

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA Y AYUDAS PÚBLICAS: EL PAPEL DE LA AUTORIDAD NACIONAL DE LA COMPETENCIA¹

JUAN ESPINOSA GARCÍA²

JUAN M. CONTRERAS DELGADO DE COS³

1. Introducción

El sistema de control de ayudas de Estado instaurado por los tratados comunitarios se caracteriza por dos elementos básicos: por un lado, la notificación obligatoria a la Comisión Europea de los proyectos de ayuda que puedan presentar una afectación a la competencia intracomunitaria, lo que lleva aparejado la suspensión de la ejecución de la ayuda hasta la autorización, en su caso, por aquella; por otro, la fijación de criterios de compatibilidad o legalidad de las mismas con arreglo al Derecho comunitario. La existencia de este sistema de control ha motivado que, en general, los legisladores nacionales no hayan atribuido a las autoridades nacionales de competencia funciones en este ámbito.

En España, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, ya atribuía facultades en materia de ayudas públicas al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC), siendo reforzadas con la creación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Dichas atribuciones, fundamentalmente de carácter consultivo, de formulación de propuestas y de seguimiento estadístico se han visto condicionadas, sin embargo, por una serie de circunstancias: primera, la existencia consolidada del mencionado sistema europeo de control, que atribuye un fuerte protagonismo a la Comisión Europea y en

1. Las opiniones expresadas en este artículo son de la exclusiva responsabilidad de sus autores, sin que en ningún caso puedan ser atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia.

2. Subdirector de Relaciones con las Administraciones Públicas de la CNC.

3. Subdirector adjunto de Relaciones con las Administraciones Públicas de la CNC.

menor medida a los órganos jurisdiccionales, comunitarios y nacionales, en materia de control de ayudas públicas; segunda, la ausencia de un auténtico sistema nacional de control de legalidad de las ayudas públicas por parte de las autoridades de competencia nacionales y autonómicas; tercera, el hecho de que, a diferencia de las típicas atribuciones *antitrust* (control de conductas restrictivas de la competencia y control de concentraciones), en las que se cuenta con facultades resolutorias, las actuaciones de la CNC en materia de ayudas públicas no son vinculantes para las Administraciones que las otorgan, y por último, por qué no decirlo, las reticencias que desde los propios entes públicos concedentes de ayudas públicas se mantienen en relación con el ejercicio de funciones atribuíbles en esta materia a la propia autoridad nacional de competencia.

Existen en cambio buenas razones para defender, desde la perspectiva de las autoridades nacionales de competencia, la relevancia de las funciones de promoción de la competencia en materia de ayudas públicas.

En primer lugar, las ayudas públicas constituyen una forma de intervención pública en la economía que puede alterar el funcionamiento de los mercados introduciendo perjuicios al juego competitivo y a la eficiencia de los mismos que, en caso de resultar injustificados y desproporcionados, lejos de favorecer el interés público, van en su contra. Con estas actuaciones se trataría de evitar el intervencionismo injustificado por parte de los poderes públicos, que conduce, según demuestra la experiencia, a una reducción de la competitividad de las empresas, al debilitamiento de las economías y produce efectos negativos sobre los consumidores. En segundo lugar, la propia Comisión Europea ha señalado que el buen funcionamiento del sistema de control de ayudas de la Unión Europea depende en buena medida de que exista una responsabilidad compartida con los Estados miembros, sobre todo en lo relativo a la detección de posibles medidas de ayuda que no hayan sido objeto de notificación, según establece el propio Plan de Acción de ayudas estatales de la Comisión Europea.⁴ Y en tercer lugar, la existencia de dicho sistema europeo de control no agota todas las posibles ayudas que pueden afectar a la competencia en el ámbito interno español, como demuestra la existencia de las denominadas ayudas *de minimis*,⁵ es decir aquellas ayudas que por su escaso importe no afectan al comercio intracomunitario.

Desde su creación, la CNC ha venido desarrollando una serie de actuaciones en materia de ayudas públicas, procurando que los instrumentos que le ha atribuído el legislador resulten efectivos. La puesta en marcha de las mismas ha planteado para la CNC, las Administraciones concedentes y el resto de operadores interesa-

4. SEC (2005) 795-- COM (2005) 107 final.

5. Ayudas de *minimis* son aquellas cuyo volumen no supera un umbral económico determinado en un periodo de tres ejercicios fiscales: 7.500 € para el sector de la agricultura-ganadería, 30.000 € para el sector de la pesca-acuicultura y 200.000 € para el resto de sectores, si bien existen sectores excluidos de la aplicación de estos Reglamentos (sector carbón, empresas en crisis...). Como curiosidad cabe recordar que en julio de 2011 se ha aprobado un Real Decreto que crea un registro de ayudas de *minimis* en el sector de la pesca y la acuicultura por parte del Ministerio de Medio Ambiente, Medio Rural y Marino.

dos, una serie de dificultades y retos que, sin duda, seguirán estando presentes a corto plazo.

Este artículo pretende contextualizar el momento en que actualmente nos encontramos, partiendo de la configuración legal existente, tan limitadora en ciertos aspectos como posibilista en otros. En base a ello se analizan las posibilidades que dicho marco legal proporciona y que, lejos de ser residuales, pueden llegar a constituir relevantes mecanismos de control de esta forma de intervencionismo público.

A lo largo de las siguientes páginas se va a realizar un recorrido por las principales funciones y actuaciones que desde la aprobación de la LDC han sido realizadas por la CNC en materia de ayudas públicas, relacionándolas seguidamente con las líneas estratégicas que a nuestro juicio pueden contribuir a consolidar la posición de la CNC como institución de verdadero valor añadido en la materia.

Finalmente, nos detendremos de una manera muy particular en la revisión jurisdiccional de las ayudas públicas que, sin presentar afectación al mercado intracomunitario, pueden ser restrictivas de la competencia, campo en el que merecen especial comentario las facultades, aún por explorar, que tienen tanto la CNC como las autoridades de competencia autonómicas.

2. Funciones de la CNC en materia de ayudas públicas

Las funciones que la LDC atribuye a la CNC en materia de ayudas públicas se recogen el art. 11 de la LDC y en los art. 7 y 8 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC). Estas son, por un lado, de carácter consultivo y de formulación de propuestas en base a un análisis desde el punto de vista de competencia y, por el otro, de seguimiento estadístico en relación con las ayudas concedidas en nuestro país.

2.1 Actuaciones analíticas

La normativa actualmente vigente cuenta con interesantes mecanismos para permitir que la CNC realice un análisis crítico de las ayudas desde la óptica de competencia. Dentro de las *funciones de carácter consultivo y de formulación de propuestas*, la CNC puede analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados. Los informes que en su caso emita podrán versar tanto sobre los regímenes de ayudas como sobre las ayudas individuales.

En relación con esta labor de análisis, la LDC no regula un sistema que, como el comunitario, recoja los supuestos en que las ayudas deben ser consideradas contrarias (incompatibles) al ordenamiento jurídico nacional por producir efectos perjudiciales para la libre competencia. En este sentido, no se puede compartir la

opinión de una corriente doctrinal⁶ que señala que como consecuencia de ello es difícil considerar que la CNC pueda ejercer un papel protagonista en esta materia. Acertada o desacertadamente el legislador no ha querido que la autoridad de competencia ejerza un control directo de la legalidad de las ayudas públicas, pero ello no es obstáculo para que de una forma permanente y continuada la CNC haya ido construyendo un cierto corpus jurídico-económico de principios de análisis.

Dentro de estas actuaciones de carácter eminentemente analítico, debemos referirnos en primer lugar a los *Informes anuales de ayudas públicas*, en los cuales, aparte de las correspondientes secciones de memoria y estadística, se incluye otra de análisis divulgativo-sectorial cuyo contenido cambia en cada edición.

En segundo lugar, hemos de aludir a los *Informes específicos o puntuales de ayudas públicas*, que por el tipo de cuestiones sobre las que se centran se pueden categorizar en aquellos que pretenden analizar una medida en cuestión por si la misma es susceptible de ser calificada como ayuda de Estado de cara a su notificación a la Comisión Europea⁷ y aquellos que vienen a realizar un juicio específico de razonabilidad y proporcionalidad de la medida de ayuda analizada.⁸ Y en algún caso adicional, la CNC ha venido a pronunciarse sobre Comunicaciones o Directrices planteadas por organismos reguladores españoles⁹ en materia de ayudas públicas sectoriales.

Por último, debemos referirnos a una serie de actuaciones de asesoramiento y asistencia que realizan los servicios técnicos de la CNC (en particular, la Dirección de Promoción de la Competencia), cuyo contenido no es público, al no constituir pronunciamientos formales del Consejo de la CNC, si bien constituyen una importante parte en la carga de trabajo de dicha Dirección. Estas se pueden clasificar en:

— *Notas de observaciones a proyectos de ayudas de Estado remitidos por el órgano responsable de la notificación de la medida a la Comisión Europea (Ministerio*

6. Esta postura crítica sería, entre otros autores, la de FERNÁNDEZ FARRERES, G. «Comentarios a la Ley de Defensa de la Competencia», Thomson-Aranzadi. Madrid 2008. Una posición intermedia al respecto sería la defendida por RODRÍGUEZ MIGUEZ, J.A. «Las ayudas públicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», Noticias de la UE Wolters Kluwer 2010 y BUENDÍA, J.L. «El control de las ayudas de Estado», Diario *Expan-sión*, 6 de julio de 2007.
7. Un buen ejemplo de este tipo de informes sería el IPN 33/09 sobre el Real Decreto de procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro, donde se efectuaba una valoración de si la medida en cuestión (ayudas a productores de carbón y a productores de energía eléctrica mediante centrales de carbón autóctono) debía ser objeto de notificación a la Comisión Europea, circunstancia que en tal momento no se había producido y que fue objeto de recomendación desde la CNC. Está disponible en la página web www.cncompetencia.es.
8. En este caso, el mejor ejemplo es el IPN 40/10 sobre el Proyecto de Real Decreto de compensaciones por transporte de mercancías a las Islas Canarias. En el mismo se llega a la conclusión de que las razones alegadas por el órgano proponente no justificaban desde el punto de vista de competencia su puesta en práctica. Está disponible en la página web www.cncompetencia.es.
9. Sería el caso del IPN 42/10 sobre el Anteproyecto de Circular de la CMT, por el que se regulan las condiciones de exploración de redes y la prestación de servicios de comunicación electrónicas por las Administraciones Públicas. Está disponible en la página web www.cncompetencia.es.

de Asuntos Exteriores y Cooperación). En el análisis de estas medidas se suelen suscitar dos tipos de cuestiones: además de una evaluación meramente formal de si la medida efectivamente reúne los elementos para su consideración de ayuda de Estado y de su compatibilidad con el Derecho comunitario dado que se trata de dos funciones que serán desarrolladas posteriormente por los servicios de la Comisión Europea, se plantean, en su caso, observaciones a los criterios de concesión de las mismas o se solicitan aclaraciones de ciertos aspectos que pudieran presentar riesgos de afectación a la competencia.

- *Notas de observaciones a proyectos de ayudas remitidos por la Secretaría de Estado de Economía del Ministerio de Economía y Hacienda.* En este ámbito, si bien las observaciones que se suelen plantear en líneas generales coinciden con las mencionadas para los proyectos de ayudas de Estado del Grupo de Ayudas de Estado de la Comisión Interministerial para Asuntos de la Unión Europea (existencia y compatibilidad de la ayuda, criterios de concesión, otras aclaraciones), se refuerza la evaluación de si la medida efectivamente reúne los elementos para su consideración de ayuda de Estado, dado que en este caso se trata de medidas que normalmente no van a ser objeto de notificación a la Comisión Europea, por lo que si dicha evaluación no es realizada por esta autoridad difícilmente la Comisión Europea llegará a realizarla.
- *Notas de respuesta a consultas efectuadas por entes públicos y privados:* en este caso se responde a consultas planteadas por entidades públicas y privadas en las que se dilucidan cuestiones relativas a ayudas públicas. En ocasiones, como consecuencia de la información ofrecida por los entes consultantes, se ha decidido efectuar una investigación de mayor calado que la planteada en la propia consulta, por lo que al mismo tiempo se trata de una fuente de información relevante.

2.2 Funciones de seguimiento estadístico

Dentro de las *funciones propias del seguimiento estadístico de las ayudas públicas*, las atribuciones de la CNC pueden dividirse en dos grupos.

Por un lado, la relativa a la inclusión en el informe anual de una parte que contenga las *estadísticas más relevantes sobre las ayudas públicas concedidas* en nuestro país. Su fuente de información más destacada proviene de los cuadros enviados a la Comisión Europea por el Reino de España como consecuencia de la obligación recogida en el art. 21 del Reglamento 659/99 del Consejo, por el que se establecen disposiciones de aplicación del antiguo art. 93 del Tratado de la Comunidad Europea y en los art. 5 a 7 del Reglamento 794/04, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento anterior. Estos cuadros son solicitados cada año a los dos departamentos ministeriales encargados de centralizar su recogida,

el Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino para las ayudas a la agricultura, ganadería y pesca y el Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación para el resto de ayudas.

La información contenida en estos cuadros se refiere a las ayudas de Estado notificadas así como a las ayudas sujetas a Reglamentos de exención concedidas en la anualidad en cuestión, siendo utilizada por la Comisión Europea para elaborar los denominados Marcadores de Ayudas de Estado, publicados en el otoño del año en curso (año x) pero recogiendo los datos de ayudas de todos los Estados miembros de la Unión Europea del año anterior (año x-1). Además, para evitar la duplicidad y atendiendo al diferente prisma e interés que tienen estos datos para la Comisión Europea y para la CNC, el detalle de los datos que se recoge en el informe anual de la CNC es diferente del que se recoge en los cuadros del Marcador de ayudas de la Comisión Europea.

La realización de estos informes ha permitido tomar conciencia de la importancia¹⁰ de este instrumento de política económica y su incidencia en proporción al PIB nacional, realizándose una descripción de los objetivos y sectores más relevantes y efectuándose una comparativa con el resto de Estados miembros de la Unión Europea. No obstante, las limitaciones existentes en las posibilidades de recogida de información de estas ayudas motivan que no resulte posible, hasta el momento, que en el volumen de ayudas recogido se incluyan las denominadas *ayudas de minimis*.

Por otro lado, es de destacar la creación y puesta en funcionamiento de un *centro informativo telemático de las ayudas públicas nacionales*. A través del mismo, disponible en la página web de la CNC (www.cncompetencia.es), se puede realizar una consulta de las ayudas de las Administraciones españolas publicadas en diarios oficiales que han sido objeto de notificación a la Comisión Europea así como de las ayudas exentas de notificación previa, comenzando la serie en el año 2008. Con esta herramienta, complementaria¹¹ de las que facilita la Comisión Europea en su propia página web, se pretende contribuir a mejorar la accesibilidad de dicha información para agentes, empresas y particulares interesados.

En otro orden de cosas, es relevante mencionar que para el ejercicio de estas funciones la LDC establece dos *mecanismos de información* desde los órganos concedentes de ayudas hacia la CNC: por un lado, la obligación del órgano¹² respon-

10. Según reflejan los diversos IAAP publicados por la CNC, el volumen de ayudas concedido en España fue de 5.371 millones de euros (M€) en el año 2007, 6.170 M€ en 2008 y 13.183 M€ en 2009. En este último año, este volumen de ayudas representa el 1,25 % del PIB nacional. Analizando esta tendencia alcista se puede observar el efecto que la crisis económica y financiera viene produciendo sobre la economía española desde el año 2007.

11. La CNC incluye también la documentación nacional de referencia, por ejemplo facilitando un vínculo a la norma de concesión.

12. Este mecanismo de información ha sido valorado positivamente por la doctrina: entre otros, por ARPIO SANTACRUZ, J. «Las ayudas públicas y la actividad normativa de los poderes públicos en el APLDC de 2006», Documento de trabajo nº 20 IUEE-Universidad Sana Pablo CEU Madrid 2006; ODRIOZOLA, M. «Manual sobre la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia», Madrid 2008.

sable de la notificación a la Comisión Europea (Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación) de comunicar a la CNC¹³ los proyectos de ayudas de Estado, así como las ayudas públicas concedidas al amparo de reglamentos comunitarios de exención y los informes anuales recogidos en el artículo 21 del Reglamento (CE) nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea; por otro, la posibilidad de que la CNC solicite información acerca de cualquier otra ayuda no notificada o comunicada a las autoridades comunitarias. A este respecto, cabe recordar que en virtud del art. 39 de la LDC y del art. 10.2 del RDC, el destinatario de dicho requerimiento está obligado a proporcionar en plazo la documentación que le sea solicitada y que pueda ser necesaria para ejercer su labor de promoción de la competencia efectiva en los mercados.

2.3 Dificultades y beneficios para los distintos agentes derivados del desarrollo de estas funciones por parte de la CNC

Las funciones que se acaban de exponer plantean una serie de retos tanto para la propia institución como para el resto de operadores implicados (Administraciones Públicas, tribunales, empresas, abogados...).

En primer lugar, suponen un reto para la propia CNC, por cuanto debe saber transmitir al resto de operadores que la labor que desarrolla en materia de ayudas es relevante y resulta perfectamente compatible con el sistema de control de ayudas europeo. Cabe recordar aquí de nuevo la responsabilidad compartida de la que habla el Plan de Acción de ayudas estatales de la Comisión Europea. En base a ella el buen funcionamiento del sistema dependerá del grado de implicación de las autoridades nacionales, que pueden tener un mejor conocimiento de las circunstancias en que se ha concedido la ayuda y de los condicionantes específicos del mercado relevante directamente afectado. Pero tampoco cabe obviar otro elemento aún más relevante, que es la propia existencia de ciertas ayudas (*ayudas de minimis*), directamente excluidas del juicio realizado por las autoridades comunitarias y el inestimable papel que se puede desempeñar evaluando las mismas desde una perspectiva nacional.

En segundo lugar, no debe desconocerse que el adecuado ejercicio de las funciones señaladas por parte de la CNC puede suponer una cierta contrariedad para las distintas Administraciones Públicas españolas, para las cuales implica una carga adicional responder a las exigencias de justificar la concesión de ayudas o el diseño

13. Por mandato legal, se establece que la CNC habilitará los mecanismos de información y comunicación necesarios para que la información recibida esté a disposición de los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas. En concreto, se ha utilizado la Red Española de Competencia (REC) que agrupa a todas estas autoridades para facilitar dicho acceso, comprometiéndose los usuarios de dicha red a respetar en todo momento la cláusula de confidencialidad de la información obtenida.

concreto de las mismas que en ocasiones les demanda la CNC. Pero la CNC debe esforzarse en transmitir a las mismas el hecho de que la aplicación de un riguroso análisis de competencia a la ayuda —al igual que al resto de proyectos regulatorios— es fundamental no solo para garantizar un efecto mínimamente distorsionador sino también para aproximarse a una gestión más eficiente de sus propios recursos públicos.

En tercer lugar, existe un reto importante para las autoridades autonómicas de competencia, que hasta el momento no han mostrado excesivo interés en desarrollar funciones en materia de ayudas públicas. Una interpretación demasiado rigurosa ha precisado que sus propios estatutos de creación no le atribuyen competencias al respecto, si bien en general dichos estatutos contemplan el ejercicio de actuaciones en materia de promoción de la competencia, entre cuyas actuaciones nada impediría que se pudiera realizar una labor de análisis en materia de ayudas públicas.

Este escaso interés se manifiesta, entre otros casos, en que la posibilidad recogida en el art. 11.5 de la LDC en virtud de la cual las autoridades autonómicas podrían elaborar informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial —remitiéndose a la CNC a los efectos de su incorporación al informe anual de ayudas de la CNC— todavía no ha sido utilizado por parte de aquellas. Por otro lado, el creciente número de ayudas de Estado provenientes del ámbito autonómico proporciona una idea de hasta qué punto sería interesante que las autoridades autonómicas de competencia se decidieran a ejercer esta labor.

Por último, y tal como desarrollaremos posteriormente en el apartado IV, también cabe hablar de un reto para el resto de operadores económicos afectados por ayudas públicas injustificadamente restrictivas de la competencia. Si bien es cierto que la LDC no prohíbe la concesión de ayudas, nada impide que por parte de estos operadores no puedan desarrollar hasta sus últimas consecuencias, incluso en sede jurisdiccional, los instrumentos y principios de análisis que se han descrito más arriba. Dichos principios, en tanto que límites a la actividad discrecional de los poderes públicos en una concepción clásica del Derecho administrativo, podrían dar contenido a la fundamentación jurídica de las denuncias presentadas en materia de ayudas ante los tribunales.

3. Elementos principales de una estrategia en materia de ayudas públicas para una Autoridad Nacional de Competencia

A partir del catálogo de posibilidades que proporciona la LDC a la autoridad nacional de competencia, así como de las dificultades y retos que supone la puesta en marcha de algunas de ellas, puede contextualizarse mejor la actividad desarrollada por la CNC en materia de ayudas públicas desde su creación y determinarse cuáles son los elementos de dicha actividad que aportan un mayor valor añadido a los poderes públicos, a los consumidores y al bienestar general.

El primero de los elementos que a este respecto hay que tener en cuenta es que la CNC no pretende ser, ni puede pretenderlo, una segunda instancia revisora de las ayudas de Estado a la manera de la Comisión Europea. En primer lugar porque aproximarse a las ayudas públicas de esta manera solo resultaría reiterativo y disfuncional hacia las funciones de dicha Comisión Europea (de hecho, no existen en Europa autoridades nacionales que desarrollen tal tipo de atribuciones). En segundo lugar porque los instrumentos con que la LDC habilita a la CNC no se les permiten, al no disponer de facultades sancionadoras en la materia. En tercer lugar porque, sin perjuicio de su independencia, la posición institucional de la CNC en relación con las Administraciones españolas y muy en particular con la Administración General del Estado, a la cual se encuentra adscrita, es bien distinta a la de la Comisión Europea como instancia supranacional.

En todo caso, quizá la razón principal para desaconsejar la configuración de la CNC como instancia revisora con funciones análogas, previas o paralelas a las de la Comisión Europea sea que ambas instituciones no comparten absolutamente una identidad de fines y motivaciones a la hora de evaluar las ayudas públicas. Así, las funciones de la Comisión Europea deben verse, desde luego en su origen y aun hoy en día, como un trasunto de la voluntad de garantizar las libertades de circulación evitando que los Estados miembros de la Unión Europea otorguen ventajas a sus empresas, en perjuicio de las del resto de Estados. La voluntad primigenia de este control es, por lo tanto, asegurar un terreno de juego equilibrado en el que las empresas comunitarias puedan desarrollar su actividad, limitando el proteccionismo nacional mediante las medidas de favorecimiento activo y directo a operadores económicos. Por el contrario, la razón por la que a una autoridad de competencia debe preocuparle el impacto de las ayudas públicas sobre la competencia efectiva reside en la distorsión de las condiciones de competencia que tales ayudas (aquellas cuyo otorgamiento resulta injustificado y son desproporcionadas en sus efectos) pueden llegar a suponer en determinadas circunstancias, en forma de un mayor poder de mercado para ciertos operadores o una menor eficiencia debido al sufragio de parte de sus costes de producción, y en definitiva menores beneficios para el ciudadano tanto desde el punto de vista inmediato (por ejemplo, si las ayudas permiten a los operadores internalizar las ventajas derivadas de ellas, subiendo los precios finales del bien o servicio subvencionado y con ello privando de los beneficios al consumidor), como en su aspecto dinámico (menos innovación a largo plazo, y como consecuencia de ello una menor calidad de los productos).

Ambas finalidades sin duda comparten una zona común bastante amplia en cuanto a sus instrumentos y resultados, y en definitiva favorecen el desarrollo de la economía de mercado, sin injerencias injustificadas del sector público; pero no resultan exactamente coincidentes, lo cual es crucial para determinar el enfoque y la estrategia de ambas instituciones. Simplificando al máximo: el cometido de la Comisión Europea consistiría en determinar y fijar la línea de lo que es admisible de acuerdo con el funcionamiento del mercado común; el de una autoridad nacional de competencia consistiría en aconsejar sobre lo que resulta mejor, o tiene un

menor impacto sobre la competencia, con independencia además de si las ayudas resultan o no significativas desde el punto de vista de los intercambios comunitarios.¹⁴

Es por ello que las funciones de la autoridad nacional de competencia en materia de ayudas se enmarcan dentro del conjunto de actividades destinadas a la promoción de la competencia, y que dentro de ellas resultan particularmente interesantes los aspectos de *policy*, esto es, los relacionados con cómo diseñar las ayudas públicas de una manera que reduzca en la mayor medida posible el impacto negativo sobre la competencia que se puede derivar de este tipo de decisiones de los poderes públicos. De ahí que, en coherencia con el resto de actuaciones en otros ámbitos (proyectos normativos, contratación pública), en el desarrollo de las mismas hayan tenido un peso particular las actuaciones divulgativas o preventivas, encaminadas a aconsejar a los poderes públicos acerca del «buen diseño de las ayudas», a poner de manifiesto las mejores y peores prácticas de las Administraciones a este respecto y a valorar *a posteriori* el impacto real de determinadas ayudas sobre las condiciones de competencia en los mercados.

A tal voluntad han respondido los apartados específicos de los dos primeros Informes Anuales de Ayudas Públicas publicados por la CNC, correspondientes a los años 2008 y 2009.¹⁵ El primero de ellos pretendía establecer una metodología de análisis del impacto económico de las ayudas sobre los sectores y mercados afectados por las ayudas públicas de las Administraciones, desarrollando las distintas fases y elementos de la llamada «prueba de sopesamiento de la ayuda»:¹⁶ determinación precisa del objetivo de interés común perseguido, pertinencia del instrumento de la ayuda para su consecución y coherencia del diseño de la ayuda con aquel, efectos sobre la competencia de la ayudas y balance (que ha de ser positivo) entre tales efectos negativos y los supuestos beneficios de la ayuda para el interés general. El segundo de tales informes estableció una clasificación de las prácticas mejorables, a juicio de la CNC, en que incurrían más comúnmente las Administraciones Públicas al otorgar ayudas, y realizó un estudio sobre las consecuencias para la competencia de los distintos diseños que los poderes públicos estaban confiriendo a sus programas de ayuda directas al consumidor final (los llamados *Planes Renove*), y en particular estudió *ex post* el efecto que una categoría particular de

14. Un ejemplo práctico de tal distinción lo constituye el Informe de la CNC sobre compensaciones al transporte marítimo y aéreo de mercancías con origen o destino en las islas Canarias (IPN 40/10, disponible en www.cncompetencia.es), en relación con un proyecto de Real Decreto que proponía aumentar el porcentaje de costes subvencionables por dicha medida del 50 al 70 %. A pesar de que la ayuda contaba con la autorización de la Comisión Europea hasta el 100 % de los costes subvencionables y que por tanto no existían problemas de incompatibilidad con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) derivados de tal ayuda, la CNC aconsejó valorar la adopción de otras medidas para mejorar el efecto incentivador de la ayuda que no pasasen necesariamente por el incremento del gasto público que suponía la elevación del porcentaje de costes subvencionables.

15. Disponibles en la sección de ayudas públicas de la página web de la CNC www.cncompetencia.es.

16. Así se la denomina en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia, art. 7.3.c.

tales ayudas, el Plan 2000E del sector del automóvil, había tenido sobre las condiciones de competencia en los precios.

Este último ejercicio es a su vez un interesante ejemplo de otra de las vías de actuación de particular importancia en el posicionamiento de la autoridad nacional de competencia: la elaboración de informes sobre regímenes concretos de ayudas o sobre ayudas individuales que escapan al ámbito del control comunitario de ayudas de Estado por resultar *de minimis*. Este tipo de ayudas quedan fuera del radar de la Comisión Europea en atención a su reducido montante, y sin embargo, en ocasiones, algunos de los elementos de su diseño pueden distorsionar la competencia efectiva desde una óptica nacional.¹⁷

Por otra parte, un aspecto significativo en que la actividad de la CNC puede aportar valor añadido a la tarea de control de ayudas de Estado que realiza la Comisión Europea, sin que signifique un solapamiento de funciones es el de contribuir a concienciar a las Administraciones Públicas de la importancia de utilizar los mecanismos de puesta en conocimiento de la Comisión Europea de aquellas medidas que sean susceptibles de ser consideradas ayudas de Estado en el sentido del art. 107.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Más allá del asesoramiento informal que en su caso pudieran realizar los servicios técnicos de la CNC a las distintas Administraciones concedentes, ello implica hacer pública la opinión de esta autoridad en determinados casos de particular relevancia.

Esta opinión normalmente consistirá en una valoración preliminar de si la medida es susceptible de reunir los requisitos para ser considerada ayuda de Estado, junto con un análisis de su posible impacto sobre la competencia que demuestre la conveniencia de activar el mecanismo de control de ayudas de Estado. La opinión de la CNC no colisiona con el eventual pronunciamiento de la Comisión Europea, sino que está encaminada a instar la notificación a dicha Comisión, o al menos el inicio de conversaciones informales con ella para determinar si procede tal notificación, sin prejuzgar el resultado de la misma: tras dicha notificación, es esta última la que debe realizar un análisis de acuerdo con el art. 107 TFUE y determinar si efectivamente estamos en presencia de una ayuda de Estado y si, a mayores, tal ayuda resulta ser incompatible con el Tratado.

A pesar de su carácter hasta cierto punto extraño, al menos para nuestra cultura administrativa, derivado del hecho de que la CNC adquiere el papel de llamar la atención sobre el comportamiento de una Administración española a los efectos de que otra instancia revise dicho comportamiento, esta vía de actuación se ha revelado pertinente y eficaz en algunos casos en los que, quizá por no resultar meridianamente incardinables en las tipologías clásicas de las ayudas de Estado, las

17. Para un desarrollo más detallado de esta cuestión, vid. apartado 4.2 infra, así como el último apartado del *Informe Anual de Ayudas Públicas 2009*, disponible en la página web de la CNC ya citada.

Administraciones concedentes no parecían haber valorado la procedencia de su notificación formal en un principio, existiendo sin embargo motivos para pensar que las medidas en cuestión constituían ayudas de Estado notificables.

Este ha sido el caso, por ejemplo, de la regulación del llamado procedimiento para la resolución de restricciones por garantía de suministro de electricidad en el ámbito de la producción de carbón nacional y de la utilización de este como insumo para la generación de energía eléctrica, o del nuevo régimen de financiación de Radiotelevisión Española. En el primer caso, la notificación se produjo tras un primer informe de la CNC en el que se planteaba la condición de ayuda de Estado de la medida, confirmando la Comisión Europea dicha condición y sujetando su aprobación definitiva a sustanciales reformas en el mecanismo inicialmente aprobado.¹⁸ En el segundo caso, tras la opinión de la CNC, que fue desoída por la Administración española, se produjo la apertura por la Comisión Europea de un procedimiento de investigación formal dados los indicios existentes de ayuda y fue finalmente declarada compatible con el Derecho comunitario.¹⁹

En definitiva, en materia de ayudas, la CNC debe buscar los tipos de actuación que permitan un mayor impacto y valor añadido, teniendo en cuenta que ya existe una instancia supranacional encargada de determinar la posible ilegalidad de las ayudas de mayor importancia. En este sentido, tanto las iniciativas encaminadas a trasladar a las Administraciones públicas los beneficios de un correcto diseño de las ayudas como aquellas otras destinadas a poner de manifiesto los posibles perjuicios sobre la competencia de ayudas concretas resultan las actuaciones de mayor impacto. Todo ello sin perjuicio de la labor de refuerzo del régimen complementario de control de ayudas de Estado, que no resulta duplicativa de aquella sino que está destinada a llamar la atención sobre aquellas ayudas que deben ser notificadas a la Comisión Europea.

4. El margen de profundización de la actividad de promoción de la competencia en materia de ayudas públicas: la impugnación jurisdiccional

El repaso que hemos efectuado de las funciones de la CNC en materia de seguimiento de ayudas públicas y de la aproximación que dicha autoridad viene realizando de dichas funciones confirma la diversidad de iniciativas que pueden adoptarse a partir del marco competencial de la LDC a este respecto, así como la

18. Vid. Informes de la CNC *IPN 33/09* e *IPN 44/10*, disponibles en www.cncompetencia.es.

19. Toda vez que la reforma de dicho régimen se produjo inicialmente mediante Real Decreto-Ley, la CNC no tuvo oportunidad de opinar con carácter previo, advirtiendo de los riesgos de la medida desde el punto de vista de las ayudas de estado en su informe *IPN 11/09 sobre el Anteproyecto de Ley Audiovisual* (anterior a la apertura del procedimiento de investigación formal por parte de la Comisión Europea) y, ya abierto dicho procedimiento, en su informe *IPN 46/2010, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se desarrolla la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española*.

progresiva concreción y precisión de la estrategia de la CNC en la materia desde su creación, a pesar de las evidentes dificultades institucionales e instrumentales con que se encuentra la promoción de la competencia en esta área.

Lo anterior no obsta para mantener la aspiración de que la autoridad española de competencia siga consolidando sus actividades en esta materia y profundizando en el catálogo de actividades que tiene a su disposición, de manera que sus análisis contribuyan a intensificar la atención que las Administraciones otorgantes de ayudas públicas dedican al impacto del diseño de los mecanismos de concesión de sus ayudas de sus decisiones sobre la competencia en el mercado, y por extensión a trasladar a la opinión pública los beneficios o perjuicios para el interés general que se derivan de tales decisiones.

De entre todos los instrumentos a disposición de la autoridad de competencia española para desempeñar esta tarea (así como también de las autoridades autonómicas), quizá el de mayor proyección y potencial de desarrollo lo constituya la posibilidad que tiene la CNC de cuestionar jurisdiccionalmente ayudas públicas que incluyan obstáculos a la competencia efectiva. El desarrollo selectivo de este tipo de acciones (en particular si las consiguientes resoluciones jurisdiccionales confirman las opiniones de la CNC) puede impactar críticamente sobre las condiciones de control del comportamiento de las Administraciones concedentes.

Pasamos a continuación a explorar las posibilidades de dicho instrumento en relación con la depuración del ordenamiento jurídico de aquellas ayudas públicas restrictivas de la competencia.

4.1 Contexto y dificultades de la impugnación de ayudas públicas por parte de las autoridades de competencia

El ejercicio de tal acción jurisdiccional sería posible a partir del artículo 12.3 de la LDC, que establece: «*La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados*».

Así, con base en esta legitimación activa para acudir a la jurisdicción, que permite atacar un amplio número de situaciones en las que las Administraciones Públicas ejercen potestades administrativas, la CNC podría impugnar ayudas públicas (otorgadas bien mediante disposiciones generales, bien mediante actos singulares) que supusiesen o contuviesen obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

Hasta el momento, este mecanismo de cuestionamiento del ejercicio de potestades públicas ha sido utilizado con cierta contención y cautela por la CNC. Únicamente en dos casos relacionados con la prórroga de concesiones de transporte interurbano de viajeros en autobús por parte de sendas comunidades autónomas

se han llegado a interponer recursos en ejercicio de dicha facultad.²⁰ Varias circunstancias pueden explicar tal medida.

Por un lado, el protagonismo que en estos primeros años de actividad de promoción de la competencia ha tenido para la CNC la emisión de opiniones y recomendaciones independientes y no vinculantes, de cara a la consolidación de su *auctoritas*, como paso previo al ejercicio de otro tipo de acciones más agresivas. Al menos en este período, resulta evidente que en las iniciativas de promoción de la competencia ha primado la voluntad explicativa, pedagógica si se quiere, en relación con los beneficios y perjuicios sobre la competencia derivados de decisiones que los poderes públicos consideran dentro de su margen de discrecionalidad, sobre la de eliminar del ordenamiento jurídico manifestaciones del *ius imperii* público que incluyan obstáculos a la competencia efectiva y que, en la extralimitación de dicho margen de discrecionalidad, resulten ilegales, impugnación que, por otra parte, cualquier potencial interesado puede realizar directamente.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta el posible impacto negativo que sobre la virtualidad del instrumento puede tener una utilización extensiva del mismo en sus primeros momentos de vida, lo que ha conducido a desechar casos en los que existía una mayor posibilidad de pronunciamiento desfavorable, a fin de evitar un agotamiento prematuro que pudiese además perjudicar el relativo carácter disuasorio que para las distintas Administraciones tiene la sola presencia de esta posibilidad impugnatoria.

Finalmente, tampoco cabe olvidar las dificultades técnico-jurídicas derivadas de la interpretación del alcance del precepto,²¹ necesitado de una noción de «obstáculo (*público*) a la competencia efectiva» que ha sido necesario construir con carácter previo.²²

Si todas estas consideraciones han contribuido a que, hasta el momento, y pendiente la resolución de las impugnaciones anteriormente mencionadas, la CNC haya adoptado una actitud cautelosa hacia este instrumento, debe asimismo tenerse en cuenta que el desarrollo que la LDC realiza de las ayudas públicas tam-

20. Se trata de las demandas interpuestas en 2010 contra los planes de modernización de las concesiones interurbanas de autobuses del ámbito de la Generalitat Valenciana (*Decreto 24/2010, de 29 de enero, del Consell, relativo al plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de viajeros por carretera*), y la Xunta de Galicia (*Resolución de 26 de febrero de 2010, de la Dirección General de Movilidad, por la que se aprueba el Plan de modernización de las concesiones de transporte público regular permanente de personas de uso general por carretera de Galicia*) que prorrogan, innecesaria y desproporcionadamente en opinión de la CNC, la vigencia de las anteriores concesiones, por plazos de tiempo de, en ocasiones, más de 15 años.

21. En este sentido, puede consultarse el artículo de Alfredo GONZÁLEZ PANIZO «Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables», en *Anuario ICO de la competencia 2009* (pág. 115-31).

22. A este respecto, pueden consultarse la *Guía para la elaboración de Memorias de Competencia en los Proyectos Normativos* de la CNC (2009), que contiene multitud de ejemplos de obstáculos regulatorios a la competencia efectiva (en muchas ocasiones derivados de normas de rango reglamentario), o la reciente *Guía sobre Contratación Pública y Competencia* de la CNC (2011), cuya primera parte detalla las posibles restricciones a la competencia que se pueden derivar del contenido de los pliegos de los contratos públicos y en general de las decisiones de las Administraciones Públicas en relación con las distintas fases del procedimiento de contratación. Ambos documentos están disponibles en www.cncompetencia.es.

poco contribuye en exceso a facilitar el papel que puede desempeñar la posibilidad de impugnación jurisdiccional, en particular, de ayudas públicas restrictivas de la competencia por parte de la CNC.

Así, en primer lugar, la LDC no incluye un concepto propio de «ayuda pública», ni tampoco tipifica, siquiera a título ejemplificativo, los elementos de dichas ayudas que pueden constituir obstáculos a la competencia y con base en los cuales se podría plantear dicha acción jurisdiccional.

En segundo lugar, y más importante, la LDC no pretende establecer o conceputar las categorías de ayudas públicas ilegales o cuyo otorgamiento esté prohibido, a la manera en que lo hacen los artículos 1 y 2 LDC en relación con las conductas restrictivas de la competencia. En realidad, el art.11 LDC se limita a atribuir a la CNC la capacidad de analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales, y de dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia efectiva.

Finalmente, si bien cuando hablamos de ayudas de Estado en el sentido comunitario podemos apoyarnos en las previsiones del art. 107 TFUE para determinar hasta qué punto una de tales ayudas puede ser incompatible con el Derecho comunitario, existen otra serie de medidas que no encajan dentro de la tipología de ayudas de Estado pero que, sin embargo, en ocasiones pueden tener efectos restrictivos de la competencia (ayudas *de minimis*). Estas se consideran por definición compatibles con el artículo 107 del TFUE y por tanto en estos casos el vicio de ilegalidad no puede fundarse en un incumplimiento de los art. 107 a 109 TFUE.

Todo ello, en definitiva, dificulta la aproximación a la revisión jurisdiccional de las ayudas públicas que obstaculizan la competencia efectiva por el mero hecho de ser restrictivas de la competencia.

4.2 Posibilidades futuras de ejercicio del instrumento impugnatorio

A pesar de las dificultades anteriores, existen asimismo razones para afirmar que la vía impugnatoria que posibilita el art. 12.3 LDC puede ganar importancia en el futuro, tanto en relación con cualquier actuación administrativa en general como en su aplicación particular a situaciones de otorgamiento de ayudas públicas que introduzcan restricciones a la competencia, y ello atendiendo a diferentes razones.

En primer lugar, desde el punto de vista de la estrategia global de la CNC, una vez consolidadas razonablemente sus funciones consultivas, si se pretende profundizar e incrementar el impacto de la promoción de la competencia no cabría descartar un aumento progresivo de impugnaciones, siempre manteniendo el carácter selectivo y en atención a los medios personales y materiales disponibles, en tanto que actuación de oficio.

En segundo lugar, si bien en principio podría parecer que el análisis del grado de restricción de la competencia que se deriva del ejercicio de potestades administrativas recae dentro de los juicios de oportunidad que merecen los comportamientos desarrollados dentro del margen de discrecionalidad administrativa, y por tanto no es un análisis de adecuación a Derecho de la actuación de las Administraciones, en la actualidad tal percepción debe desecharse. Además del valor del art. 38 de la Constitución Española (CE) como principio nuclear y transversal del ordenamiento jurídico, que debe interpretarse sistemáticamente en relación con cualesquiera otras normas de las que dimanen las competencias administrativas habilitantes para la actuación concreta de la Administración en cuanto a la justificación y proporcionalidad de dichas actuaciones, debemos tener en cuenta que, crecientemente, existen normas con rango de Ley que incorporan a nuestro ordenamiento jurídico la obligación expresa de someter la actuación normativa a un juicio de justificación de su necesidad y de ponderación de su proporcionalidad, suponiendo en contrario la consecuencia de la ilegalidad de la actuación.

Este es el caso, por ejemplo, de la reciente Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en relación con el establecimiento de regímenes de autorización²³ o, de manera más general, la aún más reciente Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, cuyo art. 4 propugna que, en el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. Sin obviar su carácter esencialmente programático, el reconocimiento legal de, en particular, los dos primeros principios puede suponer una vía para un verdadero enjuiciamiento de la legalidad de la actuación administrativa, en este caso normativa (en particular de su potestad reglamentaria), con base en la ponderación de dichos principios.²⁴ En el plano concreto de las ayudas públicas, encontramos un

23. «Artículo 5. Regímenes de autorización.

La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la Ley que establezca dicho régimen.

a. No discriminación: que el régimen de autorización no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad o de que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente o, por lo que se refiere a sociedades, por razón del lugar de ubicación del domicilio social;

b. Necesidad: que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y

c. Proporcionalidad: que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control a posteriori se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetarán a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.»

24. «Artículo 4. Principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas.

1. En el ejercicio de la iniciativa normativa, el conjunto de las Administraciones Públicas actuará de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia. En la iniciativa normativa quedará suficientemente justificada la adecuación a dichos principios.

precepto que establece un juicio de ponderación análogo al de estas normas por ejemplo en el art. 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, al que posteriormente aludiremos.

Este principio de sujeción jurídica de la actuación administrativa a elementos de racionalidad como la necesidad y proporcionalidad de las medidas está cristalizando a nivel jurisprudencial en la esfera particular del control de ayudas públicas, incluso aquellas que se encuentran fuera del espectro de las ayudas de Estado, ámbito en relación con el cual el ordenamiento jurídico comunitario ya prevé juicios de ilegalidad y consecuencias derivadas de dicho otorgamiento.

Como recientes ejemplos de ello, encontramos varias sentencias que cuestionan la legalidad de determinados planes *Renove* puestos en marcha por algunas Administraciones autonómicas, ya mencionados en apartados anteriores de este artículo. Los planes *Renove* son esencialmente ayudas para el estímulo de la demanda de adquisición de bienes y servicios destinados al consumidor final, en forma de subvenciones parciales, a fondo perdido, del coste de tales bienes y servicios a cargo de la Administración otorgante, que puede ser la estatal, la autonómica o incluso la local. Este tipo de medidas se vienen utilizando desde hace tiempo para reactivar el consumo en diferentes sectores, como pueden ser los electrodomésticos, la instalación de utilidades de hogar (calderas, ventanas, ascensores), la promoción de productos culturales, la adquisición de mobiliario o incluso la compra de vehículos automóviles —como el *Plan 2000E*.

Si bien podría parecer que tales ayudas, en principio, no alteran la competencia efectiva en el mercado o sector al que vayan dirigidas debido a su escaso montante individual, a su orientación al consumidor final y a su aparente ausencia de selectividad (es dicho consumidor final quien decide el bien o servicio que adquiere, y posteriormente se le reembolsa parcialmente el gasto en que ha incurrido), un estudio más detallado de las condiciones y requisitos a que normalmente se vienen sometiendo dichas subvenciones revela que no están exentas de efectos sobre la competencia, tal como la CNC ha puesto de manifiesto en su *Informe Anual de Ayudas Públicas 2009*.²⁵

Así, cuando la Administración otorgante de la subvención es una comunidad autónoma, el diseño de los instrumentos en cuestión suele incluir la obligación de que la compra se realice en establecimientos o empresas del ámbito geográfico de tal comunidad autónoma. En otras ocasiones, se distingue entre tipología de establecimientos en que se efectúa la compra para poder acceder a la ayuda (por ejemplo,

2. En virtud del principio de necesidad, la iniciativa normativa debe estar justificada por una razón de interés general.

3. En virtud del principio de proporcionalidad, la iniciativa normativa que se proponga deberá ser el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, tras constatar que no existen otras medidas menos restrictivas y menos distorsionadoras que permitan obtener el mismo resultado. [...]».

25. Para un análisis exhaustivo de las implicaciones para la competencia de estos planes *Renove*, y en particular del Plan 2000E, véase el apartado 8 de dicho informe (páginas 93 y siguientes), disponible en la página: www.cnccompetencia.es.

pequeño comercio frente a grandes superficies), o incluso se precisa qué establecimientos admiten compras sujetas a la subvención y qué otros no.

Estas condiciones rompen la neutralidad de dichas ayudas en los mercados finales al orientar el consumo hacia determinados establecimientos o proveedores de entre todos los operadores del mercado, creando así una suerte de beneficiarios indirectos y pasando de ser ayudas al consumo a resultar, también, ayudas a determinadas empresas. Dichos elementos resultan injustificadamente discriminatorios en atención a los objetivos perseguidos (por ejemplo, la mejora de la eficiencia medioambiental), fragmentando el mercado, relajando la competencia entre oferentes y por tanto atenuando las ventajas para el consumidor que en principio deberían derivarse de dichas medidas.²⁶

Como adelantábamos antes, en el plano de la revisión jurisdiccional, estos argumentos han servido para que, recientemente, los tribunales hayan declarado ilegales algunos de dichos planes. En particular, nos estamos refiriendo a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco nº 180/2011, de 8 de marzo, sobre el llamado «bono cultura» de la Administración regional vasca, y a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, nº 517/2011, de 24 de junio, relativa al llamado «Plan Renove Mueble» que la Administración cántabra implantó en el ámbito de esa comunidad autónoma.

La primera de dichas sentencias anula una Orden de la Consejería de Cultura vasca destinada a incentivar la adquisición de productos culturales mediante los llamados «bonos cultura» de 25 euros, con los cuales puede efectuarse una compra por valor de 40 euros en productos culturales (libros, música...) en alguno de los establecimientos adheridos al programa, abonando la diferencia (esto es, hacia un 36 % del precio total) la Administración vasca.²⁷

Puesto que únicamente pueden adherirse al programa las pequeñas y medianas empresas, y dada la cuantía del descuento sobre el precio total, la sentencia entiende que la Orden favorece el consumo en los establecimientos adheridos en detrimento del resto de establecimientos (por ejemplo, grandes superficies), dirigiendo las compras hacia las pequeñas y medianas empresas de manera injustificada y desproporcionada en atención al objetivo declarado en su expo-

26. Como principal efecto sobre la competencia y sobre el bienestar del consumidor, el mencionado Informe Anual de Ayudas Públicas 2009 de la CNC destaca: «Existen determinadas situaciones en las que este tipo de diseños pueden restringir la competencia y fragmentar la unidad de mercado, con consecuencias importantes en términos de pérdida de bienestar económico, en particular del consumidor. Este puede ser el caso, por ejemplo, cuando la supeditación de la ayuda a la compra del producto en un determinado territorio se aplica en territorios limítrofes entre comunidades autónomas con importantes diferencias entre el número de oferentes del producto o servicio subvencionado establecidos en cada una de ellas. En estas circunstancias, la fragmentación del mercado producida por la condición de territorialidad del establecimiento del oferente puede suponer una drástica reducción de la oferta disponible para los consumidores de la comunidad autónoma con menor número de operadores, si se quiere disfrutar de la subvención. Esta reducción puede eliminar incluso las tensiones competitivas necesarias para conseguir que la subvención consiga el efecto deseado, que es la rebaja efectiva del precio final de venta» (pág. 99-100).

27. Orden de 17.11.09 de la Consejera de Cultura (BOPV núm. 222 de 18.11.09) para el desarrollo y promoción del «bono cultura».

sición de motivos (la dinamización del mercado de la producción artística y cultural), y por lo tanto atentatoria del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE.

Es de destacar que, si bien la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ vasco descarta que la medida contravenga la LDC en lo relativo a sus infracciones *antitrust* o a lo dispuesto en dicha ley sobre ayudas públicas (confirmando lo anteriormente manifestado sobre la inexistencia de un tipo infractor en dicha norma legal por ayudas públicas restrictivas de la competencia), sí que basa la ilegalidad de la medida, en atención a su carácter discriminatorio, en el hecho de que las justificaciones complementarias ofrecidas por el Gobierno Vasco (ayudar a las tiendas pequeñas para que puedan competir en mayor igualdad con las grandes superficies) no pueden considerarse suficientes para modificar o distorsionar el normal desenvolvimiento del mercado, ni desde la perspectiva del fomento de la cultura, ni desde la perspectiva del consumidor. Es decir, dicho TSJ realiza un juicio de justificación y ponderación de la medida para determinar su legalidad, juicio por lo demás consolidado en la jurisprudencia ordinaria y constitucional cuando se evalúan potenciales infracciones del principio de igualdad establecido en el art. 14 CE, que resulta análogo a la detección de restricciones injustificadas a la competencia.

Por su parte, el anteriormente mencionado pronunciamiento del TSJ de Cantabria del pasado junio, relativo al *Plan Renove del Mueble* de dicha comunidad autónoma,²⁸ pone de manifiesto la validez del análisis de justificación de la necesidad y proporcionalidad de la medida para establecer la legalidad de ayudas públicas de una manera más evidente incluso que la sentencia recién comentada. Se trata en esta ocasión de una medida de apoyo al consumidor final por la cual, tras la compra de bienes de mobiliario para el hogar, el establecimiento en el que se ha realizado la compra entrega un vale al comprador por importe del 25 % de lo adquirido, sufragado por la Administración cántabra, cantidad que se puede hacer valer en dicho establecimiento o en cualquier otro de los adheridos. De nuevo, solo las entidades que tengan la condición de pequeña o mediana empresa pueden adherirse al programa.

En esta ocasión, el TSJ de Cantabria contrasta la adecuación a Derecho de dicho Plan con las prescripciones de la normativa autonómica y nacional de subvenciones. En particular, resalta dicho TSJ, analizando las alegaciones de la parte demandante, el artículo 8 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (Principios Generales), que dispone en su apartado 2 que, cuando los objetivos que se pretenden conseguir afecten al mercado, su orientación debe dirigirse a corregir fallos claramente identificados y sus efectos deben ser mínimamente distorsionadores.

Así, en el Fundamento Jurídico 3^a de dicha sentencia, el TSJ establece que no es suficiente con que el objetivo de la medida esté bien determinado y precisado,

28. Orden HAC 9/2010, de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Cantabria, por la que se establecen las bases reguladoras y se hace pública la convocatoria de subvenciones para la adquisición de mobiliario para el hogar con el propósito de servir de estímulo y modernización del comercio en la Comunidad Autónoma de Cantabria (publicada en el BOC de 1 de marzo de 2010).

conforme prescribe el apartado 1 del mencionado art. 8 de la Ley General de Subvenciones, sino que esta adecuación formal entre objetivo e instrumento (la subvención en cuestión) debe acompañarse de un análisis del grado en que las disposiciones específicas de la subvención pueden alterar el juego de la libre competencia o pueden reputarse vulneradoras del principio de igualdad.

Pues bien, el TSJ considera que en el caso en cuestión el objetivo declaradamente perseguido (el estímulo de la demanda de comercio de muebles y de la consiguiente venta de dichos artículos) se ha instrumentado a través de una ayuda pública que repercute y beneficia de forma exclusiva a las entidades colaboradoras en cuyos establecimientos se realizarán las compras a las que se aplica la subvención, vulnerándose el principio de igualdad. Ello supone un estímulo al comercio, pero sus ventajas quedan únicamente restringidas a las pymes, por lo que, al igual que en el caso vasco, existe un direccionamiento de la demanda final y una restricción del margen de libertad del consumidor. Como consecuencia de todo lo anterior, el TSJ anula la Orden del Gobierno cántabro.

En definitiva, de los anteriores pronunciamientos se desprende que resulta posible cuestionar la legalidad de las ayudas públicas cuyo diseño incluye restricciones a la competencia, incluso de las que no encajan dentro de la tipología de ayudas de Estado ilegales en el sentido del art. 107 TFUE por no afectar a los intercambios comunitarios (esto es, por ser *de minimis*). Como puede apreciarse, los Tribunales están cohonestando de una manera cada vez más clara dicho análisis de legalidad de las posibles restricciones a la competencia presentes en el diseño de las ayudas públicas con los principios de necesidad y proporcionalidad de dichos elementos a partir de los objetivos perseguidos con la medida y del daño a la competencia en el mercado que pueda presentarse en ella.

4.3 El papel de la autoridad de competencia en el control jurisdiccional de las ayudas públicas

A partir de la evaluación de la legalidad de los elementos configuradores de las ayudas públicas que se ha llevado a cabo en las sentencias anteriormente aludidas, podemos reparar en que tal ejercicio resulta análogo al «examen de los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados» a que alude el art. 11 de la LDC, y a la llamada prueba de sopesamiento de la ayuda a la cual, en desarrollo de dicho precepto legal, alude el art. 7.3 del Reglamento de defensa de la competencia, consistente en el análisis de los aspectos positivos y negativos de su concesión, entre ellos la adecuación del instrumento utilizado, su efecto incentivador o la necesidad y proporcionalidad de la misma.²⁹

29. Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Esta metodología se desarrolla exhaustivamente en el primer Informe Anual de Ayudas Públicas (2008) de la CNC, apartado tercero, disponible en www.cncompetencia.es.

Por lo tanto, podemos concluir que, si bien es cierto que, por una parte, en sí mismos, ni la LDC ni lógicamente su Reglamento de desarrollo establecen consecuencias de ilegalidad para las ayudas públicas que incluyan restricciones a la competencia, y que, por otra parte, la CNC no puede declarar por sí misma tal ilegalidad, resulta igualmente cierto que existen puntos de conexión entre la prueba de sopesamiento y la evaluación de la legalidad de las ayudas públicas.

Ello nos conduce a comentar cuál puede ser el papel de la CNC en la activación de estos procesos, o bien la medida en que los análisis de la CNC puedan contribuir a instarlos por terceras partes o robustecer las probabilidades de que recursos ya interpuestos prosperen. La respuesta, necesariamente, ha de ser que la CNC puede y, en la medida de sus limitaciones, debe desempeñar un creciente papel a este respecto, si bien cabe observar algunas cautelas.

Así, debe partirse de que la configuración de la herramienta impugnatoria como uno más de los instrumentos de promoción de la competencia a disposición de la CNC implica que esta institución no puede ser un fiscalizador de la actividad administrativa en materia de ayudas que barra todo el espectro de medidas potencialmente ilegales por resultar restrictivas de la competencia. Ni es ese el espíritu de la LDC ni tampoco el diseño institucional de la CNC responde a tal aspiración, puesto que los medios y recursos con que actualmente cuenta esta, así como los imperativos de tiempo y plazos para la acción jurisdiccional que se derivan de las normas procesales aplicables, no permiten desempeñar de manera solvente dicha actividad de una manera tan amplia y ambiciosa. Por otra parte, hay que recordar que la misma vía jurisdiccional a disposición de la CNC queda expedita para terceros afectados por la ayuda supuestamente restrictiva de la competencia, que pueden actuar como demandantes ellos mismos ante los Tribunales.

De ahí que la decisión de la CNC de ejercer por sí misma la legitimación activa para impugnar este tipo de actuaciones administrativas pueda resultar condicionada por varios aspectos de importancia. En primer lugar, en estos casos, la autoridad nacional de competencia debe retener un margen de decisión acerca de qué medidas impugnar, bien por iniciativa propia, bien tras la puesta en conocimiento de un tercero. Lógicamente, para decidir qué actuaciones se inician y cuáles no habrá que atender a una serie de razones de índole objetiva en atención a la importancia de la medida, el daño a la competencia que puede infligir, el carácter estratégico para la CNC del sector en que se incardine, o el potencial ejemplarizante de una eventual resolución estimatoria de la impugnación. Pero no resulta posible agotar *a priori* todas las causas que influirían en tal decisión, ya que algunas otras de ellas, tales como las probabilidades de un pronunciamiento jurisdiccional favorable o la disponibilidad de recursos personales y materiales sostenidos a lo largo de todo el proceso también pueden terminar de perfilar una decisión que, en definitiva, tiene carácter potestativo.

Habida cuenta de las dificultades que presenta la activación directa de estas causas judiciales, resulta asimismo conveniente considerar la posibilidad de que la CNC no recurra por sí misma las ayudas públicas restrictivas de la competencia,

sino que sus análisis resulten de utilidad para que los terceros interesados efectúen tal impugnación por sí mismos. A este respecto, pueden servir de referentes tanto la metodología de evaluación de necesidad y proporcionalidad de las ayudas como los análisis sectoriales o individuales que se hayan desarrollado por la CNC en relación con supuestos de hecho más próximos, o idénticos, al objeto de la impugnación. Es esta una línea de actuación que merece la pena potenciar, fundamentalmente a través de una mayor y más eficiente difusión y explicación de sus tesis y trabajos en la materia. En este sentido, también cabe propiciar el papel de la CNC como asesor del órgano jurisdiccional en el seno de procedimientos ya iniciados, dada su posición de experto técnico, a solicitud de los propios órganos jurisdiccionales.

En definitiva, en el futuro cabe esperar un mayor desenvolvimiento de la CNC del catálogo de posibilidades relacionadas con la revisión jurisdiccional de ayudas públicas que resulten innecesaria y desproporcionadamente restrictivas de la competencia, tanto si suponen el ejercicio directo de la acción como si implican otro tipo de participación.

5. Conclusiones

El repaso que el presente artículo ha efectuado a las atribuciones legales de la CNC en materia de ayudas públicas, a las actuaciones por ella desarrolladas desde su constitución y a las principales líneas estratégicas en que se fundamentan tales actuaciones ha pretendido poner de manifiesto la importancia que tiene, y que puede adquirir, esta actividad dentro de la promoción de la competencia.

Si comparamos el seguimiento de las ayudas públicas en España con otras tareas de *advocacy*, como pueden ser los informes sobre proyectos normativos o los estudios sectoriales, no cabe desconocer que la puesta en marcha de estas funciones y el progresivo afianzamiento de la CNC como instancia autorizada para emitir juicios sobre el comportamiento de las distintas Administraciones Públicas a este respecto se han visto sometidas a ciertas dificultades adicionales. La existencia consolidada de una instancia revisora con una fuerte *vis* atractiva como la Comisión Europea, la falta previa de acervo y trayectoria en relación con estas actuaciones, o la particular dificultad que puede suponer el seguimiento de las recomendaciones de la CNC para las Administraciones encargadas de gestionar estos procesos son solo algunas de las razones que dificultan la adecuada traslación a las entidades otorgantes de ayudas de los beneficios que un diseño neutral desde el punto de vista competitivo pueden proporcionar al interés general, sin perjuicio de la satisfacción de los objetivos que persiguen cuando diseñan este tipo de medidas.

Es este un mensaje particularmente difícil de transmitir en el actual momento económico, que parece orientar las preocupaciones de las Administraciones Públicas hacia elementos distintos de la adecuada valoración de las consecuencias de sus

decisiones de apoyo a empresas sobre los mercados en que las mismas actúan, y ello a pesar de que los entes públicos deberían ser los primeros interesados en asegurar, a través de este tipo de análisis, una mayor eficiencia en la gestión de sus siempre limitados recursos públicos.

Sin embargo, junto a la robustez de las actuaciones ya desarrolladas, un vistazo al margen de recorrido que aún es posible transitar nos permite ser optimistas en relación con el valor y el impacto de las actuaciones de la CNC y, por extensión, del papel que otras instancias que cuentan con un innegable protagonismo a la hora de revisar las ayudas públicas (en particular, las jurisdiccionales) pueden desempeñar a la hora de acotar la actividad administrativa en la materia, de manera que, progresivamente, se vaya reduciendo el número y la intensidad de restricciones a la competencia presentes en esta importante parcela de la intervención pública. Todo ello redundará en una mayor calidad de las decisiones y, en definitiva, en un mayor grado de bienestar general.

