiere, reviste indudable interés el régimen de las *ayudas de salvamento y reestructuración*, recogido en las correspondientes Directrices de 9 de octubre de 1999 donde se fijan criterios de compatibilidad que permitan salvar las objeciones generales a un tipo de ayudas que pueden servir de rémora a procesos necesarios de cambio y ajuste estructural en las empresas, consumiendo recursos que se podrían dirigir a mejorar la competitividad en empresas rentables. En el caso de las ayudas de salvamento se fijan requisitos de modalidad (que la ayuda consista en avales para préstamos y no en subvenciones no reintegrables), de instrumentación (que la ayuda se acompañe de un plan de reestructuración o, en su caso, de liquidación), de limitación cuantitativa y temporal (que la ayuda no sobrepase el coste de mantener la empresa en funcionamiento durante un plazo máximo de seis meses), o, en fin, de justificación, en el sentido de que la ayuda obedezca a razones sociales estimables. En las ayudas de reestructuración se exige la constatación de un interés comunitario basado en las expectativas reales de éxito de la ayuda en un plazo razonable, en la necesidad de evitar distorsiones indebidas de la competencia (lo que supondrá reducir la capacidad de producción si se trata de sectores excedentarios en el ámbito comunitario) y en la garantía de proporcionalidad entre costes y beneficios de la reestructuración con el fin de modular el importe y la intensidad de las ayudas. Esto no obstante, y en aplicación de otros criterios generales, las Directrices permiten mayor margen relativo cuando estas ayudas van dirigidas a Pymes, especialmente si radican en áreas asistidas.

Por lo que suponen de tratamiento especial de una característica modalidad de ayudas, deben incluirse también en este apartado *las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas*, objeto de la Comunicación de la Comisión de 11 de noviembre de 1998, que viene a desarrollar el denominado "Código de conducta en el ámbito de la fiscalidad de las empresas" aprobado por el Consejo de Ministros de Economía y Finanzas de 1 de diciembre de 1997. La Comunicación pretende ante todo diferenciar las medidas fiscales de carácter general de aquéllas que, por reunir los requisitos del concepto y especialmente el de *favorecimiento de determinadas empresas o producciones*, deben considerarse ayudas y deben quedar sometidas al control correspondiente. En concreto, se subraya el carácter de ayudas tanto de las medidas fiscales de alcance territorial regional o local, como de las

sectoriales que benefician a determinadas actividades (por ejemplo, la exportación), excluyendo las que derivan directamente de *la naturaleza o economía del sistema fiscal* (por ejemplo, la distinta progresividad, las reglas de amortización, la existencia técnico-contable de beneficios etc. no constituyen ayuda sin más). A partir de ahí, la Comunicación, recordando que la solución global a las disparidades en esta materia dependerá de los avances de la armonización fiscal comunitaria, establece criterios de compatibilidad de estas ayudas: así, las ventajas fiscales para proyectos de inversión deben ser tratadas con los mismos criterios con que se tratan las subvenciones, mientras que las bonificaciones fiscales constituyen más bien ayudas de funcionamiento y sólo excepcionalmente se pueden autorizar; las ayudas fiscales de alcance regional pueden ser compatibilizadas con criterios análogos a los que se aplican en las ayudas regionales (contribución al desarrollo, relación con desventajas regionales reales y examen en el contexto comunitario).

A la vista de tales criterios, era esperable la reciente decisión de la Comisión a propósito de determinadas medidas fiscales (las conocidas como *vacaciones fiscales* y otras de distinta índole) aplicadas en el País Vasco y Navarra, con apoyo en el régimen foral respectivo. Concretamente, la Comisión ha estimado que los créditos fiscales son ayudas a la inversión que no cumplen los requisitos de compatibilidad, mientras que las vacaciones fiscales son ayudas de mantenimiento incompatibles con el mercado común, por lo que dispone su recuperación por los medios necesarios. Tal decisión, que será más que previsiblemente recurrida al Tribunal de Justicia, ya fué anticipada, en todo caso, por otra anterior, de 10 de mayo de 1993, que valoró ese tipo de ayudas como discriminatorias en relación con la libertad de establecimiento, en los términos del artículo 52 del Tratado.

Todavía en este mismo apartado, cabe mencionar la existencia de normativa aún más específica para determinados supuestos que me limito a mencionar. Se trata de supuestos de ayuda que, dependiendo del contexto en que se utilicen, pueden tener una evidente influencia sectorial si se emplean para favorecer a determinadas empresas o actividades. En buena parte, su consideración tuvo ya encaje a propósito del análisis de los elementos que configuran el concepto de ayuda, ya que, en general, plantean precisamente esta cuestión, la de saber en qué condiciones pueden ser incluidos en el ámbito de las ayudas y en qué condiciones pueden ser objeto de una excepción a la incompatibilidad. Es el caso, por ejemplo, de los elementos de ayuda que puede haber en las *ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos*, donde existe una Comunicación de la Comisión, de 10 de julio de 1997, que fija los criterios de exclusión del ámbito de las ayudas distinguiendo si la venta se realiza con o sin pública subasta; lo es también el tratamiento especial de las ayudas a empresas cuando se encuentran ubicadas en zonas urbanas desfavorecidas, regulado por las Directrices correspondientes, de 14 de mayo de 1997; lo son, en fin, los supuestos ya mencionados a propósito del concepto, en que la Comisión, a través de decisiones reiteradas o, en algún caso, a través de Comunicaciones, y el Tribunal de Justicia, a través de sentencias, han ido

fijando criterios de compatibilidad con incidencia sectorial cuando las ayudas se utilizan con esta finalidad de apoyo a empresas o actividades de un determinado sector (así, las ayudas a la exportación, la construcción de infraestructuras, la provisión de bienes o prestación de servicios, la adquisición ventajosa de bienes o servicios, la utilización de préstamos, avales etc., o la participación pública en el capital de las empresas, por reiterar alguno de los supuestos más relevantes ya considerados en su momento).

Conforme a la sistemática propuesta, el tercer apartado de las medidas con incidencia sectorial corresponde a las denominadas *ayudas horizontales*. Como ya se apuntó más arriba, la importancia de este apartado reside en que la técnica aquí empleada no sólo implica un tratamiento especial para determinadas ayudas de alcance sectorial, que también, sino que supone una nueva orientación de la política de ayudas en su conjunto. Se trata ahora de ayudas que no se dirigen a regiones o sectores concretos, a pesar de que se haya utilizado la vía del artículo 87,3,c) para su desarrollo. Estas ayudas horizontales están pensadas para la promoción de ciertas actividades con independencia del sector o territorio en que se realicen, pues su finalidad no es el apoyo directo a empresas sino el fomento de determinadas prioridades (el medio ambiente, el empleo, la formación, la investigación, la financiación de las Pymes) con carácter general.

Sucede además que su implantación se acompaña con una nueva técnica directamente extraída del Derecho de la Competencia: si esas actividades se realizan con las condiciones que fija la normativa aplicable en cada caso, la compatibilidad de las ayudas se concede de antemano y no será necesaria la notificación a la Comisión prevista en el artículo 88, remitiéndose su control a los Estados miembros. Resulta fácil de apreciar que tal técnica reproduce con bastante exactitud la de las *exenciones de categoría* previstas en el artículo 81 del Tratado como una de las fórmulas de autorización de prácticas concertadas contra la libre competencia, que aporta rapidez, seguridad y eficacia frente a la otra alternativa que es la de las autorizaciones singulares caso por caso. De este modo, las ayudas horizontales se acercan, sin identificarse, a la zona de las ayudas compatibles de *iure* previstas en el artículo 87,2, constituyendo una especie de categoría intermedia entre éstas, que están exentas de antemano, y las del 87,3, que deben ser notificadas porque necesitan de una decisión de compatibilidad caso por caso. Por otra parte, tras las ayudas horizontales se observa una interesante transacción entre la Comisión y los Estados miembros: aquélla reduce la carga administrativa que deriva del sistema de control y éstos disponen de un margen de política económica autónoma en relación con ciertas prioridades y dentro de ciertos límites.

En este contexto, la Comisión había venido ensayando esa técnica de la exención por categoría en diversas Directrices, Encuadramientos y Comunicaciones. Lo había hecho en relación con las ayudas cubiertas por la *cláusula de minimis* (Directrices de 1992 y Comunicación de 1996) y en relación con las prioridades señaladas (Directrices sobre Pymes de 1992 y 1996; Directrices sobre medio ambiente

de 1994; Encuadramiento sobre ayudas de investigación y desarrollo de 1996; Directrices sobre ayudas al empleo de 1995 y Comunicación sobre reducción de costes laborales de 1997; Encuadramiento sobre ayudas a la formación de 1998). Pero, consciente sin duda de que la utilización de estos instrumentos planteaba problemas de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, la Comisión optó por elaborar una propuesta de Reglamento que presentó al Consejo en 1997 y que el Consejo aprobó como Reglamento de 7 de mayo de 1998, sobre “la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales”. El Reglamento se presenta (artículo primero) como una norma de habilitación a la Comisión para que, a través de Reglamentos específicos, establezca las condiciones en que las categorías de ayuda que a continuación se enumeran serán consideradas compatibles con el mercado común y quedarán exentas de la obligación de notificación. La enumeración comprende, por este orden, las ayudas en favor de la pequeña y mediana empresa, de la investigación y desarrollo, de la protección del medio ambiente, del empleo y la formación, y de las regiones incluidas en el mapa aprobado por la Comisión para cada Estado miembro.

La Comisión incluyó también en su propuesta inicial las ayudas a la exportación que no pasaron al Reglamento definitivo. Los Reglamentos específicos de exención por categorías que la Comisión apruebe para el desarrollo de estas ayudas habrán de definir necesariamente el ámbito de aplicación y las categorías de beneficiarios a que se refieren, los volúmenes de ayuda expresados en intensidad porcentual o en cuantías máximas, las condiciones de acumulación de ayudas y las formas de control, pero se autoriza también a la Comisión para que mantenga la obligación de notificar ciertas ayudas individuales que superen determinados niveles, para que excluya algún sector del ámbito de aplicación y para que fije condiciones especiales de compatibilidad de ayudas exentas.

Además, el artículo segundo del Reglamento autoriza a la Comisión para que, también por Reglamento, determine, teniendo presente la evolución y funcionamiento del mercado común, qué ayudas, por no exceder de cierta cantidad durante un período de tiempo fijado, pueden quedar también exceptuadas de la incompatibilidad y de la obligación de notificar. Se trata, pues, de una habilitación para formalizar la cláusula de minimis en el mismo nivel que las ayudas horizontales.

El resto del Reglamento está integrado por normas complementarias (artículos 3 a 9) sobre medidas de transparencia y control por parte de los Estados, que deben registrar las ayudas e informar anualmente a la Comisión, que, a su vez, debe evaluar el sistema e informar al Consejo y al Parlamento Europeo cada cinco años, y sobre procedimiento de elaboración de los Reglamentos, donde interviene un Comité consultivo con representación de los Estados miembros. Se deduce de este planteamiento una clara voluntad de descentralizar la ejecución y el control de cumplimiento de los Reglamentos de exención por categoría, coherente con la no necesidad de notificación a la Comisión, lo que asignará, a medida que vayan entrando en vigor, un papel más decisivo a las autoridades nacionales en materia de

competencia a la hora de aplicarlos y a los Tribunales nacionales a la hora de verificar la adecuación de las normas estatales de ayuda en este ámbito con los propios Reglamentos específicos.

En desarrollo de las previsiones del Reglamento de 1998, la Comisión ha aprobado ya tres Reglamentos concretos de exención, todos ellos con fecha de 12 de enero de 2001. Por un lado, el Reglamento de ayudas de minimis, con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006, aplicable a las ayudas concedidas a empresas en todos los sectores, salvo las del transporte, la exportación y las que primen la utilización de productos nacionales en detrimento de los importados. Se consideran ayudas de minimis, según el artículo segundo del Reglamento, las que no excedan de 100 mil euros en un periodo de tres años, límite que no se puede sobrepasar mediante acumulación de ayudas.

El segundo Reglamento se refiere a las ayudas a las pequeñas y medianas empresas de todos los sectores, con las mismas excepciones anteriores salvo el transporte, que ya encaja en los sectores con régimen especial mencionados en el artículo 1,1. El artículo segundo contiene un listado concreto de *definiciones* a efectos de aplicación, donde se incluyen los términos *ayuda, pequeña y mediana empresa* (remitido éste al Anexo I, que considera especialmente el número de trabajadores – menos de 250 –, el volumen de negocio y la posición de independencia), *inversión en activos materiales e inmateriales, intensidad bruta y neta de la ayuda y número de empleados*. A partir de esto, se establecen las condiciones para la exención fijando intensidades variables en relación con la inversión y los gastos de consultoría y otros servicios y actividades (artículos 3, 4 y 5) y se declaran no dispensables por este Reglamento las *subvenciones individuales de elevada cuantía*, para proyectos de al menos 25 millones de euros y ayudas de 15 millones de euros como mínimo (artículo 6). La acreditación de la necesidad de la ayuda, las reglas de acumulación y los mecanismos de transparencia y control (artículos 7, 8 y 9) completan el contenido del Reglamento.

El tercer Reglamento hasta ahora aprobado por la Comisión es el de las ayudas a la formación, aplicable a todos los sectores sin excepción. De las definiciones de aplicación tienen interés particular las de *formación específica y general y trabajador desfavorecido* (artículo segundo), por la incidencia que tienen en las modalidades, intensidad y destinatarios de las ayudas, como se puede apreciar en las reglas que fijan las condiciones de exención en los artículos 3, 4 y 5. Si las ayudas son para la formación específica, la intensidad no excederá el 25% o el 35% respectivamente para grandes y pequeñas y medianas empresas; si se trata de formación general, la intensidad se eleva al doble. Pero se admite un incremento de 10 puntos si la formación va dirigida a trabajadores desfavorecidos. Por el contrario, si el importe para un único proyecto de ayuda a la formación supera el millón de euros, la exención no será aplicable. Junto a las reglas de acumulación y de transparencia y control, el Reglamento fija su periodo de vigencia hasta el 31 de diciembre de 2006 (artículos 6, 7 y 8).

Los restantes supuestos de ayudas horizontales mencionados por el Reglamento de 1988, que no han tenido desarrollo posterior específico, siguen sujetos a la normativa aprobada por la Comisión con anterioridad, que, en algunos casos, es de reciente elaboración (piénsese, por ejemplo, en las Directrices vigentes sobre ayudas regionales de 10 de marzo de 1998, que el artículo 1, 1, b) del Reglamento de 7 de mayo de 1998 permite tratar como ayudas horizontales). Esta es la situación de las ayudas en medio ambiente, empleo e investigación y desarrollo.

Las ayudas en favor del medio ambiente (Directrices de 10 de marzo de 1994) son de aplicación a los distintos sectores, con alguna excepción por razones de especial tratamiento, y pueden revestir diversas modalidades (ayudas a la inversión en terrenos, edificios, instalaciones o bienes de equipo necesarios para cumplir objetivos ambientales, a la inversión para subsanar anteriores daños ambientales, a las actividades de formación información y asesoramiento, a la cobertura de costes adicionales de recogida, recuperación y tratamiento de residuos, y, finalmente aunque de forma más excepcional, ayudas consistentes ex exenciones o desgravaciones de impuestos ecológicos). Las intensidades de las ayudas oscilan entre el 50% y el 15% en función de la modalidad, del tamaño de las empresas y de su ubicación en regiones asistidas, con las habituales reglas de acumulación.

Las ayudas al empleo (Directrices de 12 de diciembre de 1995) pueden dirigirse tanto a la creación de empleo neto como al mantenimiento y a la distribución del empleo existente, siempre que no estén vinculadas a la inversión, ya que entonces, como en su momento se indicó, quedan subsumidas en las ayudas regionales. En todo caso, las condiciones de exención tienen en cuenta que las ayudas de creación vayan dirigidas a la creación de nuevos puestos de trabajo ocupados por personas desempleadas, que las ayudas de mantenimiento se conecten a situaciones de gravedad previstas en el artículo 87 o se incardinan en un plan de reestructuración o salvamento que cumpla los requisitos exigidos, y que las ayudas a la distribución o reparto permitan el acceso al empleo de más personas. Por lo demás, cuando se trata de pequeñas y medianas empresas, de regiones asistidas o de colectivos desfavorecidos (minorías étnicas, discapacitados etc.) la Comisión admite más flexibilidad y hasta, en ciertos casos, cabe la posibilidad de considerar que se trata de medidas generales que no reúnen los requisitos de selectividad del concepto de ayuda. Usando estos criterios, la práctica de estas ayudas ha ido configurando colectivos específicos (jóvenes con menos de 25 años, parados de larga duración o de más de 45 años, mujeres donde la tasa de actividad femenina es especialmente baja etc.) que constituyen la base para ayudas que fomenten la inserción inicial o el retorno al mercado de trabajo, en combinación con ayudas a la formación, y sin descartar que su instrumentación pueda realizarse a través de otros conductos, como el de las ayudas regionales en los casos más graves del artículo 87,3,a).

Finalmente, las ayudas de investigación y desarrollo (Encuadramiento comunitario de 17 de febrero de 1996) pretenden fomentar una actividad que, de por sí, constituye una política comunitaria específica en los términos del artículo 163 y

siguientes del Tratado. A tal fin se distinguen tres niveles (investigación básica, investigación industrial y actividad de desarrollo precompetitiva), que determinan las intensidades máximas de ayuda (100%, 50%, 25% en cada caso, con incrementos para Pymes, regiones asistidas y proyectos especiales) y se delimitan los costes subvencionables (gastos de personal, de material, de asesoría etc.).

Visto en su conjunto, se aprecia fácilmente que este bloque del artículo 87,3,c), y especialmente el de las ayudas sectoriales, además de una compleja casuística, ofrece una notable versatilidad para adaptarse no sólo a los cambios del entorno socioeconómico, sino también a la propia evolución de la estructura de los sectores contemplados.

La cuarta excepción (artículo 87,3,d) se refiere a 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”, supuesto que no figuraba en la redacción inicial del Tratado y que fue incorporado en la reforma derivada del Tratado de Maastricht. Se conseguía así un doble objetivo, pues a la vez que se aclaraba que también este tipo de ayudas debían moverse dentro del sistema, contra algunas opiniones más inclinadas a no considerar la promoción de las culturas nacionales bajo el prisma de las ayudas, se les reconocía un tratamiento especial como base de una excepción particular a la incompatibilidad, siempre condicionada al interés común concurrencial, como también sucede en el ámbito de las ayudas sectoriales, que es donde hubieran tenido encaje de no configurar un supuesto propio. De este modo se daba satisfacción simultáneamente al objetivo de política comunitaria hoy formalizado en el artículo 151 del Tratado que impulsa a la Comunidad a “contribuir al florecimiento de las culturas de los Estados miembros” respetando su diversidad y poniendo de relieve el patrimonio cultural común.

A falta de desarrollos específicos, conviene observar que la Comisión, aun antes de que el supuesto constituyera una excepción particular, había ido considerando en sucesivos Informes sobre la Política de Competencia los casos de las industrias editorial, cinematográfica y televisiva, con especial preocupación en evitar discriminaciones nacionales que obstaculizaran la libre circulación de personas, servicios y mercancías y en impedir intervenciones excesivas que, por su intensidad, menoscabaran el principio de proporcionalidad. Cabe, no obstante, intuir que los desarrollos de nuevas tecnologías de impacto en la transmisión de la cultura (industria audiovisual, televisión sin fronteras, telecomunicaciones, incorporación de contenidos culturales en la red informática etc.) proporcionarán ocasión para fijar criterios actualizados en esta materia.

Por último, la quinta excepción (artículo 87,3,e) constituye un supuesto abierto donde el elemento relevante no es el contenido, objetivo etc., de la ayuda, sino el procedimiento por el que puede ser compatibilizada: “las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión”. Se trata, pues, de una auténtica válvula de escape que, a tenor

del texto, sólo puede ser utilizada para añadir a la lista nuevas categorías de ayudas y no para obtener compatibilizaciones singulares fuera de las reglas previstas. Con todo, la utilización de esta vía ha sido hasta ahora ciertamente excepcional: así, el Reglamento de 22 de diciembre de 1995, sobre ayudas a la construcción naval, sus modificaciones de 1997 y 1998, y su complemento de 1997, sobre ayudas a astilleros en curso de reestructuración, se han amparado en esta posibilidad, a la vista de las dificultades que ofrecían estas ayudas para ser incluidas en el ámbito general de las ayudas sectoriales.

5 El control de las ayudas y los aspectos de procedimiento

Si hasta aquí se han examinado los aspectos más sustantivos del régimen de ayudas (concepto, incompatibilidad y excepciones), a los que se refiere el artículo 87, corresponde ahora analizar los aspectos de procedimiento que integran el contenido del artículo 88 y que, en buena medida, configuran el sistema de control dispuesto por el Tratado.

El artículo 88 (antiguo 93) recoge, en efecto, los elementos básicos del sistema de control que está atribuido a la Comisión, en coherencia con el papel que ésta desempeña como autoridad decisoria en materia de ayudas y sin perjuicio de la intervención que corresponde al Consejo en casos puntuales y de la competencia revisora del Tribunal de Justicia, que conviene tratar separadamente.

Aunque el artículo 88 no es un modelo de sistemática ordenada, pueden distinguirse en él tres aspectos principales para la configuración del control. En primer lugar, corresponde a la Comisión un poder general de *examen permanente* de los regímenes de ayudas existentes en los distintos Estados y, como manifestación de tal poder, una facultad de propuesta a éstos de “las medidas apropiadas que exija el desarrollo progresivo o el funcionamiento del mercado común”. En el poder de examen, no obstante, participan los Estados miembros, en la medida en que la Comisión lo ejerce *junto con ellos* (artículo 88,1). En segundo lugar, se atribuye a la Comisión el poder específico de decidir sobre la compatibilidad de ayudas con el mercado común y de obligar a los Estados a suprimir o modificar las ayudas incompatibles o abusivas, poder que se ejercerá en un procedimiento contradictorio en el que la Comisión dispone de amplias facultades de investigación. El artículo 88,2,1, lo formaliza en los siguientes términos:

si, después de haber emplazado a los interesados para que presenten sus observaciones, la Comisión comprobare que una ayuda otorgada por un Estado o mediante fondos estatales no es compatible con el mercado común en virtud del artículo 87, o que dicha ayuda se aplica de manera abusiva, decidirá que el Estado interesado la suprima o modifique en el plazo que ella misma determine.

Si, adoptada tal decisión, “el Estado de que se trate no la cumpliera en el plazo establecido” entra en juego el Tribunal de Justicia, al que “la Comisión o cualquier

otro Estado interesado podrán recurrir directamente”, lo que constituye un supuesto especial de acceso frente a las reglas generales (dictámenes previos etc.) de los artículos 226 y 227. Se abre aquí, no obstante, la posibilidad excepcional prevista en el artículo 88,2,3, que permite al Consejo, a petición de un Estado y por unanimidad, considerar compatible una ayuda ya concedida o que se va a conceder por ese Estado, quedando en suspenso, durante tres meses, el procedimiento que hubiera abierto la Comisión respecto a esa ayuda con el fin de esperar a que el Consejo se pronuncie, pero en el bien entendido de que, si no lo hace en ese plazo, la Comisión recupera su competencia para decidir. Finalmente, el tercer elemento básico del modelo de control lo constituye la obligación de notificar, implícita en el artículo 88,3: “La Comisión será informada de los proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas con la suficiente antelación para poder presentar sus observaciones”. Esta notificación podrá dar lugar a la apertura del procedimiento señalado para apreciar la incompatibilidad de la ayuda, lo que tendrá efectos suspensivos sobre su puesta en práctica: “El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva”.

Las tres piezas esenciales así configuradas en el artículo 88 (examen permanente, declaración de incompatibilidad y notificación) dieron lugar a lo largo del tiempo de aplicación a una riquísima tarea de integración e interpretación realizada por la Comisión y el Tribunal, a pesar de que el propio Tratado, en el último precepto dedicado a las ayudas (artículo 89), preveía el desarrollo de la materia por el Consejo, a través de Reglamentos aprobados por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, con especial mención del artículo 88,3 (notificación y categorías de ayudas excluidas). Sólo recientemente el Consejo ha ejercido esta competencia a través del Reglamento ya mencionado de ayudas horizontales de 1998 y, especialmente, en lo que se refiere a procedimientos de aplicación, a través del Reglamento de 22 de marzo de 1999, que viene a refundir, ordenar y completar el entramado normativo acumulado en desarrollo del modelo de control del artículo 88.

Este entramado normativo se fue elaborando tomando como punto de referencia algunas distinciones fundamentales para la aplicación del modelo de control. Por un lado, se podía distinguir entre ayudas propiamente dichas (las que técnicamente reúnen todos los requisitos del concepto y, por tanto, están afectadas por la incompatibilidad como principio y deben ser notificadas para que la Comisión pueda decidir si caen dentro del ámbito de la compatibilidad previa o si pueden acogerse a alguna de las excepciones compatibilizables) y otras medidas de apoyo, que no son técnicamente ayudas, en tanto que se realizan con criterio de inversor privado y sin aportar beneficio económico o ventaja selectiva. Aquéllas serían objeto de control *a priori*, con notificación previa y suspensión en la ejecución, sin perjuicio de los supuestos posteriormente exceptuados (ayudas de minimis y horizontales). Estas otras estarían sólo sometidas a un control *a posteriori*, apoyado en el poder de examen permanente, por si de hecho, o por un cambio en las circunstancias de

concesión, o por una mejor comprobación del alcance real de una medida que formalmente no aparecía como ayuda en el momento inicial, quedaran afectadas por una incompatibilidad sobrevenida.

Esta distinción se relaciona, a su vez, con otra mucho más precisa, según la cual las ayudas se clasifican, a efectos de control, en *ayudas existentes* (concepto que el Reglamento vigente precisa en detalle, como veremos) y *ayudas nuevas* (las no existentes o las modificaciones de las existentes). La notificación previa juega especialmente en este caso, con los efectos indicados, pero una vez que las ayudas ya existen quedan sometidas al mencionado control o examen permanente. A partir de esta distinción se fueron integrando otros aspectos del régimen de control, frecuentemente por sentencias del Tribunal de Justicia que la Comisión incorporó a sus procedimientos: así, se distinguía entre *ayuda ilegal* (la que se pone en práctica sin haber sido notificada) y *ayuda notificada* (lo que a su vez ha derivado en una decisión que, en función de su contenido, la convierte en *ayuda incompatible* o en *ayuda compatible*, por alguna de las vías de excepción posibles, y, dentro de éstas, en *ayuda condicionada o no*, según los términos de la decisión de compatibilidad, y, todavía, en *ayuda abusiva* si se ejecuta contraviniendo las condiciones de compatibilidad etc.). La casuística de ayudas que se fue configurando con estas distinciones tenía luego importantes consecuencias, en especial las relacionadas con un asunto tan decisivo como el de la recuperación de ayudas entregadas, que apareció conectado a las ayudas ilegales (no notificadas o notificadas y puestas en ejecución antes de la decisión definitiva) y se extendió luego a las ayudas abusivas, equiparadas en este sentido a las ayudas incompatibles, mientras que las ayudas notificadas y autorizadas, pero devenidas luego incompatibles, podían ser objeto de supresión pero de no de recuperación.

El resultado normativo de esta acumulación de criterios procedimentales de distinta naturaleza y rango, dejaba mucho que desear en cuanto a transparencia y seguridad jurídica. Esta es la razón, según lo declaran los propios Considerandos, que ha llevado al Consejo a aprobar el Reglamento de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 (hoy 88) del Tratado, con el fin de codificar y consolidar la práctica que venía desarrollando la Comisión con apoyo en Sentencias y Comunicaciones. En la actualidad, este Reglamento constituye la norma general de procedimiento a que debe atenerse la Comisión, sin perjuicio de las especialidades sectoriales que puedan existir. Conviene, por ello, sintetizar su contenido con algún detalle.

El Reglamento comienza estableciendo un conjunto de definiciones (artículo primero) que resultan imprescindibles para la correcta aplicación de los procedimientos que luego se desarrollan. Partiendo del concepto general de *ayuda* (“toda medida que reúna todos los requisitos establecidos en el apartado 1 del artículo 87”), el listado de definiciones comprende las distinciones básicas que se fueron configurando a lo largo del tiempo: *ayuda existente* es toda aquella que existiese antes de la entrada en vigor del Tratado en el Estado miembro respectivo, las ayudas

autorizadas expresa o tácitamente (por el transcurso de dos meses sin decisión de la Comisión, o de los diez años de prescripción), y las ayudas sobrevenidas que, no siéndolo en el momento de concesión, se han convertido en tales por la evolución del mercado común sin haber sido modificadas; *ayuda nueva* es toda ayuda, sea régimen de ayudas o ayuda individual, que no sea ayuda existente, incluidas las modificaciones de éstas. Se distingue también entre *régimen de ayudas* y *ayuda individual*, en función de la generalidad o especificidad del mecanismo de concesión, y entre *ayuda ilegal* (no notificada) y *ayuda aplicada de manera abusiva*, que es la que se concede contraviniendo decisiones de compatibilidad de la Comisión. A este listado se añade el concepto de *parte interesada*, con repercusión sobre la legitimación en el seno de los procedimientos;

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.

A partir de estos conceptos, el Reglamento detalla hasta cuatro procedimientos específicos. El primero, el más general, es el *aplicable a las ayudas notificadas* (artículos 2 a 9). El Estado miembro notifica a la Comisión todo proyecto de concesión de nueva ayuda, con toda la información necesaria, y no podrá llevarlo a efecto antes de que la Comisión adopte o deba entenderse que ha adoptado una decisión de autorización (cláusula de efecto suspensivo). Si la información es incompleta, la Comisión solicitará información adicional que, de no ser proporcionada, hará decaer la notificación. La Comisión realiza el examen previo y adopta una de estas decisiones: que la medida notificada no constituye ayuda; que, siendo ayuda, resulta compatible (decisión de no formular objeciones); o que, por plantear dudas de compatibilidad, debe ser objeto de un procedimiento de investigación formal. Si en dos meses no se ha adoptado ninguna de estas decisiones, la ayuda se entenderá autorizada y el Estado miembro podrá ejecutarla. Si se abre el procedimiento de investigación formal, las partes interesadas podrán presentar observaciones y, en plazos variables según las incidencias, se producirá su conclusión por una de estas decisiones: declaración de que la medida no es ayuda; declaración positiva de compatibilidad; declaración positiva de compatibilidad condicionada; o declaración negativa de incompatibilidad, con orden de no ejecución. En todo caso, tanto las decisiones provisionales como las definitivas, son revocables por la Comisión en los términos del artículo 9.

El segundo procedimiento es el *aplicable a las ayudas ilegales* (artículos 10 a 15). La Comisión puede abrirlo cuando obre en su poder cualquier información, sea cual sea su origen (lo que abre las más amplias posibilidades de iniciación del procedimiento de oficio, a instancia de parte, mediante denuncia de parte interesada etc.), sobre una presunta ayuda ilegal, pudiendo requerir del Estado miembro la información necesaria, la suspensión de la concesión de la ayuda y la recuperación

provisional si, para esto último, no hay dudas sobre el carácter de ayuda, existen razones de urgencia y hay riesgo de perjuicio irreparable a un competidor. Esto no obstante, la Comisión puede autorizar al Estado miembro a acompañar el reembolso con una ayuda de salvamento a la empresa y, además, tal recuperación provisional sólo se aplicará a ayudas ilegales posteriores a la entrada en vigor del Reglamento. Si se incumplen los requerimientos de suspensión o de recuperación, la Comisión puede someter el asunto directamente al Tribunal de Justicia, solicitando que se declare una violación del Tratado. El procedimiento terminará con una de las decisiones antes mencionadas a propósito del examen previo o de la investigación formal de las ayudas notificadas, sin que se apliquen aquí los plazos entonces previstos. Si la decisión es negativa, la Comisión ordenará al Estado miembro la adopción de todas las medidas necesarias para la recuperación de la ayuda, con devengo de intereses desde que estuvo a disposición del beneficiario, y salvo que tal recuperación fuera contraria a un principio general de Derecho Comunitario. El artículo 14 prevé, además, la posible intervención de los Tribunales (comunitario y nacionales) en el procedimiento de recuperación, con el fin de obtener una ejecución inmediata y efectiva de la decisión de la Comisión. En todo caso, las competencias recuperatorias de la Comisión están sometidas a un plazo de prescripción de diez años, que empieza a contar desde la fecha de concesión y que se interrumpe con cualquier iniciativa. Pasado el plazo de prescripción, la ayuda en cuestión se considerará *ayuda existente*.

A las *ayudas abusivas* (artículo 16) les son de aplicación las reglas del procedimiento de investigación formal, así como las medidas previstas en el caso de las ayudas ilegales.

Finalmente, los artículos 17, 18 y 19 establecen el *procedimiento aplicable a los regímenes de ayudas existentes*. La Comisión dispone aquí de un poder general de revisión, en cooperación con el Estado miembro interesado, y, si considera que una ayuda no es o ha dejado de ser compatible con el mercado común, informará a aquél para que presente observaciones. Si tal incompatibilidad se confirma, la Comisión recomendará al Estado miembro las medidas apropiadas (modificación del régimen de ayudas, fijación de requisitos de procedimiento o supresión de dicho régimen) que, de no ser aceptadas, conducirán a un procedimiento de investigación formal con los efectos conocidos.

La parte final del Reglamento contiene reglas generales en diversas materias: iniciativas que pueden adoptar las partes interesadas (artículo 20), medidas de control (artículos 21, 22 y 23 sobre informes anuales, controles in situ y recursos especiales en caso de incumplimiento de decisiones y sentencias) y otras disposiciones comunes (artículos 24 a 30 sobre secreto profesional, destinatario y publicación de las decisiones, aplicación del Reglamento, Comité consultivo y entrada en vigor).

Visto el contenido del Reglamento de 1999 se aprecia fácilmente que en él se han refundido con sistemática adecuada los distintos procedimientos de control de ayudas que se desarrollan ante la Comisión. En la medida en que constituyen una parte diferenciada del procedimiento en ciertos casos, queda por añadir alguna

referencia a la fase que puede desarrollarse ante los Tribunales, sea el Tribunal de Justicia de la Comunidad o los órganos de la jurisdicción nacional, que, en conjunto, realizan una función decisiva de control jurisdiccional de las ayudas revisando o haciendo cumplir las decisiones de la Comisión.

La intervención del Tribunal de Justicia en distintos momentos y ante ciertas situaciones surgidas en el procedimiento de control está ya prevista expresamente tanto en el Tratado (artículo 88,2 para el caso de incumplimiento por el Estado miembro de una decisión de la Comisión de supresión o modificación de ayudas, a instancia de la propia Comisión o de otro Estado interesado) como en el Reglamento de 1999 (artículo 12, en caso de incumplimiento de una decisión de requerimiento de suspensión o recuperación de ayudas; artículo 14,3 a propósito de la recuperación de ayudas. etc.). Se trata de manifestaciones concretas del régimen general de recursos al Tribunal, regulados en la parte correspondiente del Tratado (artículos 220 a 245), que en absoluto agotan las posibilidades de intervención jurisdiccional, pues éstas son utilizables en sus propios términos también en materia de ayudas. Antes hay que advertir que la creación del llamado Tribunal de Primera Instancia, como órgano judicial agregado al Tribunal de Justicia (artículo 225 del Tratado), al que la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988 atribuye competencia para conocer de recursos interpuestos por particulares, tiene especial incidencia en esta materia de ayudas, lo que ya ha planteado algunos problemas de coordinación.

Salvado este asunto de distribución competencial entre ambos Tribunales comunitarios, las vías de intervención jurisdiccional general, aplicables en el caso de las ayudas en tanto que se aplica Derecho Comunitario, son principalmente las tres siguientes: en primer lugar, el *recurso de anulación* (artículos 230 y 231 del Tratado) por el que el Tribunal controla la legalidad de las decisiones de las instituciones comunitarias. Esta será la vía ordinaria para que los legitimados (Estado miembro destinatario o particulares a quienes la decisión afecte directa e individualmente) planteen la revisión de las decisiones de la Comisión en materia de ayudas cuando no se ajusten a la normativa comunitaria. La segunda vía es el llamado *recurso por omisión* (artículo 232), previsto como reacción a la inactividad de una institución comunitaria cuando ésta, en violación del Tratado, se abstenga de pronunciarse habiendo sido requerida previamente para ello. Esta será ahora la vía adecuada para la obtención de una decisión de la Comisión en materia de ayudas, si bien la legitimación para utilizarla queda restringida al Estado miembro (artículo 232,1), aunque alguna Sentencia del Tribunal (así la de 15 de septiembre de 1998 a instancia de una empresa de televisión) se ha mostrado favorable a ampliar la legitimación a los particulares en ciertos casos con base en el recurso de queja que el propio artículo 232,3 menciona. Par ambas vías de recurso (anulación u omisión), el artículo 233 establece la obligación de adoptar las medidas necesarias para la ejecución de la sentencia por parte de la institución cuyo acto ha sido anulado o cuya omisión ha sido declarada. La tercera vía de acceso a la jurisdicción, de especial significado en esta materia, es el *recurso por incumplimiento* (artículo 226, 227 y 228), que es el

directamente mencionado en el artículo 88 del Tratado y en el Reglamento de 1999, como antes se indicó. Aunque este recurso puede ser utilizado también por un Estado miembro, con intervención previa de la Comisión, si estima que otro Estado ha incumplido una obligación derivada del Tratado, su más frecuente interposición procede de la propia Comisión cuando el Estado miembro destinatario de una decisión en materia de ayudas la incumple. Por eso tal interposición puede resultar oportuna en cualquier fase del procedimiento de examen de ayudas que desarrolla la Comisión, en función de que el Estado correspondiente incumpla las decisiones que cabe adoptar antes de iniciar dicho procedimiento (requerimiento de información completa), durante la tramitación (suspensión y recuperación provisional de la ayuda) o una vez finalizado (no ejecución si era ayuda nueva, supresión si era ayuda ya existente, ejecución con condiciones de compatibilidad, recuperación definitiva etc.).

El Tribunal, sin perjuicio de las posibilidades del Estado miembro de interponer recurso de anulación contra la decisión de la Comisión, ha sido especialmente estricto en cuanto al cumplimiento de decisiones firmes y sólo ha aceptado en algún caso la excepción de *imposibilidad absoluta* de ejecutar la decisión. Así ha ocurrido en el supuesto, sin duda, más delicado y polémico como es el de la recuperación de las ayudas, donde el Tribunal no ha tenido en cuenta alegaciones dirigidas a justificar el incumplimiento en la dificultad o en los inconvenientes de la devolución (ni una ni otra cosa son *imposibilidad absoluta de ejecución*), o en la buena fé de la empresa beneficiaria (el llamado *principio de la confianza legítima*), ni en la circunstancia de que la Administración concesionaria de la ayuda fuera otra distinta a la estatal (regional, local etc.). Ni siquiera el hecho de que el Estado haya iniciado el proceso de recuperación después de interpuesto el recurso de incumplimiento por la Comisión, ha servido para hacer decaer éste, pues la sentencia que se pueda dictar tendrá también otros efectos en materia de responsabilidad del Estado que no quedan enervados por el cumplimiento previo de la decisión. En todo caso, recaída sentencia que estime el recurso de incumplimiento, la recuperación de la ayuda es un asunto de Derecho interno que el Estado condenado habrá de solventar utilizando las vías que su propio ordenamiento jurídico establezca: en el caso español, por ejemplo, la legislación administrativa y presupuestaria prevén mecanismos de revisión de oficio de actos administrativos, reintegro de subvenciones indebidamente percibidas, procedimientos ejecutivos y de apremio etc., como también en este ámbito del Derecho interno español habrá de resolverse el contencioso suscitado entre el Estado obligado a cumplir la decisión de la Comisión y la Administración autonómica, local etc., que concedió la ayuda y debe ahora proceder a la recuperación, para lo que podrán utilizarse, si llega el caso, los mecanismos constitucionales previstos en materia de conflicto.

Finalmente, deben añadirse dos circunstancias de interés previstas en el Tratado en materia de recursos: por un lado, la posibilidad que asiste al Tribunal de Justicia para dictar medidas cautelares durante la tramitación del recurso (artículo 243 que se refiere a *las medidas provisionales necesarias*, y artículo 242 que, más

excepcionalmente, permite la *suspensión de la ejecución del acto impugnado*, ya que la regla general aquí es que la interposición de recursos no tiene efecto suspensivo sin más); de otro lado, también está previsto que si, recaída sentencia, el Estado miembro persiste en el incumplimiento, la Comisión, recurriendo de nuevo al Tribunal, ponga en marcha el procedimiento sancionador del artículo 228,2 que concluye con la imposición de una sanción económica consistente en el pago de una suma a tanto alzado o de una multa coercitiva por tiempo de demora, calculada según el método establecido en una Resolución de la Comisión de 28 de febrero de 1977, que fijó criterios de proporcionalidad atendiendo a la gravedad y duración del incumplimiento y a la capacidad de pago del país según su PIB.

Visto el marco de intervención del Tribunal de Justicia de la Comunidad en relación con las decisiones de control en materia de ayudas, queda por consignar la posibilidad existente de que los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros ejerzan también alguna función en esa materia. Hay que partir de la base de que las decisiones sobre ayudas, y especialmente las que se refieren a la compatibilidad, corresponden a la Comisión y, en consecuencia, su control sólo puede ser efectuado por el Tribunal de Justicia, por lo que no caben pronunciamientos al respecto de la jurisdicción nacional. Dicho en otros términos, el artículo 87 es de aplicación exclusiva por las instancias comunitarias y no es directamente aplicable por los jueces nacionales. Sin embargo, los reglamentos de desarrollo del artículo 87, en tanto que son normas de aplicación directa y obligatoria en todos los Estados miembros, sí resultan alegables y pueden dar lugar a decisiones judiciales nacionales. Lo mismo ocurre con las decisiones ya producidas por la Comisión en el ejercicio de sus competencias de aplicación del artículo 87: una empresa beneficiaria de una ayuda declarada compatible por la Comisión podrá alegar tal decisión ante los tribunales nacionales frente al Estado que pretendiera desconocerla.

Esto no obstante, el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en reiteradas ocasiones favorable a reconocer efecto directo al artículo 88,3 que obliga a notificar los proyectos de ayuda (por ejemplo, Sentencias de 11 de diciembre de 1973 o de 21 de noviembre de 1991), lo que permite la intervención de la jurisdicción nacional en materia de ayudas ilegales por falta de notificación, pudiendo paralizar la aplicación de ayudas no notificadas o puestas en ejecución antes de la decisión de la Comisión, así como adoptar medidas provisionales de suspensión de la ayuda, devolución del importe o reparación de perjuicios causados. Este último aspecto reviste especial interés, pues las decisiones sobre responsabilidad patrimonial de los Estados por daños ocasionados al beneficiario o a empresas competidoras con ocasión de la concesión ilegal de ayudas es materia propia de la jurisdicción nacional. El propio Tribunal de Justicia Europeo ha fijado una doctrina habilitante de esta reclamación de daños (Sentencias de 19 de noviembre de 1991 y de 5 de marzo de 1996, en los asuntos Francovich y Brasserie, respectivamente), con base en el Derecho comunitario, siempre que el particular pueda alegar un derecho subjetivo con contenido preciso derivado de la norma comunitaria infringida o ésta tenga efecto

directo, y haya relación de causalidad entre el incumplimiento del Estado y el daño producido.

Para las distintas cuestiones que se puedan plantear ante los tribunales nacionales, incluidas las de responsabilidad, será competente la jurisdicción contencioso administrativa que corresponda en virtud de la legislación interna, y a ella compete también la adopción de medidas cautelares. En este contexto, debe tenerse en cuenta la Comunicación de 23 de noviembre de 1995, sobre cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado, que permite a los tribunales nacionales efectuar consultas a la Comisión (por ejemplo, sobre si la medida es ayuda, si falsea la competencia, si ha sido notificada etc.), a la vez que les vincula a sus decisiones de supresión, modificación, autorización etc. Además, y en aplicación de la previsión general del artículo 234 del Tratado, los tribunales nacionales pueden plantear ante el Tribunal de Justicia la llamada *cuestión prejudicial* con los efectos a ella vinculados.

En conjunto, y como frecuentemente se pone de manifiesto, el recurso a los tribunales nacionales puede suponer ventajas notables en supuestos de ilegalidad de ayudas: alegabilidad tanto de Derecho comunitario como nacional, obtención de medidas cautelares con más rapidez y eficacia, pronunciamientos sobre costas o indemnización de daños etc., todo ello dentro del margen citado de intervención, que no incluye decisiones de fondo reservadas en exclusiva a la Comisión y al Tribunal Comunitario. No en vano, y a título de ejemplo, la mínima regulación establecida en el artículo 19 de la Ley española de Defensa de la Competencia en materia de ayudas públicas, contempla la posibilidad de que el Consejo de Ministros, previo informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, decida proponer a los poderes públicos decisiones de supresión o modificación de los criterios de concesión de ayudas y medidas de mantenimiento o restablecimiento de la competencia, pero lo hace (reiterándolo en el párrafo 1 y en el inciso final del párrafo 3) siempre sin perjuicio del régimen comunitario y de las competencias que corresponden a la Comisión Europea.

6 Consideraciones finales

Tras el análisis hasta aquí efectuado sobre la política de ayudas, conviene realizar alguna valoración final que ponga de manifiesto el estado actual de la cuestión y las perspectivas de futuro con que las instituciones comunitarias siguen abordando una materia tan compleja y, con frecuencia, polémica.

Ante todo, hay que precisar que el ámbito examinado es exclusivamente el que está integrado por la normativa comunitaria recogida en el Tratado y en las disposiciones de desarrollo, salvo en lo que procedía mencionar Derecho nacional. Interesa insistir en esto porque un análisis completo del tema de las ayudas necesitaría de un examen complementario de aquellos aspectos que han sido objeto de concreción en normas nacionales de imprescindible manejo para la aplicación interna de esta política comunitaria. Por ejemplo, y teniendo a la vista el Derecho español,

no sería posible una valoración a fondo del alcance de las ayudas regionales sin tener en cuenta la legislación nacional de desarrollo: así, la Ley de Incentivos Regionales, de 27 de diciembre de 1995, y su Reglamento, de 11 de diciembre de 1987, o los Decretos de creación de cada Zona de Promoción Económica en particular, o la normativa que regula la comunicación de proyectos de ayudas de las Comunidades Autónomas al Estado, como paso previo a la notificación a la Comisión, o, en fin, las disposiciones autonómicas en la materia. Y asimismo cabría hacer en el terreno de las ayudas sectoriales específicas o en el de los instrumentos de concesión de ayudas concretas horizontales o transversales a las Pymes, a la economía social, al empleo, a la formación, a la investigación y desarrollo, a la protección del medio ambiente etc. Obviamente, se trataba aquí de ofrecer una visión de conjunto del marco comunitario como materia preferente de análisis, aún teniendo presente esta constatación del volumen adquirido por la normativa estatal de aplicación o desarrollo.

Por otra parte, en absoluto debe entenderse que el marco comunitario expuesto constituye un conglomerado firme, cerrado o definitivo para ordenar la política de ayudas. Más bien al contrario. La política de ayudas, partiendo de unos principios básicos establecidos en el Tratado, se ha ido construyendo en el tiempo a golpe de caso concreto, y de precedente reiterado, que, cuando llegaron a convertirse en criterio habitual por decisiones o sentencias, pasaron a integrar normas estables de distinto rango, siempre sometidas a interpretación o modificación. Tal técnica de combinación de dinamismo y casuística ha ido dando lugar a un bloque de principios y reglas de enorme complejidad que, además, necesitaba adaptarse a la evolución de la integración comunitaria, a las cambiantes circunstancias del contexto socioeconómico, e, incluso, a las tensiones interestatales o de los Estados con la Comunidad, motivadas por las distintas orientaciones de las políticas nacionales, las estrategias de captación de inversiones, los distintos niveles de desarrollo y equilibrio interno etc. Por eso se han conocido épocas de más rigor y de más flexibilidad y por eso se ha terminado optando por aceptar espacios transaccionales que liberaran a la Comisión de un excesivo volumen de asuntos a controlar y permitieran a los Estados un margen razonable de acción económica autónoma. La aplicación de técnicas de exención de categorías abierta por el Reglamento de 1998 para las ayudas horizontales y de minimis es bien reveladora al respecto.

Con todo, la conciencia de que permanecen zonas oscuras en materia de ayudas que escapan al control y que generan fenómenos de *guerra de subvenciones* y de competitividad extrema entre Estados o entre unidades territoriales descentralizadas, entes locales etc., subsiste a pesar de los esfuerzos de rigor y aún de transacción. La Comisión es consciente de ello y los agentes económicos también. Recientemente, una mera estimación estadística constataba que el 20% de las ayudas que se conceden no se notifican a la Comisión (reportaje en la sección Negocios del diario *El País*, de 7 de febrero y 1º de agosto de 1999, con titulares como *La falta de control fomenta el despilfarro*, *El cajón de las ayudas estatales*, *Subvenciones*

aparentemente inofensivas etc.). A lo que hay que añadir la carga polémica que suele acompañar al control y enjuiciamiento de ayudas de hondo calado social y económico (por citar algunos casos relevantes en España, recuérdense los que afectan a las medidas fiscales del País Vasco, la incertidumbre derivada de ayudas a Iberia, los avatares del proceso de control y devolución de las ayudas a Magefesa o Intelhorce, el debate abierto sobre las ayudas a ganaderos afectados por la crisis de las *vacas locas*, a los astilleros sometidos a dumping por países asiáticos, al sector del carbón en trance de extinción del Tratado Ceca, o, en fin, la reciente decisión autorizando ayudas a Transmediterránea como compensación a obligaciones de servicio público o la polémica que ha acompañado la concesión de ayudas a las empresas eléctricas bajo la fórmula de *costes de transición a la competencia*).

No es, por ello, extraño que la Comisión, en el Apartado III sobre ayudas estatales del último Informe sobre la Política de Competencia, correspondiente al año 2000, se extendiera en la *modernización del control* y en la *mejora de la transparencia* como líneas de actuación prioritarias o que, en las *Perspectivas para 2001*, reflejadas en ese Informe, tras reconocer que “las ayudas estatales siguen disminuyendo en porcentaje del PIB pero la ayuda a sectores y empresas individuales sigue siendo demasiado elevada”, anunciara un nuevo impulso en el “esfuerzo por reducir el falseamiento de la competencia”, en la “estricta política de recuperación de ayudas ilegales e incompatibles” y en el “mejor control del cumplimiento de condiciones y obligaciones impuestas en las decisiones sobre ayudas”. En esa línea, la intención de mejorar la transparencia creando un Registro de ayudas estatales y un Tablero de ayudas accesibles al público, de reformar el marco legislativo simplificando procedimientos y revisando normas a punto de expirar (Directrices sobre ayudas al empleo, investigación y desarrollo, ayudas regionales a grandes proyectos de inversión etc.), constituyen compromisos ciertamente reveladores sobre la orientación presente de la política de ayudas. Con más precisión aún, el “Octavo informe sobre ayudas estatales en la Unión Europea”, presentado por la Comisión el 11 de abril de 2000, concluía insistiendo en esos objetivos de control de las ayudas, mantenimiento de la presión [sic] sobre las ayudas estatales en la Comunidad, especialmente en la industria, intensificación de la tendencia descendente de las ayudas, refinamiento [sic] de los mecanismos de vigilancia y transparencia y garantía de que en los sectores recientemente liberalizados no se compensen las ventajas competitivas con subsidios para sostener actividades con pérdidas.

Una reciente publicación de la Fundación BBV, que recoge las intervenciones producidas en unas jornadas de debate sobre la materia, proporciona datos enormemente interesantes sobre la utilidad y la eficacia real de la política en cuestión. Muchas de las aportaciones son insistentemente críticas al respecto y están llenas de sugerencias y propuestas de futuro. Su atenta lectura ilustra bien sobre esa sutil contradicción que ha impregnado la evolución de esta política y su configuración a lo largo del tiempo: los más apasionados alegatos sobre la ineficiencia del sistema y sobre la distorsión que produce sobre la competencia y el mercado suelen estar

acompañados de una intensa práctica de la ayuda como instrumento habitual de política económica. Tal vez esta constatación ilustre mejor que cualquier otra consideración sobre la orientación pasada, presente y futura de esta política.

Referencias

- ARPIO SANTACRUZ, J.L. *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*. Pamplona: Aranzadi, 2000.
- CALVO CARAVACA, A.L.; FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *Las ayudas de Estado en la Comunidad Económica Europea*. Secretariado de asuntos relacionados con la Comunidad Europea. Murcia, 1991.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. *El régimen de ayudas estatales en la Comunidad Europea*. Madrid: Civitas, 1993.
- FUNDACIÓN BBV. *El futuro de la política comunitaria de ayudas de Estado*. Madrid, 2000.
- HERNÁNDEZ MARTÍN, V.; VILLALVILLA MUÑOZ, J.M. *El control de las ayudas de Estado en el Derecho europeo*. Madrid: Colex, 1999.