

## AYUDAS PÚBLICAS AL SECTOR BANCARIO EUROPEO Y DEFENSA DE LA COMPETENCIA

FRANCISCO URÍA FERNÁNDEZ

Abogado del Estado-excedente

Vicesecretario General de la Asociación Española de Banca

### 1. ANTECEDENTES

En agosto del año 2007 comenzaron a manifestarse los primeros signos externos de lo que en aquel momento se calificó como “turbulencias financieras”, y ahora se considera ya, sin matices, la crisis financiera de mayor gravedad, por su extensión y profundidad, desde la crisis de 1929.

La explicación que se dio a aquellos acontecimientos, que hoy ya nos parecen lejanos, es conocida: el endurecimiento en la política monetaria norteamericana, estrechamente unido a un cambio de ciclo en la situación económica estadounidense que afectó de manera particularmente intensa al sector inmobiliario provocaron el efecto simultáneo de un incremento en las cargas financieras soportadas por los deudores hipotecarios, una peor situación económica de éstos y una disminución del precio de sus propiedades.

La combinación de todos estos elementos disparó los niveles de morosidad en el pago de las deudas hipotecarias, lo que se hizo especialmente evidente en el segmento de hipotecas de menor calidad: las llamadas “hipotecas subprime”.

El problema fue que esas deudas hipotecarias, que habían sido “empaquetadas” en los meses y años precedentes junto con otros activos de calidad diversa, habían sido colocadas en los mercados financieros de todo el mundo. Aunque no exclusivamente, buena parte de esos “activos contaminados” fueron adquiridos

por entidades de crédito o, y esto fue aún más grave, por vehículos de naturaleza diversa que habían sido creado por algunos bancos.

La financiación de estas adquisiciones se había realizado en el mercado, con lo que esas entidades de crédito y los vehículos que habían constituido para la adquisición de estos activos, se encontraron frente al problema derivado de la falta de rendimiento de los activos y la existencia de vencimientos relevantes a corto plazo, sin que tuvieran capacidad de captar financiación adicional.

En la explicación oficial de aquellos meses finales de 2007, se trataba de un problema de liquidez. Las entidades de crédito debían afrontar los vencimientos derivados de sus propios compromisos financieros o asumir las obligaciones originadas por sus acuerdos de liquidez con los vehículos que habían constituido. La refinanciación de estas deudas no era posible porque los problemas surgidos en los mercados habían provocado una falta de confianza en los inversores.

Puesto que el problema era la falta de liquidez, la solución era aparentemente sencilla: dar una mayor liquidez a los mercados financieros. A este objetivo se aplicaron con decisión los bancos centrales en todo el mundo a través de una acción concertada que, a pesar de su volumen y rapidez, no consiguió los efectos pretendidos. La crisis no se resolvió ni en el 2007, ni en el 2008, ni se ha resuelto bien entrado en el 2009, aunque comiencen a producirse signos esperanzadores.

La crisis no pudo resolverse porque, ahora lo sabemos, lo que debían afrontar no pocas entidades de crédito no era solamente un problema de liquidez sino lo que es más grave para una entidad bancaria: un problema de solvencia, de falta de capital.

Las entidades de crédito que habían adquirido esos activos deteriorados, u otros cuya valoración era imposible o para los que, pura y simplemente, no existía ya mercado, y especialmente aquéllas que habían realizado esas operaciones “fuera de balance” a través de todo tipo de vehículos, no disponían de capital suficiente como para afrontar el cumplimiento de las obligaciones que habían contraído.

Además, el cierre de los mercados internacionales que hasta entonces habían permitido la financiación de esas obligaciones sin mayores dificultades, impedía renegociar esos compromisos aplazando los vencimientos pactados.

Aunque algunos episodios anteriores ya habían manifestado cuál era la auténtica realidad del problema de grandes instituciones financieras y sistemas bancarios internacionales, no fue hasta el año 2008 cuando se hizo evidente que las “soluciones monetarias” no eran capaces de resolver la situación planteada y que debía producirse una intervención pública para rescatar a las entidades en dificultades. Los primeros movimientos en este sentido se produjeron en Estados Unidos y también se adoptaron medidas de rescate en el Reino Unido (Northern Rock fue el primer caso, al que siguieron otros resueltos con una combinación de soluciones públicas y privadas).

Hasta septiembre de 2008 pareció que la Europa continental estaba al margen de estos acontecimientos. Sin embargo, a partir de ese momento, se vivió un

considerable agravamiento de la situación, coincidente con la quiebra de Lehman Brothers, que actuó como detonante para un claro cambio en Europa.

Primero en Irlanda, luego en Islandia y después en otros Estados, bien pronto se hizo evidente que, en muchos países del mundo, los poderes públicos debían acometer importantes programas de rescate para salvar de la quiebra a grandes entidades de crédito y a sus sistemas bancarios nacionales.

En Europa, y tras esas iniciativas unilaterales de determinados Estados, trató de establecerse un conjunto homogéneo de medidas de apoyo que, al margen del incremento del nivel de cobertura de los fondos de garantía de depósitos, pueden resumirse en la siguiente tipología:

- a) Garantía pública de las emisiones de distintos instrumentos financieros por parte de las entidades de crédito.
- b) Adquisición de activos propiedad de las entidades de crédito.
- c) Recapitalización con fondos públicos.

El intento de coordinación en la adopción de estas medidas se plasmó en los Acuerdos alcanzados en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Área Euro celebrada el 12 de octubre de 2008, que fueron ratificados por el Consejo Europeo de Bruselas de los días 15 y 16 de octubre.

Es importante señalar, desde el primer momento, que no se adoptaron medidas europeas, como hubiera sido lógico en el seno de un mercado interior de servicios financieros, sino que se permitió a los Estados la adopción de medidas nacionales sin establecer unos criterios que permitieran una mínima coordinación de las mismas lo que determinó su absoluta heterogeneidad.

Un intento análogo de coordinación se realizó a nivel mundial. Las reuniones de Estados conocidas como “G-20”, también trataron de establecer unas pautas generales y concertadas de actuación, que respaldaran los programas de ayuda ya establecidos o que pudieran establecerse en el futuro, tratando de evitar los problemas que en su día dificultaron la respuesta a la crisis de 1929 (proteccionismo, restricción del comercio internacional, falta de actuación de los poderes públicos...).

## 2. LA RESPUESTA EUROPEA FRENTE A LA CRISIS BANCARIA Y SUS EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA. EL DELICADO EQUILIBRIO DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE OCTUBRE DE 2008

Aunque los problemas planteados por los mecanismos de ayuda son similares en todas las latitudes, nos centraremos en este trabajo en la situación que se ha

producido en Europa, puesto que ésta es la que afecta de forma más relevante a las entidades de crédito españolas.

En octubre de 2008, y como parte de los Acuerdos adoptados a nivel europeo a los que se ha hecho referencia en el apartado anterior, los Estados miembros de la Unión Europea solicitaron a la Comisión que, en el ejercicio de las atribuciones que le otorga el Tratado como guardián de la competencia en Europa, adoptase una actitud flexible a la hora de evaluar la compatibilidad con el Tratado de los mecanismos de ayuda al sector financiero que iban a adoptarse por los Estados europeos.<sup>1</sup>

Y es que esos instrumentos constituían, sin duda, auténticas ayudas de Estado a favor de entidades de crédito determinadas, lo que exigía un análisis individualizado sobre su compatibilidad con las normas europeas tal y como habían venido siendo interpretadas por la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos.

De hecho, en las conclusiones del Consejo de Economía y Finanzas (Ecofin) del día 7 de octubre, se estableció el principio de que “el interés legítimo de los competidores debe protegerse, en especial a través de las normas sobre ayudas estatales”, lo que constituye buena prueba de que las autoridades europeas eran ya conscientes de los efectos potencialmente distorsionadores de la competencia en el mercado bancario europeo que podían derivarse de las medidas de apoyo a las entidades en dificultades.

En realidad, la Comisión Europea ya había analizado mecanismos de ayuda pública anteriormente adoptados por los Estados europeos en relación con entidades individuales que afrontaban dificultades. El caso más conocido fue, probablemente, el de Northern Rock, en el Reino Unido pero, como veremos más adelante, no fue el único.

Hasta octubre de 2008, la Comisión analizó esos asuntos sobre la base de la aplicación de las reglas “tradicionales” sobre ayudas de Estado. En cambio, a partir de ese momento, se produciría la aparición de nuevos criterios.

El derecho europeo en materia de ayudas de Estado se encuentra contenido, en cuanto a sus aspectos sustantivos, en el propio Tratado, que parte de una consideración amplia de lo que deba entenderse por ayuda de Estado que comprende no sólo las ayudas directamente concedidas por los Estados sino también aquéllas que movilizan recursos estatales.

.....

<sup>1</sup> Concretamente, en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado los días 15 y 16 de octubre de 2008 (Doc.14368/08), y dentro del apartado dedicado a la “situación económica y financiera” se señaló, textualmente, que “en las excepcionales circunstancias actuales, la aplicación de las normas europeas debe seguir respondiendo a la exigencia de una actuación rápida y flexible. El Consejo Europeo apoya a la Comisión en la aplicación, con este ánimo, de las normas relativas a la política de la competencia y, en particular, las relativas a las ayudas públicas, sin dejar de aplicar al mismo tiempo los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas”. Como se comenta en el texto de este trabajo, la referencia a los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas no es una expresión equivalente a la aplicación del régimen de tales ayudas.

En segundo lugar, las ayudas pueden haberse concedido “de cualquier forma”, incluyendo subvenciones a fondo perdido, préstamos en mejores condiciones que las del mercado, bonificaciones de intereses, las exoneraciones o bonificaciones en impuestos o tributos, los suministros de bienes o servicios en condiciones preferenciales e, incluso, las participaciones de autoridades públicas en empresas:

- que falseen o meramente amenacen con falsear la competencia.
- otorgadas a empresas, pero también a producciones, lo que cubre también las ayudas a un ramo o sector.

Ante las ayudas públicas, el artículo 87.1 del Tratado establece, como principio general, la incompatibilidad con el mercado común de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales.

Este principio general encuentra únicamente excepciones determinadas por el propio Tratado, y que deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Un primer bloque está integrado por las llamadas “exenciones de oficio”, contenidas en el apartado 2 del artículo 87 del Tratado, y que se refieren a las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional y las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de Alemania.

Ninguna de estas excepciones interesa a los fines del presente trabajo.

Mayor interés revisten, en cambio, los supuestos de “exención eventual” contenidos en el apartado 3 del artículo 87 y respecto de los que la Comisión debe decidir si las ayudas son o no compatibles con el Tratado. Esta decisión de la Comisión debe ajustarse a derecho, motivándose debidamente. No obstante, existe un amplio margen de discrecionalidad en la calificación de las ayudas por parte de la Comisión.

Estas excepciones eventuales del artículo 87.3 del Tratado se refieren a las siguientes ayudas:

- a) Las destinadas a favorecer el desarrollo económico de determinadas regiones que sufren atrasos en su desarrollo.
- b) Las que contribuyen a la realización de un proyecto importante de interés europeo o a remediar una perturbación grave de la economía de un Estado miembro.
- c) Las destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o regiones económicas.
- d) Las que tienen la finalidad de promover la cultura y la conservación del patrimonio.
- e) Otras categorías de ayuda que determine el Consejo.

Dejando al margen casos menos frecuentes, los que aquí interesan a los presentes efectos son dos:

- Las ayudas para poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro del artículo 87.3.b) del Tratado.
- Las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, de acuerdo con el artículo 87.3.c), al amparo del cual la Comisión ha formado un complejo corpus interpretativo bajo la denominación de “Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de empresas en crisis” (DOC 244 de 01.01.2004).

Como indicábamos algunos párrafos atrás, durante los primeros meses de la crisis, la Comisión Europea aplicó, sin mayores especialidades, las normas y criterios derivados del artículo 87.3.c) del Tratado.

Sin embargo, ante la grave situación económica que se vivía en Europa, la Comisión consideró aplicable un precepto distinto, el mencionado artículo 87.3.b). A diferencia del 87.3.c) que había sido objeto de un desarrollo pormenorizado en los años anteriores, el artículo 87.3.b) era un precepto escasamente utilizado<sup>2</sup>, por la que la Comisión hubo de elegir entre la aplicación de las normas dictadas para la aplicación del artículo 87.3.c) o la creación de nuevas normas o criterios.

La Comisión Europea optó por esto último, y, a través de sucesivas Comunicaciones, que serán analizadas en este trabajo, fue estableciendo los criterios que habrían de guiar la interpretación y aplicación del artículo 87.3.b) con el objetivo declarado de minimizar los efectos distorsionadores de la competencia inevitablemente derivados de su aplicación.

En nuestra opinión nos encontramos ante un derecho “excepcional”, en el sentido de que ha surgido con la vocación de aplicarse en un momento determinado y en circunstancias excepcionales, de modo que superadas éstas y, en principio, a partir del 31 de diciembre de 2010, esta normativa “ad hoc” dejará de ser aplicable retornándose al artículo 87.3.c) y su normativa de desarrollo como único instrumento para el análisis de las ayudas de Estado a favor de entidades individuales.

Esta interpretación, se establece con total claridad en la nota de prensa publicada por la Comisión el pasado 23 de julio de 2009 para anunciar la publicación de su Comunicación sobre ayudas a la reestructuración bancaria<sup>3</sup>, cuando se afirma que “estas guías (las cuatro Comunicaciones publicadas a partir de octubre de 2008 para guiar la interpretación y aplicación del artículo 87.3.b) a las ayudas otorgadas

<sup>2</sup> En el informe de la Comisión Europea titulado “State Aid Scoreboard. Spring 2009 update. Special edition on State Aid interventions in the current financial and economic crisis” (COM (2009)164), de 8 de abril de 2009, pp. 4-5, se dice que se ha hecho un uso sin precedentes del artículo 87.3.b) del Tratado, ya que este artículo sólo había sido utilizado con anterioridad en una ocasión (Grecia) a pesar de la existencia de serias crisis económicas que afectaron a distintos Estados miembros en las recesiones de los años 70 y primeros 80.

<sup>3</sup> Referencia: IP/09/1180.

a las entidades de crédito) están basadas en el artículo 87.3.b) del Tratado, que autoriza las ayudas de Estado en caso de una seria perturbación de la economía. Serán temporales y se aplicarán hasta el final de 2010. Después de esa fecha, las reglas normales sobre rescate y reestructuración, basadas en el artículo 87.3.c) del Tratado (ayudas para el desarrollo de ciertas actividades económicas o áreas en que tales ayudas no afecten negativamente a las condiciones de comerciales en un grado contrario a los intereses comunes), se aplicarían nuevamente”.

La opción por la aplicación del artículo 87.3.b) del Tratado no fue tomada por la Comisión Europea hasta que, coincidiendo con la quiebra de Lehman Brothers, se produjo un considerable empeoramiento de la situación de mercados e instituciones financieras a partir de septiembre del año 2008. Hasta ese momento, y como hemos señalado anteriormente, las ayudas públicas concedidas a las entidades de crédito europeas en dificultades, habían sido autorizadas en base al artículo 87.3.c) del Tratado.<sup>4</sup>

El fundamento de este cambio de actitud puede encontrarse en las propias palabras de la Comisión, contenidas en su reciente informe sobre las ayudas de Estado aplicadas hasta la primavera del año 2009<sup>5</sup> cuando se dice que “la erosión general de la confianza en el sector bancario en octubre de 2008 llevó a serias dificultades para acceder a la liquidez. La crisis se había convertido en sistémica y afectó por igual a instituciones financieras cuyas dificultades tenían su origen exclusivamente en las condiciones generales de los mercados que habrían restringido de forma severa el acceso a la liquidez. Se hizo entonces dudoso si las Directrices de Salvamento y Reestructuración (en lo sucesivo, Directrices S&R) continuaban proporcionando un marco jurídico adecuado para responder a la crisis, una vez que ésta había golpeado también a bancos que no podrían haber sido normalmente considerados como entidades “en dificultades”.

Esta necesidad de un cambio de régimen legal se plasmó en la adopción y publicación de una serie de Comunicaciones de la Comisión Europea que guiarían la futura aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado a los mecanismos de apoyo establecidos por los Estados miembros para respaldar a sus sistemas y entidades bancarios.

Hasta el momento, se han publicado cuatro Comunicaciones, con los siguientes títulos<sup>6</sup>:

- The application of State aid rules to measures taken in relation to financial institutions in the context of the current global financial crisis (13 de octubre de 2008).

<sup>4</sup> En el caso más notorio, el de Northern Rock (RU) la decisión de iniciar un procedimiento de ayuda de Estado, adoptada en abril de 2008 (Cao C14/2008) se tomó al amparo del artículo 87.3.c) exigiéndose la presentación de un plan de reestructuración.

<sup>5</sup> Vid. nota 2, página 8.

<sup>6</sup> Puesto que no todas ellas han sido oficialmente traducidas, optamos por mantener sus títulos originales en inglés.

- Recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of the aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition (5 de diciembre de 2008).
- Treatment of impaired assets in the community Banking sector (25 de febrero de 2009).
- The return to viability and the assessment of restructuring measures in the financial sector in the current crisis under the State aid rules (23 de Julio de 2009).

Nos referiremos en este apartado a la primera de estas Comunicaciones, la de 13 de octubre sobre “La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial”<sup>7</sup>.

El objetivo de esta Comunicación era “proporcionar una orientación sobre los criterios pertinentes para la compatibilidad con el Tratado, tanto de los regímenes generales como de los casos individuales de aplicación de tales regímenes y casos particulares de importancia sistémica”. Es decir, se trataba de anticipar los criterios que aplicaría la Comisión de forma que, si los Estados se adecuaban a los mismos, podrían beneficiarse de una autorización rápida de sus mecanismos de ayuda.

Esta primera Comunicación sobre los criterios a aplicar para el análisis de los mecanismos de ayuda a los sistemas bancarios y entidades de crédito individuales tuvo una gran importancia puesto que, como se ha dicho, abrió el camino a la aplicación del artículo 87.3.b) del Tratado, en lugar del 87.3.c).

Esta decisión permitió que la Comunicación reconociera que las entidades fundamentalmente solventes podían recibir ayudas públicas, incluso de recapitalización, sin tener que presentar planes de reestructuración de gran envergadura. Se trataba, en definitiva, de evitar la aplicación del artículo 87.3.c) del Tratado y sus normas de desarrollo, a los mecanismos generales o a las ayudas individuales a determinadas entidades, creando un nuevo marco jurídico.

Además, el artículo 87.3.b) del Tratado se consideró aplicable no sólo a los mecanismos generales de asistencia al sector financiero sino también a las ayudas singulares a determinadas entidades cuando, por su importancia, asumían un carácter sistémico, de forma que sus problemas podían arrastrar al conjunto de un sistema financiero o la economía nacional de un Estado miembro.

De hecho, la fundamentación de esta Comunicación proporciona cobertura jurídica al conjunto de las actuaciones realizadas por la Comisión a partir de octubre de 2008 en materia de ayudas de Estado dirigidas al sector financiero por lo que, aunque se trate de una cita larga, nos parece procedente reproducir los párrafos relevantes de la Comunicación.

.....  
<sup>7</sup> La versión en castellano de esta Comunicación fue publicada por el Diario Oficial de la Unión Europea del 25 de octubre de 2008 (C 270/8 a 14).



Las ideas fundamentales son las siguientes:

- “La ayuda estatal a las empresas en dificultades se evalúa normalmente al amparo del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado y de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (...directrices S&R) que articulan la interpretación por parte de la Comisión del artículo 87, apartado 3, letra c) del Tratado para este tipo de ayudas. Estas Directrices S&R son de aplicación general, si bien prevén determinados criterios específicos para el sector financiero”.
- “Por otro lado, de conformidad con el artículo 87, apartado 3, letra b) del Tratado, la Comisión puede permitir ayudas estatales “destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro”.
- “La Comisión reafirma que...el artículo 87, apartado 3, letra b) del Tratado debe interpretarse de forma restrictiva respecto a lo que pueda considerarse una perturbación grave de la economía de un Estado miembro”.
- “Habida cuenta del nivel de gravedad que ha alcanzado la crisis actual en los mercados financieros y de su posible impacto en la economía global de los Estados miembros, la Comisión considera que el artículo 87, apartado 3, letra b), en las actuales circunstancias, es una base jurídica apropiada para las medidas de ayuda adoptadas para abordar esta crisis sistémica. Esta afirmación es especialmente aplicable a las ayudas concedidas mediante un régimen general para varias o todas las instituciones financieras de un Estado miembro”.
- “Las intervenciones específicas de los Estados miembros no están excluidas de las circunstancias que cumplen los criterios del artículo 87.3.b). En el caso tanto de los regímenes como de las intervenciones puntuales, si bien la evaluación de la ayuda debe seguir los principios generales establecidos en las Directrices S&R... las circunstancias actuales pueden permitir la aprobación de medidas excepcionales tales como intervenciones estructurales de urgencia, protección de derechos de terceros (por ejemplo, acreedores) y medidas de rescate que potencialmente pueden superar los 6 meses<sup>8</sup>.”

Se trataría, en todo caso, de medidas coyunturales y de duración acotada, pues, como indica la propia Comunicación, “esto implica la necesidad de que todos los regímenes generales creados sobre esta base... se revisen regularmente y finalicen tan pronto como la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita”<sup>9</sup>.

A la vista de lo anterior, se confirma el carácter de régimen jurídico “excepcional”, de aplicación limitada en el tiempo (de octubre de 2008 a diciembre de 2010

<sup>8</sup> Tomamos la cita de la versión en español de la Comunicación, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 25 de octubre de 2008, referencia C 270, p. 9.

<sup>9</sup> Vid nota anterior.

o, en todo caso, al momento en que en un Estado concreto pueda entenderse finalizada la situación de grave perturbación de la economía) y que permitiría a los Estados no sólo establecer mecanismos generales de apoyo al sector financiero dirigidos a todas o varias entidades de crédito, sino también mecanismos individuales (específicos), dirigidos a entidades concretas, a los que les resultarían aplicables “los principios generales establecidos en las Directrices S&R” pero no éstas en su totalidad.

La tipología de las ayudas que se admite es amplia, destacando, singularmente, las “garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras” y la “recapitalización de las instituciones financieras”.

Cualquiera que sea el tipo de ayuda establecido, deberán respetarse algunos principios generales; el de necesidad (la ayuda debe ser imprescindible para preservar la estabilidad del sistema bancario), el de proporcionalidad (la ayuda concedida no deberá exceder de lo que sea estrictamente necesario para lograr su objetivo legítimo), no discriminación (las ayudas deben establecerse de forma objetiva y no discriminatoria) y prevención de distorsiones de la competencia (las medidas deben establecerse de modo que se eviten o minimicen los efectos negativos en los competidores, en otros sectores y en otros Estados miembros).

Al objeto de prevenir esas distorsiones en la competencia, la Comunicación de la Comisión establecía una serie de medidas que podrían establecerse a modo de salvaguardia. Estas medidas se consideraban también útiles para evitar el riesgo moral, inherente a este tipo de ayudas.

Entre tales limitaciones se citaban, con ánimo no exhaustivo, las siguientes: limitaciones en cuanto al comportamiento que garanticen que las instituciones financieras beneficiarias no emprendan una expansión agresiva aprovechando la garantía pública, restricciones en la conducta comercial (tales como publicidad que exponga el hecho de que el banco beneficiario es objeto de una garantía pública, precios aplicados a los productos o servicios ofertados o expansión de las actividades), limitaciones al valor del balance de las instituciones beneficiarias en relación con una referencia adecuada (por ejemplo, el PIB), prohibición de comportamientos irreconciliables con el objetivo de la garantía (por ejemplo, readquisición de participaciones por instituciones financieras beneficiarias o emisión de nuevas opciones de compra de acciones para sus directivos) o disposiciones adecuadas que permitan al Estado miembro en cuestión garantizar la aplicación de estas restricciones en cuanto al comportamiento.

La decisión de considerar aplicable el artículo 87.3.b) del Tratado no puede censurarse desde un punto de vista jurídico. El deterioro de la situación económica mundial, y, en particular, las dificultades de los países integrantes de la Unión Europea, expresados en términos de desempleo, crecimiento económico, cifras de déficit público y evolución del endeudamiento de los distintos Estados, hacían indiscutible tanto la gravedad de los efectos de la crisis financiera internacional como, sobre todo, el riesgo de que el traslado de los mismos a la llamada

“economía real” provocase una grave recesión internacional que costase un gran esfuerzo superar.

Para evitarlo, era seguramente inevitable el establecimiento de relevantes mecanismos de apoyo público a los sistemas bancarios nacionales e, incluso, a entidades individuales. Ello al margen del resto de las medidas que pudieran adoptarse para estimular a otros sectores y empresas, ajenos, por definición, a este trabajo.

Ante esta situación “excepcional” en lo económico, no parece cuestionable la posibilidad de adoptar medidas igualmente excepcionales para preservar la estabilidad de los mercados financieros, con el amparo de lo dispuesto en el artículo 87.3.b) del Tratado.

El único matiz a lo anterior sería que estas ayudas no deberían tener como objetivo la supervivencia de entidades individuales sino preservar la estabilidad de los sistemas bancarios nacionales y, en última instancia, del sistema bancario europeo, lo que no de ningún modo debería implicar un obstáculo para la consecución de un auténtico mercado interior de servicios bancarios.

En alguna medida, la propia Comisión terminaba reconociendo este imperativo jurídico, derivado del Tratado, al indicar, en la Comunicación de referencia, que la evaluación de la compatibilidad con los Tratados de las ayudas a entidades individuales habría de pasar por la utilización de los principios generales contenidos en las “Directrices sobre ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis”. Es decir, y creemos que es relevante, no se aplicarían directamente las Directrices sino los “principios generales” contenidos en ellas, lo que, obviamente, no es equivalente.

Por ello, el debate respecto de estos mecanismos de apoyo al sector financiero, dirigidos en general a los sistemas bancarios nacionales y no a entidades determinadas, se centra más bien en la concreción e implementación de los distintos instrumentos y no en cuando a su necesidad o compatibilidad general con el Tratado. Por decirlo de otro modo, el punto esencial se concreta en la determinación del grado en el que resultan aplicables esas Directrices de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis.

Este debate se hacía particularmente importante en relación con la aplicación de las medidas de ayuda a entidades individuales.

La Comunicación de la Comisión partía, en su introducción, de distinguir entre instituciones financieras con problemas que son resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se ven expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros y otras entidades financieras (a las que la Comunicación califica de “sólidas”) cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidación.

En el primer caso, la Comisión considera que, para que las instituciones en dificultades retornasen a la viabilidad a largo plazo, sin liquidarse, habrían de afrontar un plan de reestructuración de gran envergadura de sus operaciones.

Por el contrario, en el caso de las entidades sólidas, la Comisión considera que la viabilidad a largo plazo de estas instituciones puede requerir una reestructuración menos importante.

Sobre esta relevante dicotomía, la Comunicación de continuada referencia ofrece alguna clave adicional un poco más adelante cuando, dentro del capítulo dedicado a las “garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras”, incluye un apartado denominado “aplicación del régimen a casos individuales”.

En ese apartado, referido a las entidades insolventes, se alude a que tras la adopción de medidas de salvamento de urgencia, se adopten medidas adecuadas que conduzcan a la reestructuración o liquidación del beneficiario.

Al margen de lo anterior, el capítulo V de la Comunicación, referido a la “liquidación controlada de las instituciones financieras” dejaba abierta la puerta a un procedimiento tradicional de liquidación de entidades en crisis, respetando criterios análogos a los que se han enumerado anteriormente.

En definitiva, y sin que parezca necesario ahondar más en estas ideas preliminares, la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 estableció la posibilidad jurídica de que entidades “solventes” pudieran recibir ayudas de Estado sometándose a determinadas condiciones tendentes a evitar graves distorsiones de la competencia en Europa pero sin imponer la aplicación del acervo comunitario en la materia y, singularmente, las normas vigentes sobre reestructuración y saneamiento de entidades en dificultades, régimen éste al que, sin embargo, quedarían abocadas las entidades no solventes. Ello sin perjuicio de que a unas y otras operaciones les fueran aplicados los “principios generales” contenidos en las Directrices. En el caso de estas entidades “solventes”, la Comunicación se limita a exigir una reestructuración “menos importante”.<sup>10</sup>

En cuanto a las instituciones financieras “insolventes”, utilizando la expresión de la propia Comunicación<sup>11</sup>, no quedaban forzosamente abocadas a la liquidación, ya que se consideraba admisible una reestructuración aunque de “gran envergadura”, por citar de nuevo la Comunicación.<sup>12</sup>

Sin embargo, y a pesar de la importancia de la distinción entre las entidades solventes y aquéllas en que, afrontando dificultades equivalentes, no se cumpliría este requisito, la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 no precisaba qué autoridad nacional o europea certificaría que una determinada entidad tenía o no dicha condición por lo que, de facto, no existía ningún requisito objetivo ni se definía ningún procedimiento para la determinación de que entidades tenían la condición de “solventes”.

<sup>10</sup> Vid nota 5, página 8, párrafo 2.

<sup>11</sup> Vid. nota 5, página 12, párrafo 30.

<sup>12</sup> Vid nota 5, página 8, párrafo 2.

### 3. LOS PRIMEROS PAQUETES DE MEDIDAS ADOPTADAS POR LOS ESTADOS

Teniendo en cuenta los criterios contenidos en la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de octubre de 2008, los diferentes Estados europeos, y entre ellos España, sometieron a la Comisión sus planes nacionales de respaldo al sector financiero. En esos planes se incluían medidas alineadas con los Acuerdos alcanzados en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Área Euro de 12 de octubre de 2008.

No puede dejar de afirmarse, desde un primer momento, que, incluso las medidas aprobadas que se referían a mecanismos generales de compensación de la falta de liquidez o los fallos en los mercados financieros internacionales, aparentemente más inocuas que las medidas de recapitalización directa de entidades, provocaron diferencias en la posición competitiva de las entidades participantes en los mecanismos.

Así, y en la medida en que la garantía pública determina que las condiciones de la emisión se ajustan a las condiciones del garante (es decir, de los Estados europeos) y no sólo a la entidad emisora, se produce una alteración de la situación previa, resultante de una mera comparación entre entidades.

La paradoja que provocó esta situación fue que entidades solventes pasaron a obtener financiación en peores condiciones que entidades menos solventes que se beneficiaban del aval de un Estado con una buena calificación de las agencias de *rating*.

Y es que, por ejemplo, existen diferencias importantes entre la rentabilidad del bono alemán a diez años y su equivalente español (en los últimos meses, esa diferencia se ha situado, aproximadamente, entre 100 y 120 puntos básicos). Las diferencias son igualmente relevantes en el caso del bono francés o el italiano.

No obstante, estas medidas fueron adoptadas con un grado de transparencia aceptable, coherente con su carácter general, siendo conocidas, al menos en lo fundamental, las condiciones y limitaciones a que quedaba supeditada su utilización por parte de las entidades de crédito. Si añadimos a ello su naturaleza y efectos, podemos decir que, aunque este tipo de medidas podían introducir diferencias competitivas entre las entidades de crédito europeas, su impacto sobre las condiciones de competencia en el mercado bancario fue limitado.

La situación era completamente distinta, y mucho más grave, en lo relativo a las medidas de apoyo consistentes en la recapitalización de entidades.

Como hemos visto en el apartado anterior de este trabajo, al amparo de los criterios de su Comunicación de 13 de octubre de 2008 la Comisión Europea consideró compatible con los Tratados la recapitalización con fondos públicos de las entidades de crédito en tres casos:

El de entidades solventes, aunque adoptando planes de reestructuración de alcance limitado.

El de entidades financieras no solventes, o con problemas de solvencia, en el que debía adoptarse un plan de reestructuración de “gran envergadura”.

El de las entidades financieras en las que el plan de reestructuración no fuese viable o hubiera fracasado, en cuyo caso la recapitalización tendría por objeto permitir la liquidación ordenada de la entidad.

A ello se unían las limitaciones impuestas a las entidades beneficiarias de las ayudas, referidas tanto a la actividad comercial de las entidades como al plano corporativo (políticas de dividendo o retributivas).

Estas limitaciones tuvieron, sin embargo, un efecto reducido en el plano transfronterizo ya que las resoluciones de la Comisión Europea en que se contenían no se hicieron públicas en su integridad, para salvaguardar la información confidencial de las entidades, con lo que los supervisores y autoridades europeos distintos de aquéllos que habían establecido y conocido las ayudas y sus limitaciones, veían dificultada toda labor de control respecto del modo en que las ayudas eran utilizadas y, sobre todo, en cuanto a la actividad comercial de las entidades beneficiarias (campañas de publicidad, políticas agresivas de captación de activos o pasivos, lanzamiento de nuevos productos o líneas de negocio...).

#### 4. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 5 DE DICIEMBRE DE 2008

La reunión del Consejo ECOFIN celebrada el 2 de diciembre de 2008, abordó nuevamente el tema de las ayudas a entidades de crédito y, como recogió la Comunicación de la Comisión Europea a que se hará inmediata referencia, “reconoció la necesidad de orientaciones adicionales para las recapitalizaciones cautelares destinadas a sostener el crédito, e instó a su pronta aprobación por la Comisión”.

Se abría camino la idea de las “recapitalizaciones preventivas” de las entidades de crédito.

A fin de proporcionar guías anticipadas sobre su interpretación de las normas sobre ayudas de Estado a estos nuevos mecanismos de apoyo al sector financiero la Comisión Europea aprobó una nueva Comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre “La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia”<sup>13</sup>.

Los criterios establecidos por la Comisión Europea a través de esta Comunicación, fueron posteriormente confirmados por el Consejo Europeo<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> La versión en castellano de esta segunda Comunicación en la materia fue publicada por el Diario Oficial de la Unión Europea del 15 de enero de 2009 con la referencia C10/2 al 10.

<sup>14</sup> Las conclusiones de la Presidencia en relación con los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo en su reunión de 11 y 12 de diciembre de 2008 (Documento 17271/1/08 REV 1) respaldaron este cambio de orien-

La aprobación de estos nuevos criterios puede ser justificada desde dos ángulos distintos, aunque seguramente complementarios.

Por un lado, es indiscutible que la Comisión necesitaba concretar algunos de los criterios establecidos en su Comunicación de 13 de octubre de 2008 ya que éstos eran demasiado abstractos para cumplir con su propósito de anticipar criterios de interpretación de las reglas sobre ayudas de Estado en relación con los nuevos mecanismos de recapitalización propuestos por los Estados y anunciados en la mencionada reunión del ECOFIN. Una de las cuestiones a las que debía darse respuesta era a la necesidad de contar con criterios objetivos respecto de las condiciones financieras en que se establecieran las nuevas ayudas.

Por otro lado, podría también entenderse que, ante esos nuevos mecanismos, que implicaban cambios considerables respecto de los criterios contenidos en la Comunicación de 13 de octubre de 2008, se hizo necesario ampliar el enfoque de las medidas admisibles y su posible instrumentación.

Probablemente, ambas perspectivas tienen algo de cierto. En cualquier caso, nuestra interpretación es que la Comunicación, al margen de concretar los criterios aplicables a las medidas de recapitalización que se habían reflejado en la Comunicación previa de 13 de octubre de 2008, significó, en la práctica, un cambio en los criterios contenidos en aquélla, y, consecuentemente, facilitó la autorización de determinados mecanismos de ayuda que, en aplicación de los criterios hasta entonces vigentes, no habían sido autorizadas o pretendían someterse a condiciones que los Estados y entidades concernidos no consideraron aceptables.

Éste fue el caso, aparentemente, de los mecanismos de Francia o Austria y, respecto de entidades determinadas, Alemania<sup>15</sup>.

De hecho, el inciso final del último párrafo de la introducción de la Comunicación de referencia viene a reconocer este cambio cuando señala que “la presente Comunicación ofrece orientaciones para los nuevos regímenes de recapitalización y abre la posibilidad de adaptar los existentes”.

Por ello, la nueva Comunicación introdujo algunos conceptos novedosos en relación con la Comunicación previa de 13 de octubre de 2008.

Conviene recordar en este punto que la introducción de la Comunicación de 13 de octubre de 2008 hacía referencia a dos únicas situaciones: la de las enti-

.....  
tación. Textualmente, se afirmó, en parte repitiendo la declaración realizada en el Consejo anterior: “En las circunstancias actuales, la aplicación, por parte de la Comisión, de las normas de competencia debe responder también a la exigencia de una actuación rápida y flexible. En este contexto, el Consejo Europeo se congratula en particular de la adopción por la Comisión de nuevas directrices para las entidades financieras e insta a su rápida aplicación”.

<sup>15</sup> El 29 de noviembre de 2008 se publicó un artículo en el *Financial Times* en el que, bajo el expresivo título de “Brussels blocks French move to shore up capital for retail banks”, su corresponsal en París, Ben Hall, aludía a la existencia de conversaciones entre el Gobierno Francés y la Comisaría Europea de Competencia para conseguir levantar el veto que, de acuerdo con la información publicada, pretendía imponer la Comisión a la utilización de mecanismos de recapitalización de entidades de crédito con fondos públicos con el objetivo de incrementar el volumen de concesión de créditos.

dades financieras con problemas que eran resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se vieron expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros y respecto de las que, para que retornen a la viabilidad a largo plazo, sería necesaria una reestructuración “de gran envergadura” de sus operaciones, y la de las instituciones financieras sólidas cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidez y respecto de las que su viabilidad a largo plazo puede requerir una reestructuración menos importante.

Por su parte, la nueva Comunicación de 5 de diciembre de 2008 aumenta la tipología de los supuestos en que cabría una ayuda de Estado compatible con el Tratado, al incluir, en el primer párrafo del apartado dedicado a los “objetivos comunes: Restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y abordar el riesgo sistémico de posible insolvencia”, los siguientes objetivos posibles de la recapitalización de entidades de crédito:

- a) El restablecimiento de la estabilidad financiera y la confianza necesaria para la recuperación de los préstamos interbancarios, lo que puede exigir la inyección de capital en bancos esencialmente sólidos para permitir la absorción de pérdidas y limitar el riesgo de insolvencia de los bancos o, alternativamente, para dar respuesta a la percepción generalizada de que son necesarias ratios de capital más elevadas habida cuenta de la pasada infravaloración del riesgo y del mayor coste de la financiación.
- b) La garantía del mantenimiento del nivel de concesión de préstamos a la economía real, evitando así que los bancos esencialmente sólidos puedan preferir restringir sus préstamos para evitar el riesgo y mantener ratios de capital más elevadas.
- c) Dar respuesta adecuada a los problemas de insolvencia a que se enfrentan algunas instituciones financieras a raíz de su estrategia de inversión o modelo de negocio particular. Una inyección de capital de fuentes públicas que proporcione ayuda urgente a un banco concreto puede contribuir asimismo a evitar los efectos sistémicos a corto plazo de su posible insolvencia. Además, las inyecciones de capital público podrían apoyar los preparativos para la recuperación de la viabilidad duradera del banco interesado o para su liquidación ordenada.

Quedaban, de este modo, ampliados los objetivos a los que podría responder una operación o mecanismo de recapitalización de entidades de crédito. La nueva Comunicación admitía que los mecanismos de ayuda de los Estados europeos a entidades de crédito pudieran tener como objetivo restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y afrontar el riesgo de insolvencia.



Evidentemente, estas ayudas podían provocar distorsiones en la Competencia por lo que la Comunicación prestó especial atención a esta cuestión. A su juicio, estas distorsiones en la competencia podían producirse en tres niveles<sup>16</sup>:

1. Un nivel general, en el que la recapitalización de los bancos de un Estado miembro mediante fondos públicos pudiera darles una ventaja competitiva indebida frente a los bancos de otros Estados.
2. Un segundo nivel en el que los regímenes de recapitalización a los que pudieran acceder todos los bancos de un Estado miembro otorguen una ventaja competitiva a las entidades en dificultades o menos eficientes frente a los bancos que son esencialmente sólidos y más eficaces.
3. Un tercer nivel en el que la recapitalización pública y, en particular, sus condiciones de remuneración, situasen en una peor posición competitiva a las entidades de crédito que hubieran optado por buscar capital adicional en el mercado sin recurrir a los mecanismos de ayuda pública frente a las que sí hubieran utilizado estos instrumentos.

La Comunicación trata de minimizar estos efectos partiendo de una distinción entre “bancos esencialmente sólidos y eficaces” y “bancos en dificultades y menos eficaces”.

Aun admitiendo que ambos tipos de instituciones pudieran ser recapitalizados con fondos públicos, la Comisión Europea entendió que habían de establecerse reglas distintas para unos y otros casos.

Así, y partiendo de las Recomendaciones del Banco Central Europeo, adoptadas por su Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008<sup>17</sup>, la Comisión trató de establecer los principios que habrán de regir la determinación del coste de las ayudas de recapitalización en el caso de las entidades esencialmente solventes y aquéllas en que no concurre esta cualidad. El principio será el de que las primeras entidades podrán beneficiarse de condiciones menos severas que las segundas.

Puesto que la distinción entre unas y otras entidades no era una cuestión fácil, la Comisión trató de establecer algunos criterios objetivos sobre los que fundamentarla como eran el cumplimiento de los requerimientos reglamentarios de solvencia, las perspectivas de adecuación de capital certificadas por las autoridades nacionales de supervisión, las calificaciones de solvencia financiera y los diferenciales de permutas financieras por impago crediticio (CDS spreads) anteriores a la crisis. En todo caso, se trata de una distinción ya presente en las Recomendaciones previamente adoptadas por el Banco Central Europeo.

<sup>16</sup> Vid. nota 13, página 9, párrafos 7-11.

<sup>17</sup> Recomendaciones del Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008 relativas a una metodología para la evaluación comparativa de la fijación de precios de las medidas públicas de recapitalización destinadas a instituciones esencialmente sólidas en la zona del euro.

Sin embargo, quedaba nuevamente por determinar una cuestión crucial: qué autoridad asumiría la competencia para certificar que una entidad concreta tendría o no, en aplicación de esos u otros criterios, la condición de “banco esencialmente solvente”. La Comunicación no introducía ninguna precisión en este punto.

Respecto de los criterios fijados en la Comunicación para la recapitalización de las entidades de crédito, y partiendo de la distinción entre “bancos esencialmente sólidos” y otras entidades, la Comisión Europea, más que fijar remuneraciones concretas, trató de fijar unos criterios generales que, en esencia, fueron los siguientes:

- Cuando las condiciones de remuneración por las ayudas públicas fueran próximas al mercado, la Comisión aceptaría las condiciones fijadas por las partes entendiendo que los efectos de la recapitalización en términos competitivos serían reducidos.
- Cuando las medidas de recapitalización se alejasen de las condiciones de mercado, y aún entendiendo que las mismas se encontraban distorsionadas por los graves problemas que afectaban a los mercados financieros, no podrían implicar una vuelta a las condiciones anteriores a la crisis. A fin de objetivar la decisión, se adoptaba como propio la horquilla de precios previamente recomendada por el Banco Central Europeo para determinados instrumentos financieros.
- Debían establecerse incentivos adecuados para el reembolso del capital público cuando las condiciones de mercado lo hicieran posible.
- Las condiciones de la recapitalización de bancos que no fueran esencialmente sólidos debían estar sujetas a requisitos más estrictos que los de los bancos sólidos, lo que se reflejaba en la exigencia de que la remuneración establecida fuera más alta en el caso de aquéllos.

Al margen de fijar estos principios, la Comisión trató de minimizar los efectos de la recapitalización sobre la competencia al establecer una serie de reglas que, en síntesis, implicaban la prohibición de que las ayudas fueran utilizadas como instrumento para competir en el mercado en una posición ventajosa, bien por la utilización publicitaria de las ayudas recibidas o bien por financiar una expansión comercial agresiva.

Por último, y respecto de las llamadas “recapitalizaciones de rescate de otros bancos”, es decir, de las recapitalizaciones de los bancos “no esencialmente sólidos”, la Comunicación finalizaba con la exigencia de que, en el plazo de seis meses desde la recapitalización, se presentase un plan de reestructuración global o un plan de liquidación para estos bancos.

La importancia de la diferenciación entre los bancos “esencialmente sólidos” y los “otros bancos” no podía ser, pues, mayor, con lo que tenía una mayor relevancia la ausencia de criterios seguros para efectuar la distinción.

## 5. EL SEGUNDO PAQUETE DE MEDIDAS DE LOS ESTADOS. LA SITUACIÓN RESULTANTE

Poco después de la publicación de la segunda Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008, se produjo la aprobación de los mecanismos de ayuda mediante refinanciación de entidades de crédito concretas mediante fondos públicos en Francia y Austria<sup>18</sup>. También se produjo la autorización de alguna medida de recapitalización referida a una entidad concreta establecida por el Gobierno alemán<sup>19</sup>.

En los meses siguientes, se sometieron a la Comisión otros esquemas y medidas individuales.

De acuerdo con los datos de la propia Comisión Europea<sup>20</sup>, desde que la Comisión aprobó sus dos primeras Comunicaciones, se sometieron a su autorización 23 mecanismos de ayuda pública. De ellos, 12 eran mecanismos de garantía, 5 mecanismos de recapitalización y 5 mecanismos que combinaban distintas medidas.

Además, se sometió a autorización la creación de un fondo para la adquisición de fondos financieros, mención ésta referida al Fondo Español de Adquisición de Activos Financieros.

Con arreglo a los mismos datos, Francia, Dinamarca, Italia, Eslovenia y Suecia notificaron a la Comisión mecanismos “puros” de recapitalización, mientras que Austria, Alemania, Hungría, Grecia y el Reino Unido sometieron a la autorización de la Comisión mecanismos de ayuda de contenido complejo y en los que se contenían medidas de recapitalización de todas o varias de las entidades de sus sistemas bancarios.

Todo ello al margen de las notificaciones referidas a entidades individuales (Dexia, Fortis, KBC, Ethias Group, Bayern LB, Nord/LB, IKB, Sicherungseinrichtungsgesellschaft deutscher Banken, Anglo Irish Bank, Bank of Ireland, Parex Banka Latvia, ING, Aegon, SNS Reaal/New, Banco Privado Portugués S.A., Kaupthing Bank y Carnegie Investment Bank)<sup>21</sup>.

En definitiva, en aplicación de los criterios aprobados por la Comisión a través de sus dos primeras Comunicaciones de 2008, un número relevante de Estados europeos estableció mecanismos de recapitalización de todas, varias o alguna de sus entidades de crédito. Se trató de mecanismos heterogéneos con lo que sus efectos negativos sobre la competencia eran seguramente inevitables.

Para no realizar una valoración puramente personal sobre los efectos de estos

<sup>18</sup> La autorización de las medidas de recapitalización de las entidades de crédito en Francia por parte de la Comisión Europea se produjo el 8 de diciembre de 2008. La autorización, en el caso austriaco, se produjo al día siguiente, el 9 de diciembre de 2008.

<sup>19</sup> Concretamente, el 18 de diciembre de 2008 se autorizó la recapitalización de la entidad Bayern LB.

<sup>20</sup> Report from the Commission on State Aid Scoreboard. Spring 2009 update. Vid. nota 2, página 14.

<sup>21</sup> Vid. nota 2, página 21.

mecanismos de recapitalización con fondos públicos de grandes instituciones de crédito europeo, creo preferible remitirme a las conclusiones alcanzadas por el Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS) en su “Análisis de los planes nacionales para la estabilización de los mercados” de fecha 5 de febrero de 2009<sup>22</sup>. En ellas, el CEBS reconoció expresamente que “existen ventajas competitivas potenciales para los bancos que se han beneficiado de inyecciones de capital por parte de sus autoridades nacionales”<sup>23</sup>. Concretamente, el informe señaló que “los bancos que han recibido estas inyecciones pueden encontrarse en mejor posición para obtener financiación en el mercado (market funding), garantizar préstamos (grant loans) o desarrollar planes futuros, incluso una vez que la situación de crisis general se haya resuelto”.

A juicio del CEBS, los mecanismos de recapitalización con fondos públicos desarrollados por los Estados miembros pueden disparar una competición para captar capital al más alto nivel, al calar entre las agencias de *rating* y los analistas la idea de que el nivel de capital necesario ha subido, situando a las entidades que no pueden captar financiación en el mercado ante la alternativa de aceptar la recapitalización con fondos públicos o la restricción del crédito con su correlativo efecto sobre los resultados de las entidades (no siendo esto cierto en realidad ya que la regulación en la materia no ha sido modificada).

El informe de CEBS avala la existencia de una situación de asimetría en relación con los objetivos perseguidos y los requisitos establecidos para beneficiarse de las medidas de refinanciación con fondos públicos, diferenciándose los siguientes casos:

- a) Ayudas condicionadas al mantenimiento del crédito a la economía y en particular a las PYMES y los consumidores en el caso de Austria, Alemania, Francia, Italia, Portugal y Reino Unido.
- b) Ayudas condicionadas al mantenimiento del nivel de empleo en las entidades de crédito beneficiarias en el caso de Austria.
- c) Ayudas condicionadas a la introducción de cambios en los órganos de gobierno de las entidades incluyendo participación o influencia pública en las decisiones del Consejo de Administración (Bélgica, Holanda y Reino Unido).
- d) Ayudas que requieren cambios en la política retributiva de las entidades (Austria, Bélgica, Francia, Italia, Holanda, Portugal y Reino Unido).
- e) Ayudas condicionadas a la introducción de cambios en la política de dividendo de las entidades beneficiarias (Austria, Italia, Portugal y Reino Unido).

<sup>22</sup> “Analysis of the supervisory implications of the national plans for the stabilization of markets”. Puede localizarse en la página web del propio Comité Europeo de Supervisores Bancarios: [www.ceb-s.org](http://www.ceb-s.org)

<sup>23</sup> Vid. nota anterior, página 12.

- f) Ayudas en las que se exige contar con un determinado nivel de recursos propios antes de formular la solicitud (Austria, Bélgica, Luxemburgo y Holanda).
- g) Ayudas establecidas para alcanzar un determinado nivel de capital o cambiar la estructura del mismo (Finlandia, Francia, Alemania, Reino Unido, Bélgica y Luxemburgo).

En cuanto a los aspectos en que se observan diferencias relevantes entre los mecanismos de ayuda mediante recapitalización establecidos por los Estados, CEBS destaca los siguientes: instrumentos elegidos, las condiciones de precio, la atribución de una calificación determinada como instrumento de capital (tier 1), las cantidades proporcionadas o los criterios de selección de los bancos destinatarios de las ayudas<sup>24</sup>.

La situación resultante de todo ello (sumados los efectos de todas las medidas adoptadas por los Estados europeos desde septiembre de 2007) es que los mecanismos de recapitalización aprobados por los Estados y autorizados por la Comisión han generado una profunda asimetría en las condiciones competitivas a que se enfrentan las entidades de crédito europeas que se evidencia, entre otros, en los siguientes aspectos:

1. Las recapitalizaciones aprobadas se han producido a través de la compra de acciones ordinarias, preferentes, o subordinadas, lo que determina efectos distintos sobre los accionistas de las entidades y, por extensión, sobre su capacidad de obtener financiación por otras vías. La dilución en los derechos de los accionistas que se produce en cada uno de estos casos es muy distinta.
2. Además, los instrumentos utilizados para la recapitalización han visto, en algunos casos, artificialmente incrementada su eficacia al calificarse unilateralmente por la normativa interna de un Estado como “core capital” o “Tier 1”.
3. La combinación de las medidas anteriores ha permitido, en el caso de determinados Estados, la exigencia de un mayor nivel de capital o de recursos propios, no exigido por la Directiva sobre Requerimientos de Capital, lo que ha tenido efectos sobre otras entidades no receptoras de ayudas públicas que han debido reforzar su capital acudiendo al mercado.
4. Las condiciones de precio que se han fijado para la recapitalización difieren notablemente entre sí y, en determinados casos, se sitúan en un coste notablemente inferior al del mercado, lo que de nuevo penaliza a las entidades no beneficiarias de las ayudas de recapitalización con fondos públicos.

<sup>24</sup> Vid. notas anteriores, pp. 10 y 11.

Además del problema de la falta de homogeneidad, debe hacerse además referencia a los problemas de transparencia que han provocado estas ayudas. Esos problemas de transparencia se refieren, en primer lugar, a las propias ayudas, ya que las condiciones financieras en que han sido concedidas no siempre son fáciles de conocer.

Por otro lado, también ha existido falta de transparencia real en cuanto a las limitaciones y condiciones de toda índole al que se subordinó la autorización de las ayudas públicas por parte de la Comisión Europea, puesto que, en este último caso, las resoluciones de la Comisión en las que se establecen no han sido publicadas íntegramente por motivos de confidencialidad.

Insistimos nuevamente en la idea de que esta falta de transparencia ha dificultado en la práctica que los competidores de las entidades receptoras de las ayudas e, incluso, los supervisores bancarios y las autoridades distintas de aquéllas que, por haber establecido las ayudas, fueron parte en el procedimiento seguido por la Comisión, puedan conocer el detalle de las ayudas y las limitaciones de comportamiento comercial que llevaban aparejado.

Por ello, fuera del ámbito estrictamente nacional, estas limitaciones y condiciones son un instrumento escasamente útil a la hora de compensar los efectos derivados de las medidas de recapitalización con fondos públicos sobre la competencia entre las entidades de crédito.

## 6. UN PASO MÁS: LOS ACUERDOS ALCANZADOS EN LA REUNIÓN DEL CONSEJO ECOFIN DE 10 DE FEBRERO DE 2009. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 25 DE FEBRERO DE 2009

Puesto que, aparentemente, las medidas de recapitalización con fondos públicos de entidades en dificultades no consiguieron ni resolver los graves problemas de algunas entidades ni contener el rápido efecto contractivo del crédito que amenazaba con empeorar la recesión en la “economía real”, los Estados se vieron obligados a adoptar medidas complementarias.

Así, en la reunión del Consejo ECOFIN celebrada el 10 de febrero de 2009, se alcanzaron algunos Acuerdos que abrieron la puerta a la adopción de nuevas medidas de apoyo a entidades de crédito en dificultades por parte de las Autoridades nacionales.

Concretamente, se habilitó a los Estados para que pudieran proceder a la creación de instituciones o vehículos (conocidos coloquialmente como “bad Banks”) que pudieran proceder a la adquisición de activos tóxicos que se encontraban en el balance de las entidades de crédito.

Al igual que en casos anteriores, la Comisión dio pronta respuesta a esta nueva tipología de ayudas de Estado, publicando una nueva Comunicación, la tercera,

“sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario”.<sup>25</sup>

La introducción de la Comunicación explica su fundamentación última al afirmar que, tras la adopción de medidas de recapitalización a los bancos, “varios Estados miembros han anunciado su propósito de complementar las medidas de apoyo ya en vigor adoptando un plan de rescate de los activos bancarios cuyo valor ha sufrido un deterioro (activos deteriorados). Estas declaraciones han impulsado, en paralelo a una iniciativa similar de los Estados Unidos, un debate de mayor alcance en la Comunidad sobre la idoneidad del rescate de activos como medida de ayuda pública a favor de los bancos... La presente Comunicación se centra en las cuestiones que deben abordar los Estados miembros a la hora de concebir, elaborar y aplicar medidas de rescate de activos”.

A pesar de que, como ya hemos visto, los Supervisores Bancarios coincidían en su evaluación crítica de los efectos de las medidas anteriormente adoptadas, el nuevo mecanismo de ayuda pública respondía a líneas semejantes a los instrumentos de recapitalización con fondos públicos.

En primer término se apostaba, una vez más, por la adopción de medidas nacionales, lo que resultaba difícilmente conciliable con un mercado interior de servicios financieros y no tendería, dada la heterogeneidad de las medidas adoptadas, a minimizar los impactos competitivos derivados de este tipo de ayudas públicas.

En segundo término, y puesto que las medidas estarían dirigidas, fundamentalmente, a la adquisición de activos “cuyo valor había sufrido un deterioro”, afectarían asimétricamente a las entidades puesto que unas dispondrían de esos activos y otras no, provocándose también asimetrías derivadas del distinto volumen de activos dañados de que pudieran disponer unas y otras entidades.

En tercer lugar, y a pesar de que, como veremos, la Comunicación de 25 de febrero de 2009 realizó un relevante esfuerzo para reducir la heterogeneidad de los instrumentos a establecer por los Estados, no fue capaz de introducir criterios realmente homogéneos ni para valorar los activos ni, tan siquiera, para la definición de los activos elegibles, lo que permitía a cada Estado adoptar decisiones propias en aspectos tan relevantes como la política de precios a aplicar (efectuar las operaciones a precio de mercado, que podía minimizar los problemas políticos, amenazaba con restringir la eficacia de las ayudas, o fijar precios más altos), o los activos elegibles, todo lo cual tiene importantes repercusiones en términos competitivos.

De este modo, la tercera Comunicación de la Comisión venía a prolongar la situación anteriormente existente, aunque ahora ampliada a la nueva tipología de las ayudas: los Estados podían adoptar medidas heterogéneas con lo que sus efectos afectarían inevitablemente a la capacidad competitiva de las entidades bancarias europeas.

<sup>25</sup> La Comunicación fue publicada, en su versión en castellano, en el Diario Oficial de la Unión Europea de 26 de marzo de 2009, con el número C 72.

No quiere decirse con ello que la Comunicación de la Comisión no contuviera elementos positivos que evidenciaran un intento de evitar los efectos de distorsión competitiva inevitablemente asociados a la heterogeneidad de las medidas que podían adoptar los Estados. Todo lo contrario, la Comunicación parte del reconocimiento de que las nuevas medidas conllevaban el riesgo de falseamientos graves de la competencia entre bancos, lo que exigía el establecimiento de medidas tendentes a evitarlo.

A tal fin, la Comunicación contiene unas “orientaciones sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales a las medidas de rescate de activos” a través de las cuales la Comisión persigue minimizar, *ex ante*, los efectos distorsionadores de la competencia potencialmente derivados de las ayudas.

Lo más importante era determinar con precisión cuándo existe una ayuda pública asociada a la compra de activos de una entidad de crédito. La Comunicación de la Comisión lo aclara cuando dice que “se considera que una garantía constituye ayuda estatal cuando el banco beneficiario no puede encontrar en el mercado ningún operador privado independiente dispuesto a ofrecerle una garantía similar. El importe de la ayuda estatal corresponde a la obligación neta máxima que el Estado se compromete a asumir”.<sup>26</sup>

Partiendo de esta definición, la Comisión reitera la vigencia de los principios generales ya conocidos: necesidad, proporcionalidad y minimización de los falseamientos de la competencia ya se produzcan entre entidades de crédito beneficiarias y no beneficiarias de las ayudas y, entre aquéllas, entre las que reciben ayudas menores o mayores o en unas condiciones más o menos beneficiosas.

Aunque una exposición detallada de los contenidos de la Comunicación excedería de los límites de este trabajo, sí debe indicar que la Comunicación, y, sobre todo, sus anexos, realizan un claro esfuerzo por reducir –aunque no eliminar– la heterogeneidad en las condiciones de acceso al mecanismo de la adquisición de activos deteriorados. Los elementos que, a nuestro juicio, resultan más importantes son los siguientes:

- Las medidas de rescate de activos deben basarse en una identificación precisa de los problemas relacionados con los activos del banco, lo que exige la realización de algunas tareas de análisis previas al establecimiento de los instrumentos de adquisición de activos. El objetivo de estas tareas sería el de garantizar que estas ayudas se dirigen a entidades viables (estudio de viabilidad).
- Los bancos deberían soportar las pérdidas asociadas a los activos deteriorados en la mayor medida posible.
- Los mecanismos de adquisición de activos deben tener una duración limitada en el tiempo que la Comunicación fija en seis meses.

<sup>26</sup> Vid. nota 25, página 4, nota a pie de página nº 2.



- Se establece un criterio relativamente amplio respecto de la elegibilidad de los activos ya que se admiten tanto activos “tóxicos”, como otros que no lo son. De hecho, y en una mención que puede ser interesante en el caso español, se dice que debería permitirse a los Estados miembros cuyo sector bancario se vea afectado por otros factores de magnitud tal que amenacen la estabilidad financiera, como el estallido de una burbuja en su mercado inmobiliario, extender la elegibilidad a categorías de activos bien definidas correspondientes a esa amenaza sistémica, con la debida justificación y sin restricciones cuantitativas.

Pero, sin duda, el elemento de determinación más compleja y al que mayor atención presta la Comunicación es el relativo a la valoración de los activos elegibles para las medidas de rescate y los criterios para la determinación de los precios de adquisición. Siendo consciente de que en este punto pueden producirse los mayores problemas de falseamiento de la competencia, la Comisión trató de fijar reglas objetivas para la valoración de los activos.

Así, se estableció la regla general de que, siempre que fuera posible, los activos deberían valorarse según su valor actual de mercado.

Sin embargo, la propia Comunicación dejaba abierta la posibilidad de establecer una valoración más alta “para lograr el efecto de rescate”. Además, se hacía referencia a otros instrumentos alternativos como la creación de un banco sano con el que el Estado compraría los activos sanos y otros instrumentos a través de los cuales los bancos pasarían a ser propiedad pública.

En definitiva, a pesar del esfuerzo realizado, lo cierto es que los Estados conservaban una amplia capacidad de decisión para el establecimiento de sus medidas de adquisición de activos lo que, una vez más, conduciría a la heterogeneidad de las medidas adoptadas y sus efectos potencialmente distorsionadores de la competencia.

Quedaba, no obstante, una pieza que, al igual que en las Comunicaciones anteriores, podía tener una gran influencia sobre los efectos de los mecanismos establecidos: la exigencia de adopción de medidas de reestructuración y recuperación de la viabilidad por parte de las entidades beneficiarias de las ayudas.

Como en las Comunicaciones precedentes, la Comunicación de 25 de febrero de 2009, incluía un apartado referido a las medidas de seguimiento, con mención específica a la reestructuración y recuperación de la viabilidad.

Si bien ese apartado contenía algunos elementos relevantes, como la declaración de que se presumiría la necesidad de proceder a una reestructuración profunda cuando de una valoración apropiada de los activos deteriorados se desprendiera una situación de insolvencia técnica o neto patrimonial negativo en ausencia de intervención pública o cuando la entidad hubiera recibido cualquier tipo de ayuda estatal que, bien contribuyera a la cobertura o evitación de pérdidas o bien en conjunto supere el 2% del total de los activos del banco

ponderados en función del riesgo, lo cierto es que la determinación del alcance de la reestructuración y la definición de los casos en que procedía quedaba todavía pendiente. De ahí la necesidad de una nueva Comunicación de la Comisión Europea.

## 7. LA COMUNICACIÓN DE 23 DE JULIO DE 2009 SOBRE EL RETORNO A LA VIABILIDAD Y LA ASISTENCIA A LAS MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO EN EL CONTEXTO DE LA PRESENTE CRISIS BAJO LAS REGLAS DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Aunque la idea de la reestructuración aparece presente, como hemos visto, en las tres Comunicaciones anteriores, es lo cierto que la Comisión Europea no había terminado de definir ni los supuestos en que procedía ni, sobre todo, su alcance, tratándose de una cuestión de la mayor importancia a la hora de realizar la evaluación de los seis primeros meses de vigencia de las primeras ayudas.

Sin embargo, a pesar de la importancia de la materia, y del hecho de que los primeros vencimientos de ese plazo de revisión de las ayudas de seis meses se produjeron ya en abril de 2009, la Comunicación de la Comisión Europea no fue aprobada hasta el pasado 22 de julio, haciéndose pública al día siguiente.<sup>27</sup>

Se trataba, como se ha dicho, de un documento imprescindible, cuya aprobación y publicación hubiera debido producirse antes de que concluyera el plazo de seis meses que había establecido la Comisión para la realización de una primera evaluación de los mecanismos de ayuda establecidos por los Estados. El retraso producido evidencia las dificultades políticas y el debate técnico que hubo de afrontar esta relevante Comunicación, sobre la que llegó, incluso, a dudarse sobre si podría ser aprobada antes de que se produjera el relevo de la Comisión actual.

Lo cierto es que, a pesar de todos los rumores que circularon durante semanas sobre un aplazamiento en la aprobación de la nueva Comunicación, ésta fue finalmente aprobada en la reunión del Colegio de Comisarios de 22 de julio de 2009. Lo contrario hubiera sido difícilmente explicable puesto que esta Comunicación constituía un instrumento jurídico necesario para dar credibilidad a la acción de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado.

Y es que, en la medida en que la autorización concedida por la Comisión se había condicionado, en algunos casos, a la presentación de un plan de reestructuración, la Comisión debía proporcionar a los Estados algunas orientaciones al respecto.

27

Al tiempo de escribir este trabajo la Comunicación no ha sido publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea. No obstante, su texto se hizo público el 23 de julio de 2009 en la página web de la Comisión Europea.

La Comunicación parte de la distinción, ya conocida, respecto de las entidades esencialmente solventes y las que no cumplen este requisito. La reestructuración de gran envergadura a que se refiere la Comunicación está limitada a estas últimas.

El objetivo de los planes de reestructuración es el de restaurar la viabilidad de la entidad en dificultades de modo que, a largo plazo, deje de necesitar ayudas públicas.

De forma complementaria, la Comunicación trata de establecer los mecanismos necesarios para evitar los efectos de distorsión competitiva que, como hemos visto reiteradamente, van asociados a los mecanismos de ayuda pública, incluso en el caso de que se produzcan en el contexto de un plan de reestructuración.

La Comunicación explica los criterios que la Comisión piensa utilizar para analizar la compatibilidad con el Tratado de las ayudas públicas para la reestructuración de los bancos en la presente crisis. Una vez más, aparece la idea de la flexibilidad por cuanto se anuncia que dicho análisis “modulará” prácticas anteriores de la normativa sobre ayudas de Estado a la vista de la naturaleza y carácter global de la presente crisis financiera, el rol sistémico del sector bancario para toda la economía y los posibles efectos sistémicos derivados de la necesidad de que varios bancos deban afrontar procesos de reestructuración al mismo tiempo.

Ante todo, y como resultado de la aplicación de los criterios contenidos en las Comunicaciones anteriores, es preciso señalar que la nueva Comunicación no se aplicará a todas las entidades beneficiarias de ayudas públicas sino sólo a aquellas que estén obligadas a someter a la autorización de la Comisión un plan de reestructuración. Una vez más podemos ver cómo la determinación de si una entidad tiene o no el carácter de “esencialmente solvente” constituye una cuestión crucial para la aplicación de esta nueva normativa europea sobre ayudas de Estado.

Incluso en el caso de que se trate de una entidad obligada jurídicamente a la presentación de un plan de reestructuración, éste debe acreditar la futura viabilidad de la entidad en un futuro sin ayudas de Estado. Ello implica una relevante tarea de análisis sobre las circunstancias que han provocado la crisis de la entidad, su modelo de negocio y sus posibilidades de futuro, todo lo cual formará parte del plan de reestructuración.

Como herramienta al servicio del análisis de la situación de las entidades de crédito, la Comunicación de la Comisión contiene una referencia a los “stress-tests”, que ya se han utilizado ampliamente en Estados Unidos.

Otro indicio de la “flexibilidad” con la que la Comisión contempla estos planes de reestructuración deriva del reconocimiento de que el periodo de “reestructuración” puede ser de cinco años

La reestructuración de la entidad en dificultades puede pasar, de acuerdo con la Comunicación, por la venta a otra entidad sana, en cuyo caso se recomienda un proceso de compra abierto, transparente y público, lo que permitiría evitar las distorsiones competitivas derivadas de las ayudas eventualmente establecidas o, alternativamente, la reestructuración puede acometerse por la propia entidad

en cuyo caso la cuestión relativa a la remuneración de las ayudas pasa a tener la mayor importancia.

La Comunicación de la Comisión se refiere a este último caso exigiendo la participación de la propia entidad y de sus propietarios en los costes asociados a los mecanismos de ayuda, tanto para evitar el riesgo moral inherente como para reducir el riesgo de distorsión competitiva. A ello contribuirá, igualmente, que las ayudas se reduzcan al mínimo imprescindible para lograr los objetivos perseguidos. Serán, en todo caso, los propios recursos de la entidad y sus propietarios los que habrán de financiar el plan de reestructuración.

Los mecanismos a través de los cuales tratan de minimizarse el riesgo moral y el impacto sobre la competencia entre entidades de crédito son, además de los ya mencionados, la mención (no muy expresiva) sobre las limitaciones en las políticas de remuneración del capital (que no se prohíben durante el periodo de reestructuración) y las limitaciones en el comportamiento comercial de la entidad beneficiaria de las ayudas, que, por ejemplo, no debe ofrecer productos o servicios en condiciones alejadas de las normales en el mercado (utilizando así de forma indebida las ayudas públicas recibidas).

Sin embargo, la Comunicación no resuelve uno de los problemas más delicados que se derivan de los planes de reestructuración y las ayudas públicas concedidas en atención a los mismos: el de sus efectos sobre la competencia más allá de las fronteras del Estado que concede las ayudas.

La Comisión presta gran atención a un tema conexo, cual es la prohibición de que las ayudas se condicionen a que la actividad de la entidad beneficiaria se reduzca o desaparezca en el territorio de otro Estado. Se trata de evitar el serio riesgo de fragmentación del mercado bancario europeo.

Por el contrario, nada se dice, o muy poco, sobre los mecanismos que habrán de impedir que, con el apoyo que suponen las ayudas, una entidad en reestructuración pueda adoptar una estrategia comercial agresiva en el territorio de otro Estado, ofreciendo productos o servicios en mejores condiciones que las que existan en ese mercado.

Puesto que la competencia para vigilar estas conductas no corresponderá ya a las autoridades del Estado que hubiera concedido las ayudas, la efectividad de las limitaciones tendentes a la protección de la competencia en el mercado bancario dependerá del nivel de información y el respaldo de la Comisión Europea de que puedan disponer las autoridades locales. En este sentido, la falta de atención de la Comunicación hacia esta problemática resulta, de antemano, preocupante.

No se trata de establecer reglas o limitaciones adicionales a las que ya existieran a nivel nacional, sino de garantizar la aplicación efectiva de esas limitaciones en otros territorios.

## 8. CONCLUSIÓN

El inicio de la crisis financiera internacional en el verano del año 2007 no provocó ninguna modificación en las pautas de interpretación y aplicación de las normas europeas en materia de ayudas de Estado.

Hasta octubre de 2008, las autorizaciones de ayudas dirigidas a entidades de crédito europeas fueron analizadas por la Comisión Europea a la luz de las normas anteriormente vigentes, es decir, los artículos relevantes del Tratado (especialmente su artículo 87), las normas procedimentales y los criterios de interpretación y aplicación de las mismas, con especial referencia a las Directrices sobre Sanearamiento y Reestructuración.

Sin embargo, el agravamiento de la crisis financiera internacional a partir de octubre de 2008, coincidente con la crisis de Lehman Brothers, obligó a los Estados miembros a adoptar importantes medidas de respaldo a sus sistemas bancarios y entidades de crédito individuales.

La Comisión Europea aceptó, ya desde su primera Comunicación en la materia, de 13 de octubre de 2008, que dichas ayudas podrían considerarse en el ámbito de lo dispuesto en el artículo 87.3.b) del Tratado y no, como se había hecho hasta el momento, en el marco del artículo 87.3.c).

Esta decisión inicial tuvo relevantes consecuencias prácticas ya que, en lugar, de aplicar los criterios de interpretación y aplicación que en años anteriores se habían establecido a propósito del último precepto mencionado, hubieron de establecerse criterios interpretativos nuevos, coherentes con un precepto de aplicación excepcional y que, hasta ese momento, únicamente había sido utilizado en la práctica para autorizar las ayudas adoptadas por Grecia frente a su grave crisis económica de los años ochenta.

El artículo 87.3.b) hubiera permitido, sin duda, la adopción de medidas globales de respuesta frente a la crisis económica en los países afectados. Sin embargo, en la interpretación de la Comisión, pudo servir como fundamento jurídico y justificación de medidas exclusivamente dirigidas a respaldar a sistemas bancarios nacionales y entidades de crédito individuales.

A lo largo de sus cuatro Comunicaciones en la materia (tras la Comunicación de 13 de octubre de 2008 se aprobaron tres Comunicaciones adicionales dedicadas, respectivamente, a los mecanismos de recapitalización con fondos públicos, la adquisición de activos cuyo valor se hubiera deteriorado y las medidas de reestructuración), la Comisión ha ido estableciendo los criterios de interpretación y aplicación de las normas europeas sobre ayudas de Estado, anticipando sus decisiones individuales a propósito de la autorización de las medidas propuestas por los Estados.

El esfuerzo de la Comisión por dotar de previsibilidad a sus actuaciones, así como su rapidez a la hora de dar respuesta a una nueva situación económica, debe ser reconocido, como también debe serlo su constante esfuerzo por lograr que las

medidas autorizadas, necesarias para evitar el colapso total del sistema bancario, tuvieran los menores efectos negativos desde el punto de vista de la competencia en el sistema bancario europeo.

Sin embargo, la necesidad de actuar con criterios flexibles frente a una situación de extraordinaria gravedad, hizo que el delicado equilibrio entre la adopción de las medidas que pudieran dar respuesta a la recesión de forma eficaz y la pretensión de evitar una distorsión relevante de la competencia bancaria, quedase a mi juicio alterado a favor del primer objetivo.

Ello era la consecuencia probablemente inevitable del hecho de que la respuesta a la crisis financiera europea recayese, fundamentalmente, sobre las arcas públicas nacionales, asumiendo los Estados la responsabilidad de adoptar las medidas que, en cada caso, se entendieron necesarias.

Esta respuesta nacional, y no europea, al no encontrarse sujeta, a priori, a normas suficientemente detalladas que limitasen su heterogeneidad, provocó que las condiciones en que las ayudas fueron otorgadas en cada Estado fueran distintas, lo que se superpuso a una situación de fondo en que unas entidades de crédito recibieron ayudas y otras no, por considerar que su situación era mejor.

La última de las Comunicaciones de la Comisión cierra, por el momento, este ciclo "normativo". Se encuentran ya publicados los criterios de interpretación y aplicación de las normas sobre ayudas de Estado y, a partir de ahora, la Comisión deberá ejercer sus competencias para salvaguardar las reglas del Tratado en esa materia, evitando un daño mayor a la competencia entre entidades de crédito europeo.

En esta materia, es previsible que, con ocasión de las sucesivas revisiones de las ayudas adoptadas, que se irán produciendo cada seis meses de acuerdo con el calendario en cada caso establecido, la Comisión Europea vaya endureciendo las condiciones de la autorización, hasta llegar a un momento, coincidente, como máximo, con el 31 de diciembre de 2010, en el que las nuevas ayudas se analizarán en un marco normativo distinto, el derivado del artículo 87.3.c) lo que significará, en términos jurídicos, el final del "estado de excepción" en materia de ayudas de Estado. Ello, por supuesto, si la crisis económica internacional no tiene continuidad a partir de esa fecha y se hace necesario una eventual prolongación del periodo de vigencia de los nuevos criterios.

El 31 de diciembre de 2010 no marcará, sin embargo, el final de la aplicación de estos criterios excepcionales a las ayudas ya autorizadas. Como anuncia la última Comunicación publicada, de 22 de julio de 2009, las medidas de reestructuración adoptadas con arreglo a los criterios en ella contenidos podrán tener continuidad durante un periodo máximo de cinco años con lo que la vigencia efectiva de estas nuevas normas sobre ayudas de Estado tendrá una considerable duración en el tiempo.

En cualquier caso, la tarea de la Comisión Europea, que habrá de propiciar el retorno a la situación de normalidad en los mercados bancarios europeos, y el

final de este periodo de excepción en las normas sobre defensa de la competencia, tendrá en el futuro la mayor relevancia.

La importancia de la tarea de las autoridades europeas de competencia, incluyendo las nacionales, en la recuperación de una situación de competencia “normalizada” entre las entidades de crédito europeas no pasa sólo por los procedimientos de autorización y revisión de las ayudas de Estado sino también, y ello, cada vez, será más importante, respecto del control de concentraciones.

En efecto, en la medida en que buena parte de las situaciones de crisis de sistemas bancarios y entidades de crédito en dificultades habrán de resolverse a través de operaciones sujetas a los procedimientos de control de concentraciones, es de esperar que las autoridades europeas y nacionales utilicen los instrumentos de que disponen para impedir que operaciones de concentración “nacional”, “regional” o “local” puedan provocar un daño irreparable en la competencia en el mercado interior europeo de servicios financieros.

En última instancia, como dice el artículo 2.2 del Reglamento europeo sobre concentraciones, deben considerarse incompatibles con el mercado común las operaciones de concentración que creen o refuercen una posición dominante a resultas de la cual se obstaculice de forma significativa la competencia en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Las autoridades europeas habrán de afrontar, en este ámbito, una tarea tan compleja como la que se ha producido en la evaluación de las ayudas de Estado. Se trata de alcanzar un equilibrio aceptable entre la necesaria concentración de las entidades de crédito europeas para dar lugar a operadores capaces de competir internacionalmente y la defensa de la competencia en el sistema bancario europeo.

“Pero esa es otra historia, y merece ser contada en otra ocasión”.

