

UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LAS MEDIDAS COMUNITARIAS PARA HACER FRENTE A LA CRISIS ECONÓMICA Y FINANCIERA EN UN MERCADO GLOBAL¹

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ²

1. Consideraciones preliminares

Si a comienzos de 2007,³ cuando algunas entidades financieras empezaron a sufrir problemas de liquidez nos hubieran indicado que esos problemas puntuales acabarían llevando consigo la reordenación del sistema financiero mundial⁴ y que incluso

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación del «Plan Nacional de I+D+i» DER2008-04791/JURI – Nuevos instrumentos de protección de la competencia y de los consumidores, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).
2. Doctor en Derecho, miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (IDIUS). Secretario general del Consello Galego da Competencia y profesor asociado del Área de Derecho Mercantil de la Universidad de A Coruña. Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales del autor y, por lo tanto, de su exclusiva responsabilidad.
3. En una reciente conferencia del presidente del Banco Popular en Santiago de Compostela mencionaba a la entidad New Century Financial Corporation, que a 1 de enero de 2007 era la segunda compañía prestadora de créditos hipotecarios en Estados Unidos, como la primera entidad especializada en hipotecas *subprime* que había presentado los problemas que desencadenarían, a partir de su entrada voluntaria en el procedimiento para declararse en quiebra, el 2 de abril de 2007, la actual crisis (o al menos, la espoleta que iniciaría el proceso), en una suerte de «efecto mariposa», que realmente devendría en el *Chaos* en el que estamos inmersos. Como es lógico, cada país presenta sus propios problemas, por lo general, de naturaleza estructural, que son los desencadenantes de que la crisis afecte incluso a la propia estructura del Estado. España, obviamente, no es una excepción a este proceso y sus causas aun esperan por ser serenamente analizadas como paso previo para su efectiva y duradera solución.
4. En el caso concreto de España, la crisis ha impulsado la siempre pendiente reforma de las cajas de ahorros, venerables instituciones financieras cuya peculiar estructura y régimen de funcionamiento exigía su reforma, para corregir los problemas derivados, en gran medida, de las interferencias políticas, la captura por unos gestores no siempre profesionales y que no tenían accionistas ante quienes responder de manera efectiva. La pena es que este proceso fuera impuesto por la necesidad y no fruto de una valoración objetiva y serena, como correspondía a su peso real en el sistema financiero español. No debemos olvidar que el Real Decreto-ley 2/2011, de 18 de febrero, para el reforzamiento del sistema financiero (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2011) ha sido recurrido ante el Tribunal Constitucional por la Xunta de Galicia y ante el Tribunal Supremo por la Confederación Intersindical de Cajas (CIC). Acerca del proceso de reestructuración de estas entidades, vid. BANCO DE ESPAÑA: «Nota sobre el proceso de reestructuración de las cajas de ahorros. Situación a julio de 2011», de 13 de julio de 2011, disponible en: http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/info_interes/notareformacajas130711.pdf

algunos Estados, incluso de la Unión Europea, tendrían que ser prácticamente intervenidos, con el concurso del Fondo Monetario Internacional (FMI), o que incluso los propios Estados Unidos de América se aproximarían a la suspensión de pagos,⁵ nos habríamos cuestionado si nuestro interlocutor atravesaba por algún problema mental o si el mundo se había vuelto del revés.

Lo cierto es que se creó un clima de desconfianza, que como acertadamente resume Ruiz Peris,⁶ tuvo como consecuencia inmediata el desplome del volumen de operaciones en el mercado de crédito interbancario y la privación de la necesaria liquidez para la generalidad de las instituciones financieras que se trasladó inmediatamente en falta de crédito a la economía real.

Pero ese panorama, que ya tuvimos ocasión de analizar con detalle desde la perspectiva de las ayudas estatales,⁷ se ha complicado todavía más con la crisis de la deuda soberana, es decir, que son ya los Estados los que experimentan problemas de liquidez y/o solvencia —en gran medida por las dudas de los mercados sobre los ajustes que se han comprometido a realizar— que pretenden remediar accediendo también a los mercados en busca de un crédito que se vende muy caro, exponencialmente caro. Con ello, el proceso se retroalimenta y el crédito se diluye entre una demanda cada vez mayor, ante los incrédulos ojos de quienes al frente de empresas, principalmente no financieras,⁸ lo que llamaríamos de la Economía real, que ven como sus proyectos tienen que ser frenados y, en muchos casos, la supervivencia de sus empresas pelagra, por falta del imprescindible crédito, incluso para circulante.

Sin embargo, esta es la situación presente, llena de incertidumbres, desconfianza y en muchos casos desesperación,⁹ a pesar de los diversos y controvertidos tests de estrés realizados en el caso de la banca y de los esfuerzos de las autoridades

5. La solución pactada *in extremis* en el Congreso de Estados Unidos ha supuesto, sin embargo, la rebaja de la calificación de la deuda soberana por parte de Standard & Poor's (S&P), a mediados de agosto, pasando de la AAA, a la calificación de AA+, lo que supuso un serio revés en las cotizaciones bursátiles mundiales.
6. RUIZ PERIS, J. I., «Ayudas Públicas y Entidades Financieras», en GONZÁLEZ CASTILLA, F.; MARIMÓN DURÁ, R. (Coords.) 2010. *Estudios de derecho del mercado financiero: homenaje al profesor Vicente Cuñat Edo*, Universidad de Valencia, Valencia, pp. 785 a 806, en concreto, p. 785.
7. Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2010. «Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso *Credit Lyonnais* a la luz de la actual crisis mundial», en *RDBB*, nº 117, Lex Nova, enero-marzo, pp. 161 a 190 y posteriormente, algo más ampliado, «Rescue of Financial Institutions: An Overview of European Commission Frameworks and Practice on State Aids to Financial Sector in the Current Global Crisis», en *SSRN* [<http://ssrn.com/abstract=1615324>], May 25, 2010.
8. No debemos olvidar que las necesidades de fortalecimiento de recursos propios de las entidades financieras las hacen a ellas también demandantes de capital en los mercados y más restrictivas en la concesión de créditos, precisamente para sostener su solvencia.
9. En uno de los primeros trabajos académicos publicados en España sobre la crisis, el profesor Torrero, que une a su formación académica una gran experiencia práctica en el sector financiero, reconocía, con la humildad propia de los que realmente conocen un tema, todavía en 2008, que «Cuando intentamos conocer un fenómeno tan complejo como la crisis financiera actual, la primera palabra que surge es *modestia*. Modestia respecto del alcance de los conocimientos que tenemos los economistas para entender lo que está sucediendo; no digamos para averiguar lo que pueda acontecer» (TORRERO, MAÑAS, A. 2008. *La crisis financiera internacional y económica española*, Ediciones Encuentro, p. 9).

comunitarias y de las intervenciones del Banco Central Europeo,¹⁰ generándose de nuevo una suerte de círculo diabólico al que no parece que exista posibilidad real de poner freno, al menos a corto plazo, en un panorama económico cambiante, casi de día en día, aunque no se oculte un cierto aire de *déjà vu*, que incrementa la confusión.¹¹

En este complejísimo contexto, en el que la propia implantación del Euro es objeto de cuestión, vamos a limitar nuestro examen a las ayudas estatales y el papel que han jugado y están llamadas a desempeñar todavía no solo en el proceso de reestructuración del sector financiero,¹² sino también respecto de la recuperación económica en su conjunto.

Así, y aunque es prematuro hacer el balance final, para el que todavía tendremos que esperar, es posible ya realizar una revisión crítica de la metodología seguida hasta ahora y de los resultados obtenidos.¹³ A este respecto, y todavía desde una perspectiva general, resulta curiosa la evolución que desde el conocido principio «*Too big to fail*»,¹⁴ que servía como paradigma al comenzar la crisis

10. En el último informe elaborado por la Comisión, cuyos datos se hicieron públicos el 15 de julio de 2011, no deja de resultar sintomática la diferencia de valoración efectuada por los Estados, las instituciones y los mercados.
11. La prensa económica de estos últimos dos años se ha visto repleta de comentarios, a menudo contradictorios, sobre los diversos sucesos que jalonan este calvario de nuestra sociedad del bienestar. Aunque haremos referencia a alguno de ellos, sin duda, la columna semanal que publica Juan Pedro Marín Arrese, en el diario *Expansión*, resultará una crónica brillante, sincera y crítica, de unos acontecimientos que desbordan a menudo la imaginación.
12. La intervención pública en los procesos de reestructuración de empresas no es una cuestión pacífica. La Comisión encargó en 2009 un estudio al respecto: OXERA, *Should aid be granted to firms in difficulty? A study on counterfactual scenarios to restructuring state aid* (prepared for the European Commission) December 2010 (<http://www.oxera.com/main.aspx?id=8790>). Obviamente, existen argumentos en contra de la conveniencia económica de los rescates bancarios. A este respecto, vid. RODRÍGUEZ BRAUN, C.; RAMÓN RALLO, J. 2009. *Una crisis y cinco errores*, LID. Estos autores hacen un repaso de las diversas modalidades de medidas de rescate adoptadas por los diferentes países, distinguiendo entre el modelo irlandés, que garantizaba los depósitos, el estadounidense y español, que supuso la adquisición de parte de los activos bancarios para recapitalizar las entidades y el modelo británico que suponía la entrada en el capital de las entidades para adquirir su control, considerando finalmente el caso sueco como una fórmula mixta del norteamericano español y el británico. Estos autores son críticos con todos los modelos referidos, inclinándose por la posibilidad de que los acreedores a largo plazo transforman sus créditos en capital al objeto de que la recuperación de la entidad les permitiera recuperar su capital. Como es obvio, esta formulación, perfectamente razonable, dependerá de las expectativas reales de cada entidad concreta.
13. Tomamos, así, la primera acepción que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua adopta como primera acepción en su 22ª edición: «1. tr. Juzgar de las cosas, fundándose en los principios de la ciencia o en las reglas del arte.»
14. No es casual que una de las primeras y más influyentes novelas que relatan los acontecimientos vividos en Wall Street al comienzo de la crisis llevase, precisamente, a su título este manido «principio»: ROSS SORKIN, A. 2009. *Too Big to Fail: The Inside Story of How Wall Street and Washington Fought to Save the Financial System--and Themselves*, Viking. Lo cierto es que, aunque solo la comunicación sobre recapitalización bancaria cita expresamente el caso de la quiebra de Lehman Brothers, estaba en la mente de todos este especial caso por su evidente gravedad y valor simbólico, como expresamente se recoge en numerosas intervenciones públicas de los sucesivos comisarios de competencia. A título ilustrativo, vid. la intervención del comisario Almunia en el EU competition rules 9th Handelsblatt annual conference Strategies for Savings Banks and Landesbanken Berlin, 2 February 2011 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/62&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>), por citar un caso reciente, en el que expresamente se cita en la parte introductoria de su intervención «Let me start by describing what the EU has done to support the financial system and avoid the collapse of the financial sector since the fall of Lehman Brothers in the fall 2008.»

para presuponer que las grandes entidades, precisamente por su tamaño no caerían, es decir, nunca podrían quebrar, se hubiera pasado al casi absurdo principio de que ninguna entidad, especialmente las financieras podía quebrar –cualquiera que fuera su tamaño–, como si todas fueran «sistémicas» y el abandonar a su suerte a cualquiera de ellas pudiera llevarse por delante el sistema en su conjunto.¹⁵

Como es obvio, el principio inicial («*Too big to fail*») debe matizarse y ligarse no al tamaño de la entidad sino a su concreto papel en el sistema financiero o el entramado económico, en el caso de la economía no financiera, y el segundo, solo puede explicarse en el contexto de pánico casi general que se cernía sobre la estabilidad del sistema en su conjunto.

La culminación de los procesos de reestructuración y la viabilidad real de cada entidad concreta deberán marcar su destino, sin que la concesión de ayudas estatales pueda, ni deba evitar lo inevitable, pues solo así el sistema en su conjunto será creíble. En esta línea debemos interpretar los requerimientos de solvencia que se implantarán en el marco del acuerdo de Basilea III.¹⁶

Lo que sí parece evidente es que el panorama financiero internacional está en proceso de cambio –para reguladores y regulados, sean estos privados o públicos– y que muchos principios que se consideraban ya asentados están ahora en cuestión, y que las variables macroeconómicas deben convivir con las microeconómicas, que son las que manejamos en competencia.

El objeto de este trabajo será, en consecuencia, ofrecer una visión panorámica, principalmente desde la perspectiva del Derecho comunitario de la competencia, de cuál ha sido la respuesta comunitaria a esta compleja e incierta encrucijada, en materia de ayudas estatales, pues, en efecto, la Comisión Europea, con el impulso del Consejo a insistencia de los Estados miembros, ha articulado una serie de medidas temporales destinadas a regular su utilización, en un marco claramente excepcional.

Como tendremos ocasión de observar, la Comisión ha acudido a la adopción de comunicaciones (*soft law*), de carácter temporal, y apoyadas legalmente en los tratados y en la jurisprudencia comunitaria, ofreciendo una interpretación flexible, pero coherente con la que ha venido siendo su práctica consolidada.

La base legal de las medidas adoptadas es idéntica en todas ellas, si bien sus objetivos y finalidad son, como veremos, claramente diferentes y, en buena medida, complementarios.

15. Como recuerda Vives, en el sector financiero se dan todos los fallos de mercado clásicos (VIVES, X. 2010. *La crisis financiera y la regulación*, IESE/SP-SP Occasional Papers, OP-179, septiembre, pp. 3-5. Documento disponible en: <http://www.iese.edu/research/pdfs/OP-0179.pdf>

16. Los últimos tests de estrés realizados por la Autoridad Europea de Supervisión Bancaria se fijaron como parámetro para determinar la solvencia la barrera de un 5 % de *core capital*, cifra superior a la vigente a día de hoy, pero inferior a la de Basilea III cuando entre totalmente en vigor, pero ya se excluyeron las reservas anticíclicas y la definición del capital requerido se depuró para acercarla a las futuras exigencias de Basilea III (básicamente capital más reservas, excluyendo híbridos, obligaciones subordinadas, etc.).

Nos referiremos, en consecuencia, en primer lugar al paquete de ayudas al sector financiero, destinadas a facilitar su reestructuración y, en segundo lugar, a las que se dirigen a socorrer, casi en un sentido literal, a la denominada economía real, afectada directa y profundamente por la disminución del crédito, que exigirá reformas profundas, que las ayudas estatales podrán facilitar, pero nunca reemplazar, puesto que, como han reiterado los sucesivos comisarios de la competencia que han tenido que intervenir en la crisis, las ayudas estatales no son la única solución.

Una cuestión distinta —que por ello no abordaremos en este trabajo— son los planes de rescate, dirigidos a paliar los problemas financieros de algunos Estados miembros, cuya regulación es ya ajena a las ayudas estatales *strictu sensu*, que se regulan en los artículos 107 a 109 TFUE y que exceden, con mucho, las pretensiones de este trabajo, que solo pretende ofrecer una visión panorámica completa del papel que las ayudas estatales han desempeñado hasta la fecha y podrán seguir desarrollando para paliar, al menos en parte, los efectos de la crisis y promover, también de forma limitada, la solución de una de sus dimensiones, la relativa al futuro de las instituciones financieras, así como las destinadas a paliar los efectos de la crisis en la economía real.

2. Las ayudas a las entidades financieras

Las primeras alarmas de la crisis que se avecinaba —sin saber todavía con precisión cuál iba a ser su magnitud— se produjeron en el sistema financiero, especialmente a causa del elevado volumen de riesgo que este había asumido en el sector inmobiliario y con internacionalización que del mismo se había producido a través de su «titulización» y posterior comercialización por todo el mundo, con un alto grado de sofisticación y complejidad financiera, avalada por prestigiosas entidades y las propias agencias de calificación.

El contagio no solo estaba servido, sino que resultaba inevitable, pues ante la demanda de títulos cuya solvencia venía avalada por prestigiosas entidades y cuyo riesgo estaba también calibrado por las agencias de calificación resultaba muy difícil para las entidades, que en muchos casos actuaban como intermediarias, resistirse a la tentación o a la presión del departamento comercial correspondiente por participar en esa suerte de «milagro de los panes y los peces», que en este caso no resultó ser tal.¹⁷

17. No cabe duda de que será un interesante y necesario capítulo que deberá ser abordado en el estudio del proceso de gestación de la crisis, el papel desempeñado por la dialéctica natural, pero no siempre suficientemente ponderada, entre el departamento comercial y el de evaluación de riesgos de las diferentes entidades que participaron en la comercialización de estos instrumentos financieros, especialmente complejos, así como el papel de los órganos de supervisión y las agencias de calificación de riesgos. En todos estos niveles será necesario analizar el grado de responsabilidad en los fallos que se han cometido.

2.1 Una breve visión panorámica en clave comunitaria

Debemos comenzar señalando que ante el peligro de contagio de unas entidades a otras, real en unos casos y potencial, pero posible, en otros, por la propia dinámica del pánico en el funcionamiento de los mercados, los diferentes Estados, dentro y fuera de la Unión Europea, comenzaron, con mayor o menor presión interna, a acometer diferentes clases de medidas unilaterales, básicamente dirigidas a reforzar la solidez de las primeras entidades que amenazaban peligro de insolvencia real o que, al menos, el mercado percibía como tal.

En el marco de la Unión Europea, las medidas de apoyo suponían, de una u otra forma, la concesión de ayudas estatales, lo que en el marco de los tratados comunitarios es, como sabemos, un instrumento en el que los Estados miembros han perdido *de iure* su autonomía real.

Si en un principio se acudió a las Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración de empresas en crisis,¹⁸ cuyo contenido específico para el sector financiero era exiguo pues se limitaba a una simple nota al pie,¹⁹ pronto se vio que era preciso un instrumento específico que ofreciera orientaciones más claras, que reflejasen una respuesta unitaria de la Unión Europea, ante un problema que lejos de ser individual, de cada Estado miembro, adquiriría dimensiones globales.

Para ello, y tras la quiebra de Lehman Brothers, en septiembre de 2008, la Comisión Europea, a instancias del Consejo, adoptó una comunicación específica. Se trataba de la Comunicación de la Comisión — 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.²⁰

Esta comunicación no ofrecía grandes novedades,²¹ pero sí permitía exponer a los mercados y a los Estados miembros que existía una respuesta colectiva europea,

18. Comunicación de la Comisión — Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO 244, de 1.10.2004, p. 2), cuya vigencia ha sido prorrogada hasta el 9 de octubre de 2012 (DO C 156, de 9.7.2009, p. 3). Estas Directrices se apoyan en la excepción recogida en el artículo 107.3.c) TFUE («las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común»). Al amparo de las mismas, se resolvieron inicialmente asuntos como *IKB* [Case C10/2008, Restructuring aid to IKB (Decisión 21.10.2008)] o *Sachsen LB* [Case C9/2008, Restructuring aid to Sachsen LB (Decisión 4.6.2008)]. En la actualidad se está ya trabajando en un nuevo texto, que suponemos dará un tratamiento más completo al sector financiero del que ha tenido hasta ahora en estas directrices. Para un comentario de las actuales Directrices, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2003. «Crisis empresariales y ayudas estatales», en *Derecho de los Negocios*, n° 150, marzo, pp. 13-28 y ARPIO SANTACRUZ, J. 2005. «Las ayudas públicas de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis en el derecho comunitario: límites y régimen jurídico», en *ADI*, Tomo XXV (2004/2005), pp. 27-55. Más recientemente, PÉREZ-BUSTAMANTE, J.; LÖWHAGEN, F. 2010, en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITBO JUAN, A. (Dirs.), *El Derecho de la Competencia en Tiempos de Crisis*, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, pp. 298-318.

19. Las todavía vigentes Directrices de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, de 2004, actualmente prorrogadas, dedicaban al sector financiero únicamente la nota 15. Sobre esta cuestión, vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. «Rescate de entidades financieras...», op. cit., p. 164.

20. DOC 270, de 25.10.2008, p. 8.

21. Como tuvimos ocasión de señalar gran parte de su contenido procede de la reflexión incorporada por la propia Comisión en la Decisión adoptada en el caso *Crédit Lyonnais* varios años ante. Vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., «Rescate de entidades financieras y ayudas estatales...», op. cit., especialmente, pp. 151-59.

perfectamente engarzada con la práctica comunitaria en materia de ayudas estatales, que daba cobertura a las medidas que se consideraba debían ser adoptadas de inmediato. De hecho, una de las novedades que sí incorporó fue un examen acelerado de las ayudas de salvamento, que en su momento se había planteado pero que la urgencia del caso hizo inevitable aplicar y poner por escrito, generalizando de manera muy flexible una excepción recogida en el artículo 107.3 TFUE, concretamente en su letra b) («grave perturbación en la economía de un Estado miembro»), pensada para situaciones extremas en Estados individualmente considerados, pero que se ofrecía como alternativa general, pues todos estaban en similares situaciones. La base más general de la letra c), relativa a las ayudas sectoriales se consideraba insuficiente pues no ofrecía la flexibilidad de aquella y constituía, a nuestro entender, un precedente demasiado peligroso, dado el grado de flexibilidad que la Comisión estaba dispuesta a admitir a los Estados miembros para la concesión de estas ayudas.

La adopción de las tres comunicaciones posteriores,²² que detallaban algún aspecto clave de la primera, fueron fruto de decisiones posteriores, tomadas a impulsos del Consejo, es decir, de los Estados miembros.

De todas ellas sin duda la más relevante a día de hoy es la dedicada a los procesos de reestructuración,²³ con las importantes matizaciones añadidas al ser prologado el marco temporal excepcional,²⁴ que recoge las expectativas de la Comisión y del Consejo de que su misión está en gran medida cumplida y procede diseñar un panorama sin ayudas estatales excepcionales.²⁵

No obstante lo anterior, al constituir las cuatro comunicaciones, más la que prorroga el marco definido por estas hasta 2012, una unidad, deberemos hacer algunas consideraciones generales sobre las mismas.

22. Cfr. Comunicación 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» (DOC 10, de 15.1.2009, p. 2); la comunicación sobre «El tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario» (DOC 72, de 26.03.2009, p.1), y la comunicación titulada «La recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales» (DOC 195, de 19.8.2009, p. 9).
23. No obstante se siguen aprobando ayudas de salvamento, destinadas, precisamente a preparar la reestructuración, en su caso, de las entidades afectadas. Un claro ejemplo es la intervención por el Banco de España de la Caja de Ahorros del Mediterráneo, en el marco del proceso de recapitalización de estas entidades. Vid. State Aid SA.33402. Spain, 24.07.2011 (Financial assistance to be granted to CAM and Banco CAM). Otro ejemplo de rescate recientemente aprobado por la Comisión es el de *Irish Life & Permanent Group Holdings* (IP/11/913, de 20/07/2011: «State aid: Commission temporarily approves rescue aid for Irish Life & Permanent Group Holdings»).
24. El 1 de diciembre de 2010, la Comisión decidió prorrogar dichas medidas, introduciendo diversos cambios, a través de una nueva Comunicación relativa a la aplicación, desde el 1 de enero de 2011, de las reglas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a favor de los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOC 329, de 7.12.2010, p. 7).
25. Debemos destacar que la comunicación que prorroga las ayudas al sector financiero es conocida como la «Comunicación de salida» («The Exit Communication»), en el punto 1 (Introduction), del DG Competition Staff Working Document The Application of State Aid Rules to Government Guarantee Schemes Covering Bank Debt to Be Issued After 30 June 2011 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/phase_out_bank_guarantees_2011.pdf), en el que se enumeran los documentos adoptados por el Consejo previamente para preparar el cese del régimen excepcional de ayudas.

Así, la primera comunicación, titulada «*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*»²⁶ conocida como la «Comunicación bancaria», no solo ofrece la posibilidad de acudir a una base jurídica diferente para justificar la compatibilidad de estas ayudas que, si bien estaba recogida desde un principio entre las excepciones llamadas «discrecionales», es decir, las que dejan a la Comisión un amplio margen de apreciación²⁷ y que, en este concreto supuesto [artículo 107.3.b)] apenas había sido empleada.

La comunicación reconoce la excepcionalidad de las circunstancias que atraviesa la economía mundial y reconoce que está dispuesta a admitir, bajo su supervisión, la concesión de ayudas al sector financiero al amparo de la excepción del artículo 107.3.b) TFUE («*las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*»). El matiz es obvio, no se trata de un Estado miembro concreto, sino que la Comisión entiende que todos ellos, en diferente grado, atraviesan una situación excepcional de tal magnitud que, si consideran necesario el otorgamiento de ayudas públicas (tal como las delimita el artículo 107.1 TFUE), pueden acogerse a esta cláusula para fundamentar su autorización excepcional.

En segundo término, establece un procedimiento acelerado de examen de los casos, como exigían las circunstancias, que hizo que la Comisión resolviese, en casos críticos, a autorizar ayudas en cuestión de horas desde la correspondiente comunicación remitida por el Estado miembro.²⁸

26. DOC 270, de 25.10.2008, p. 8. La versión inglesa emplea la expresión «global», que ha sido traducida por «mundial», que aunque similar, no entendemos plenamente coincidente, pues no destaca la íntima relación de unos casos con otros dada la globalidad *de facto* del mercado financiero. Para un comentario de este documento, vid., entre otros, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2008. «Los Principios generales de la Comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales a las entidades financieras en dificultades», en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo, nº 66, diciembre, pp. 12-15, y HATTON, C.; COUMES, J. M. 2009. «Comisión Adopts Guidelines on State Aids to the Financial Sector», en *European Competition Law Review*, nº 2, pp. 51-52.

27. La Jurisprudencia comunitaria ha sido constante al reconocer un amplio margen de apreciación a la Comisión al efectuar sus valoraciones de naturaleza económica. A este respecto, a título de ejemplo, la reciente STG, de 24 de marzo de 2011 (Asuntos acumulados T-443/08 y T-455/08, Freistaat Sachsen et al./Comisión, pendiente de publicación en el Repertorio) señala expresamente que: «90. [...] el control jurisdiccional de un acto de la Comisión que implique una apreciación de esta naturaleza [económica] debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder (sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de julio de 2008, *Chronopost/UFEX* y otros, C-341/06 P y C-342/06 P, Rec. p. I-4777, apartados 141 a 143).»

28. Como ya señalamos en su día, ante el aumento de casos en que había sido necesaria una rápida intervención por parte de la Comisión en relación con estas ayudas, los funcionarios en materia de competencia de la Comisión Europea habían ya propuesto nuevas reglas destinadas a permitir que estas ayudas sean estudiadas y, en su caso, autorizadas, de forma más rápida. Esta propuesta de la que daba cuenta GARCÍA GALLARDO, R. (DN, nº 79, p. 41) concedería al comisario competente en materia de competencia la autoridad exclusiva para aprobar urgentemente las inyecciones económicas necesarias para ganar tiempo en caso de quiebra inminente de una entidad bancaria. En virtud de estas reglas, un Estado miembro podría notificar una serie de ayudas de emergencia a la Comisión y obtener una decisión al día siguiente. Como indica el propio GARCÍA GALLARDO (op. cit. p. 41) los límites y reglas de trabajo tendrían que ser estrictamente definidos, de modo que se permitieran tan solo

La comunicación sobre recapitalización bancaria,²⁹ que fue la segunda en publicarse, centró sus esfuerzos en la valoración que debía darse al capital que el Estado miembro adquiriría en las entidades, que por su especial naturaleza están sujetas a ratios especiales, y a fijar líneas básicas para su salida del mismo.³⁰

Por su parte, la tercera comunicación se centró en el tratamiento de los «activos tóxicos»,³¹ que minaban la credibilidad de los balances de las entidades financieras.³² Al amparo de la misma se planteó y, en algunos casos, se llegó a crear los que se conocieron como «bancos malos», en los que se aparcaban los activos dañados o dudosos.³³

Finalmente, la Comisión hizo pública su comunicación sobre reestructuración bancaria,³⁴ con la que se trataba de ofrecer pautas claras para que, solventados los problemas que exigían el «salvamento» temporal de las entidades que entraban en crisis, se repasaba la práctica comunitaria para que solo las empresas viables, es decir, las que presentaran un plan de reestructuración creíble, pudieran recibir ulteriores ayudas, precisamente para garantizar su viabilidad futura; es decir, sin nuevas ayudas y a costa de los esfuerzos que fueran precisos por parte de la empresa para seguir en el mercado si esta resultaba ser la opción óptima desde el punto de vista de la competencia y de los propios accionistas.

Así se recoge expresamente en esta Comunicación, en la que se señala con claridad que:

«4) Cuando una institución financiera haya recibido ayuda estatal, los Estados miembros deberán presentar un plan de viabilidad o un plan de reestructuración más radical con el fin de confirmar o reestablecer la viabilidad a largo plazo de cada banco sin depender de la ayuda estatal. Se han establecido criterios para acotar en qué condiciones puede necesitar un banco una reestructuración más

ayudas excepcionales destinadas únicamente a mantener al banco a flote. Cfr. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 1998. «Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado», en *RDBB*, nº 69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, pp. 81-124, en concreto, p. 3, nota 53.

29. DOC 10, de 15.1.2009, p. 2.

30. Un examen más detallado de esta comunicación puede verse en RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.; OJO, M. 2010. «Juridical and Financial Considerations on the Public Recapitalisation and Rescue of Financial Institutions During Periods of Financial Crises (Part I)», en *SSRN*, 2010, Last Revised: October 10, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1646320

31. La prensa en general prefirió la más gráfica expresión de «activos tóxicos».

32. Un interesante comentario de las comunicaciones sobre recapitalización y la adquisición de activos tóxicos se halla también en URÍA FERNÁNDEZ, F. «Las ayudas de recapitalización y adquisición de activos depreciados en el sector financiero», en MARTÍNEZ LAGE, S.; PETITIBO JUAN, A. (Dir.), *El Derecho de la Competencia...*, op. cit., pp. 319-43.

33. Sobre esta figura resulta muy esclarecedora la reflexión de CARRASCOSA MORALES, A. «¿Es la panacea un banco malo privado?», en *Expansión*, sección Opinión, del 12 de abril de 2011, p. 54.

34. DOC 195, de 19.8.2009, p. 9. No debemos olvidar que la técnica de apartar activos dudosos ya se había empleado en el caso *Crédit Lyonnais*, en que la Comisión autorizó las ayudas aplicando las Directrices sobre ayudas de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, vigente en aquel momento, así como en caso como el de *Iberia*, en que no apreció la existencia de ayuda estatal. Vid. Decisión de 31 de enero de 1996, relativa a la recapitalización de la compañía *Iberia* (DOL 104, de 27.4.1996, p. 25).

profunda y cuándo son necesarias medidas que compensen el falseamiento de la competencia ocasionado por la ayuda (...).³⁵ La presente Comunicación no altera esos criterios sino que los complementa con el fin de aumentar su previsibilidad y garantizar un enfoque coherente, explicando los criterios con que la Comisión valorará la compatibilidad de las ayudas de reestructuración (1) concedidas por los Estados miembros a las instituciones financieras en las circunstancias actuales de crisis sistémica, con arreglo al artículo 87, apartado 3, letra b), del Tratado.»

Es, como señalamos, la situación actual en la mayoría de los casos en trámite, con las matizaciones introducidas en la Comunicación de finales de 2010,³⁶ que trata de restablecer el funcionamiento normalizado del sector.

La Comisión señala así que:

«2. Las cuatro Comunicaciones subrayan el carácter temporal de la admisibilidad de tales medidas. [...] La Comunicación sobre reestructuración es válida para las ayudas de reestructuración notificadas antes del 31 de diciembre de 2010, mientras que las demás Comunicaciones no tienen fecha de expiración.

3. La presente Comunicación [prórroga] establece los parámetros para la admisibilidad temporal de las ayudas concedidas a los bancos en el contexto de la crisis a partir del 1 de enero de 2011.»

2.2. La situación actual y el inmediato e incierto «por venir»

El 1 de diciembre de 2010,³⁷ la Comisión decidió prorrogar los marcos de ayudas temporales al sector financiero y a la economía real, aunque introduciendo notables y significativos cambios.

35. En la correspondiente nota al pie (4) se aclara: «Los criterios y circunstancias específicas que dan lugar a la obligación de presentar un plan de reestructuración se han explicado en la Comunicación bancaria, la Comunicación de recapitalización y la Comunicación de activos deteriorados. Se refieren en particular, aunque no exclusivamente, a situaciones en las que un banco en dificultades haya sido recapitalizado por el Estado o cuando el banco ya haya recibido cualquier tipo de ayuda estatal que contribuya a la cobertura o la evitación de pérdidas (exceptuando la participación en un régimen de garantía) que en conjunto supere el 2 % del total de los activos del banco ponderados en función del riesgo. El grado de reestructuración dependerá de la gravedad de los problemas de cada banco. Por el contrario, en consonancia con esas Comunicaciones (en particular con el punto 40 de la Comunicación de recapitalización y el anexo V de la Comunicación de activos deteriorados), cuando se haya concedido a bancos esencialmente sólidos una ayuda de importe limitado, los Estados miembros deberán presentar a la Comisión un informe sobre el uso de los fondos estatales que comprenda toda la información necesaria para evaluar la viabilidad del banco, la utilización del capital recibido y la senda para abandonar la dependencia del capital público. El estudio de viabilidad deberá demostrar el perfil de riesgo y la futura adecuación del capital de estos bancos y evaluar sus planes empresariales.»

36. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOC 329, de 7.12.2010, p. 7).

37. IP/10/1636, 01/12/2010: «State aid: Commission prolongs crisis framework with stricter conditions».

No cabe duda de que la Comisión preveía un panorama más halagüeño del que finalmente se ha desarrollado desde entonces, como la lectura de la prensa diaria nos pone dramáticamente en evidencia. No obstante, lo que sí se puede inferir de los documentos aprobados por la Comisión en diciembre de 2010 es que, en buena medida, el proceso de excepcionalidad está próximo a concluir, aunque la realidad no acabe de coincidir con previsiones tan optimistas como las que la Comisión apuntaba.³⁸

En lo que se refiere al sector financiero, la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera³⁹ se muestra particularmente optimista:

«5. La recuperación económica, que ha tenido lugar paulatinamente desde el inicio de 2010, se ha producido a un ritmo más rápido del que se preveía a principios de año.⁴⁰ Aunque la recuperación es todavía frágil e inestable en la Unión, en algunos Estados Miembros se registran tasas de crecimiento modestas o incluso más robustas. Además, a pesar de algunas bolsas de vulnerabilidad, en términos generales la salud del sector bancario ha mejorado si se compara con la situación del año pasado. [...]»

La consecuencia de este panorama, excesivamente optimista en nuestra opinión, es que el propio apartado añade que:

«[...] la existencia de una grave perturbación de la economía de todos los Estados miembros ya no es tan clara como lo era en las fases iniciales de la crisis. [...]»

No obstante, y a pesar de reconocer esa «evolución», reafirma la subsistencia de las condiciones que llevaron a mantener la aplicación de la excepción del artículo 107.3.b), bajo ciertos matices, *«[...] ante la reciente reaparición de tensiones en los mercados financieros y el riesgo de efectos indirectos negativos más amplios, por las razones esbozadas en la presente Comunicación.»⁴¹*

38. La situación que describe la Comisión al acordar la prórroga del régimen excepcional para el sector financiero y la economía real, que entendemos no se ve confirmada por la realidad que vivimos solo unos meses después, justificaría los equilibrios que la Comisión realiza en dichos documentos para mantener la aplicación del artículo 107.3.b). En este sentido, véase el comentario que de la Comunicación bancaria de 2010 hacen GARROD, D.; MACKAY, G. 2011. «Extension of Crisis-Related State Aid Rules for Banks as Eurozone Economies Continue to Lurch», en *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 2, nº 2, pp. 135-137.

39. DOC 329, de 7.12.2010, p. 7.

40. Subrayado nuestro.

41. El punto 6º, que es el siguiente, de la Comunicación es más concreto al respecto y alude expresamente al problema suscitado por la competencia en los mercados de la deuda soberana.

En consecuencia, la Comisión mantiene temporalmente la vigencia del paquete bancario, incluida la Comunicación sobre reestructuración que era la única que fijaba un límite temporal concreto de aplicación (31 de diciembre de 2010), que se amplía a las ayudas de reestructuración notificadas antes del 31 de diciembre de 2011, sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE.

No obstante, la Comisión trata ya de anticipar cuál va a ser su posición en el futuro, en un contexto que califica como de «condiciones normales de mercado», contexto que considera que se producirá «a partir del 1 de enero de 2012». A partir de esa fecha, la Comisión prevé que dispondrá ya de unas Directrices sobre ayudas de Estado de salvamento y reestructuración, específicas para las entidades financieras, sobre la base del artículo 107.3.c) TFUE, como el general, pendiente de reforma, y no en el artículo 107.3.b) TFUE.

En el ámbito sustantivo la Comunicación de 2010 abandona la distinción clave que se había formulado en la primera Comunicación bancaria,⁴² en 2008, entre las «instituciones financieras que no tienen liquidez pero que por lo demás son esencialmente sólidas», «en ausencia de las circunstancias excepcionales actuales»⁴³ (subrayado nuestro), del que puede dispensarse a las instituciones financieras «caracterizadas por problemas endógenos» (podríamos traducirlo como aquellas que sufren la crisis por sus propios deméritos).

En 2008 se señalaba respecto de las entidades de la primera categoría que «las distorsiones de la competencia resultantes de regímenes que apoyen la viabilidad de tales instituciones serán más limitadas y requerirán normalmente una reestructuración menos importante.»

Por su parte, en el caso de las segundas, «encajarían en el marco normal de las ayudas de salvamento, y necesitarían una reestructuración de gran envergadura, así como medidas compensatorias destinadas a limitar las distorsiones de la competencia.»

En ambos supuestos, la Comisión reconocía (en 2008) que «a falta de salvaguardias apropiadas, las distorsiones de la competencia pueden ser considerables a raíz de la aplicación de regímenes de garantía y recapitalización, pues podrían favorecer indebidamente a los beneficiarios en detrimento de sus competidores o podrían agravar los problemas de liquidez de instituciones financieras situadas en otros Estados miembros.»⁴⁴

Esta diferenciación, que también había sido relevante incluso en el marco de las ayudas a la economía real, a las que nos referiremos más adelante, pierde, a juicio de la Comisión, todo interés en el marco prorrogado bancario,⁴⁵ para la evaluación de las necesidades de reestructuración de bancos, ya que a partir de su

42. Comunicación bancaria (2008), punto 14.

43. Subrayado nuestro.

44. Comunicación bancaria (2008), punto 14.

45. Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación, a partir del 1 de enero de 2011, de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera (DOC 329 de 7.12.2010, p. 7), punto 15.

entrada en vigor (1 de enero de 2011), tendrá en cuenta únicamente la situación específica de cada institución, el grado en que dicha reestructuración sea necesaria para restaurar la viabilidad sin más apoyo estatal así como su dependencia respecto a anteriores ayudas estatales.⁴⁶

En efecto, en la prórroga del marco bancario, la Comisión señala que:

«15. A la hora de evaluar las necesidades de reestructuración de los bancos, la Comisión tendrá en cuenta la situación específica de cada institución, el grado en que dicha reestructuración es necesaria para restablecer la viabilidad sin recibir nuevas ayudas públicas así como la dependencia previa con respecto al apoyo estatal. Como regla general, cuanta mayor haya sido la dependencia de la ayuda estatal, mayor será la necesidad de someterse a una reestructuración en profundidad para garantizar la viabilidad a largo plazo. Además, la evaluación individual tendrá en cuenta cualquier situación específica de los mercados y aplicará las directrices de reestructuración con la oportuna flexibilidad en el caso de que se produzca una grave perturbación que ponga en peligro la estabilidad financiera de uno o más Estados miembros.»

Para la Comisión,⁴⁷ la exigencia de un plan de reestructuración a los bancos que se beneficien de «ayuda estructural», expresión que aclara indicando que se refiere a las «medidas de recapitalización o de rescate de activos», añadiendo que:

«[...] aunque simultáneamente se acepte que el simple uso de las garantías de refinanciación aún no activaría la obligación de presentar un plan de reestructuración (5),⁴⁸ indica a los bancos que deben prepararse para el retorno a las condiciones normales de mercado sin apoyo estatal a medida que el sector financiero vaya emergiendo progresivamente de la crisis. Además, ofrece un incentivo para las distintas instituciones que aún tienen que acelerar el necesario proceso de reestructuración. Al mismo tiempo, permite la suficiente flexibilidad para tomar debidamente en consideración las circunstancias potencialmente diversas que afectan a la situación de los distintos bancos o mercados financieros nacionales. Asimismo, contempla la posibilidad de que se produzca un deterioro

46. Así lo destacamos ya en RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J. A. 2010. «Preparando la salida de la crisis. Las nuevas reglas aprobadas por la Comisión para 2011», en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho CMS Albiñana & Suárez de Lezo, nº 77. Septiembre – Diciembre, pp. 16-17.

47. Punto 16 de la Comunicación de 2010.

48. La Comunicación aclara en nota (5) que «No obstante, el documento de trabajo de la DG Competencia, de 30 de abril de 2010 sobre la aplicación de las normas en materia de ayudas estatales a los regímenes de garantías estatales para cubrir las deudas bancarias que se emitan después del 30 de junio de 2010: establece un umbral del 5 % de obligaciones garantizadas pendientes del total de obligaciones y un importe total de deuda garantizada de 500 millones EUR por encima del cual se exige un examen de viabilidad.» A la misma conclusión llega la Comisión en su posterior informe, ya citado, de 01.06.2011 [DG Competition Staff Working Document The Application of State Aid Rules to Government Guarantee Schemes Covering Bank Debt to Be Issued After 30 June 2011 (http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/phase_out_bank_guarantees_2011.pdf)]

general de la estabilidad financiera o de la de un país determinado, algo que no puede descartarse en la actualidad, dada la fragilidad residual que se observa en la situación de los mercados financieros.»

No es posible hacer en el presente trabajo un examen de los casos concretos, tanto de ayudas *ad hoc* como de los regímenes autorizados en este proceso, pero será necesario para poder valorar con solvencia cómo queda realmente el sector. Y ello, no solo por los objetivos planteados en este trabajo, sino porque todavía siguen planteándose casos y numerosos de los que se han planteado están todavía pendientes de la evaluación definitiva por parte de la propia Comisión.⁴⁹

Debemos recordar, sin embargo, que la aprobación de un plan de reestructuración no exime a la Comisión de verificar su efectivo cumplimiento, lo que si en cualquier sector es necesario, en este caso será imprescindible.

Un ejemplo reciente lo tenemos en la entidad alemana Hypo Real Estate (HRE), respecto de la que la Comisión ha aprobado, finalmente, su plan de reestructuración.⁵⁰

En este caso y, aunque no es todavía público el texto de la decisión final adoptada por la Comisión, los datos que ofrece la nota de prensa hecha pública al respecto nos ofrece algunos datos de interés, que resumiremos del siguiente modo:

En primer lugar la Comisión autoriza ayudas en forma de recapitalización pública por importe de 10 mil millones de euros, el rescate de activos dañados por un importe de 20 mil millones de euros y una garantía de liquidez por importe de 145 mil millones de euros.

Como informa la Comisión, en virtud del plan de reestructuración aprobado para HRE y su banco principal, Deutsche Pfandbriefbank (PBB), restaurará la viabilidad a largo plazo del PBB, asegurando que el banco y sus antiguos propietarios contribuirán suficientemente a los costes de la reestructuración, considerando limitados los efectos distorsionadores que sobre la competencia producirá la ayuda finalmente autorizada, en a medida en que, como se recoge en la nota de prensa de la Comisión, todas las actividades de negocio del grupo HRE serán abandonadas progresivamente, excepto las actividades de PBB, de modo que, a finales de 2011, el balance ajustado del PBB se reducirá situándose en torno al 85 % del que correspondía al HRE en su conjunto a finales de 2008. De este modo, al reducirse de forma tan significativa la actividad bancaria del grupo HRE, sus competidores podrán ganar la cuota de mercado abandonada, compensándose así los efectos de su mantenimiento con cargo a fondos públicos.

49. En un ejemplo de transparencia, la Comisión ha venido publicando de forma periódica una relación de los casos examinados. La más reciente, teniendo en cuenta ya la nueva comunicación de 2010, es de 18/07/2011. Se trata del MEMO/11/516 («State aid: Overview of decisions and on-going in-depth investigations in the context of the financial crisis [situation as of 14 July 2011]»).

50. Cfr. IP/11/898, de 18/07/2011 «State aid: Commission approves restructuring plan of Hypo Real Estate and clears the aid». (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/11/898&type=HTML>).

3. ¿Y qué ocurre con la economía real?

Aunque haya sido mayor, por razones muy diversas, la relevancia pública adquirida por las ayudas al sector financiero, estas ayudas no han sido las únicas articuladas para remediar la crisis.

En efecto, la denominada economía real⁵¹ se ha visto también afectada por la crisis de las entidades financieras y la posterior de los propios Estados miembros, lo que llevó pronto a la Comisión Europea a establecer un marco comunitario que permitiera el otorgamiento ordenado de ayudas estatales a los restantes sectores económicos, afectados por la falta de liquidez y/o solvencia de aquellas.

Con este objetivo, la Comisión adoptó, el 17 de diciembre de 2008, una comunicación de carácter horizontal; es decir, dirigida a todos los sectores económicos, al margen, lógicamente del sector financiero ya apoyado con un marco específico. Se trataba de la comunicación «Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis⁵² económica y financiera» (en adelante, «Marco temporal 2010»).

Esta comunicación, que ha sido objeto de diversas modificaciones⁵³ y que también ha sido finalmente prorrogada hasta 2012,⁵⁴ ofrecía a los Estados miembros la posibilidad de adoptar un amplio abanico de medidas, no todas ellas ayudas estatales, destinadas a facilitar el acceso al crédito de los operadores económicos afectados de forma generalizada por los efectos de la crisis.

Como claramente se señalaba en la versión original del Marco temporal 2010, en vigor hasta el 31 de diciembre de 2010, el fundamento de las medidas excepcionales que adoptaba, tanto para la economía financiera como para la real, se

51. El término «economía real» estaba ya consagrado entre nosotros. En este sentido, vid, a título de ejemplo, NIÑO BECERRA, S; MARTÍNEZ BLASCO, M. 2001. «¿Economía real vs. economía financiera?», en *Boletín Económico de ICE*, n.º 2701, del 17 al 23 de septiembre, pp. 5-8 [disponible en: http://www.revistasice.com/cmsrevistasICE/pdfs/BICE_2701_05-08_1D84BF4196A5693026127345F0CDAA44.pdf]; FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. 2010. «Economía real y sistema financiero. La importancia de las reformas», en *Encuentro sobre la reforma del sistema financiero español*, Conferencia pronunciada en el Madrid, el 23 de febrero, Expansión-KPMG (Disponible en la web del Banco de España: <http://www.bde.es/webbde/es/secciones/prensa/intervencion/gobernador/mfo230210.pdf>). En un sentido irónico no hemos permitido hablar también de «economía irreal», para referirnos a aquellos Estados que no asumiendo la gravedad de la crisis no acometen las necesarias reformas, viviendo en una peligrosa «irrealidad económica», que no hace presagiar nada bueno. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2010. «Economía real e irreal», publicado en la serie *Tribuna*, en *La Voz de Galicia*, jueves, 18 de noviembre, p. 15.

52. DOC 16, de 22.1.2009, p. 1.

53. La versión original de esta comunicación fue modificada por primera vez, el 25 de febrero de 2009, publicándose una versión consolidada que la incorporaba (DOC 83, de 7.4.2009, p.1). Posteriormente, sin embargo, el texto fue objeto de dos nuevas modificaciones, adoptadas, respectivamente, el 28 de octubre de 2009, en relación con las empresas del sector primario (DOC 261, de 31.10.2009, p. 2) y el 8 de diciembre de 2009 (DOC 303, de 15.12.2009, p. 6). La propia Comisión calificó esta modificación en la web institucional de la DG COMP, como «técnica», dirigida a facilitar el acceso a la financiación y animar la inversión a largo plazo, sobre todo en Estados miembros con costes de mano de obra bajos.

54. DOC 6, de 11.1.2011, p. 5. La Comisión ha elaborado también un cuadro explicativo de los cambios introducidos en la prórroga, disponible en la web de la DG COMP en la dirección: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/changes_temporary_framework_2011_en.pdf

encontraba en su previa Comunicación, de 26 de noviembre de 2008, bajo el expresivo título de «Plan de recuperación de la economía europea».⁵⁵

Dicho plan partía de dos elementos básicos, que como señalaba la propia Comisión, «se refuerzan mutuamente».⁵⁶ Por una parte, realizar «una inyección masiva de poder adquisitivo en la economía con objeto de estimular la demanda y generar confianza». Y, en segundo, «la necesidad de dirigir la acción a corto plazo a reforzar la competitividad de Europa a largo plazo.»

Al mismo tiempo, se partía de la necesidad de coordinación en las medidas desde una perspectiva comunitaria y de su carácter necesariamente temporal.⁵⁷

Las medidas diseñadas bajo estas premisas perseguían desde un principio un doble objetivo: desbloquear el crédito bancario a las empresas y garantizar la continuidad de su acceso a la financiación y, al mismo tiempo,⁵⁸ animar a las empresas a seguir invirtiendo en el futuro y, en concreto, en un crecimiento sostenible de la economía.⁵⁹

Es preciso destacar que el Marco temporal 2010 no solo establecía qué ayudas se podían conceder, sino que, como en el caso del sector financiero, ofrecía para su otorgamiento excepcional la base legal del artículo 107.3.b) TFUE, al apreciar la concurrencia de una grave perturbación en la economía en su conjunto y, por lo tanto, en la de cada uno de los Estados miembros.

El primer texto incluía un interesantísimo epígrafe, bajo la rúbrica «*Medidas Generales de Política Económica*»,⁶⁰ en el que la Comisión hacía un sencillo, pero

55. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, COM (2008) 800. Este documento puede consultarse en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:ES:PDF>

56. Cfr. Marco Temporal 2010, punto 1.1.

57. Apartado 1.2 del Marco Temporal 2010, bajo la rúbrica «Necesidad de una estrecha coordinación europea de las medidas de ayuda nacionales».

58. La Comisión reconoce expresamente en el Marco Temporal 2010 que parte para valorar la importancia de este primer objetivo de las conclusiones recogidas en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Pensar primero a pequeña escala — “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas», de 25 de junio de 2008 [COM(2008) 394 final. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0394:FIN:es:PDF>], en la que se subraya la importancia de las PYME, destacando en el propio Marco temporal la confianza en que «[...] la mejora de su situación financiera beneficiará también a las grandes empresas, lo que a largo plazo se traducirá en crecimiento económico y modernización.» Por otra parte, como resulta evidente, la alusión al «carbono», tiene por objeto las emisiones de CO₂, cuya reducción es un objetivo global, que también se trata de cubrir con la comunicación, y ello porque en las actuales circunstancias es una carga adicional sobre las empresas.

59. En este segundo objetivo enlaza la Comisión la protección medioambiental, al afirmar que «Si, como consecuencia de la presente crisis, hubiera que perder o detener los notables avances logrados en materia de protección del medio ambiente, las consecuencias podrían ser muy graves. Por esta razón, es necesario prestar un apoyo temporal a las empresas para que inviertan en proyectos medioambientales (que además pueden contribuir a, entre otras cosas, mejorar la posición tecnológica de la industria de la Comunidad), combinando de esta forma la ayuda financiera necesaria con los beneficios a largo plazo para Europa.» (Punto 1.3, tercer párrafo, inciso final, del Marco temporal 2010.

60. Apartado 2 del Marco Temporal 2010. De manera implícita, atendiendo a los ejemplos enunciados por la Comisión para ilustrar este tipo de medidas, no cabe duda de que en esta recomendación podríamos incluir las medidas de carácter estructural, como la reforma de los sistemas nacionales de pensiones, los subsidios al desempleo, o la intensificación de los procesos de liberalización que, al generar mayor competencia, estimu-

completo repaso de medidas que, al no ser selectivas, no entraban en el régimen de las ayudas estatales, pero que podían ser igualmente útiles en un contexto como el de la crisis,⁶¹ así como un repaso de las medidas ya existentes en materia de ayuda estatal a las que los Estados miembros podían ya acudir, al margen del marco excepcional que ofrecía.⁶²

Parece oportuno que nos detengamos, aunque sea brevemente, en las indicaciones que ofrecía el Marco temporal 2010 respecto de las medidas generales al alcance de los Estados miembros pues su consideración como ayudas estatales ofrecía mayor flexibilidad para su establecimiento. Esta mención, junto con la relativa a los marcos ya vigentes en aquel entonces, se suprimió en la prórroga del Marco temporal hasta 2012 que, como veremos, se centra en medidas concretas aunque limitando notablemente el alcance de las ayudas autorizables, al compartir la dinámica de salida de la crisis de la prórroga del paquete bancario, e incorporando algunas de las reglas del Marco temporal 2010 al acervo comunitario, es decir, a las comunicaciones ya publicadas al considerar que sus efectos habían resultado satisfactorios y podían adquirir un carácter más permanente e incorporarse a sus correspondientes marcos específicos.⁶³

Este primer marco temporal recordaba, enlazándolo con los objetivos del ya aludido Plan de recuperación de la economía europea,⁶⁴ que los Estados miembros ya disponían de una serie de instrumentos que no se consideran ayuda estatal. Para su exposición, la Comunicación exponía unos expresivos ejemplos de qué medidas se trataba, cuya reproducción no es ociosa, sobre todo, al desaparecer del nuevo Marco temporal:

«Por ejemplo, algunas empresas pueden encontrar mayores dificultades que las demás para acceder a la financiación en la coyuntura actual, lo que puede retrasar o poner en peligro la necesaria financiación para su crecimiento y para la realización de las inversiones previstas. Para atajar este peligro, los Estados miembros pueden adoptar una serie de medidas de política general aplicables a todas las empresas de su territorio y que, por consiguiente, quedan fuera del

larán la eficiencia y reducirán los costes para los consumidores y usuarios. En esta misma línea podríamos incluir la modernización de la regulación del mercado financiero y la propia reordenación del sector.

61. Aunque la Comisión no hacía mención alguna ni a sus comunicaciones anteriores al respecto, ni a su propia práctica en la materia, podemos recordar en este punto la comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas (DOC 384, de 10.12.1998, p. 3), en particular, el apartado «Distinción entre ayudas estatales y medidas generales» (puntos 17 a 22). Sobre esta fundamental distinción, vid., entre otros, VILLAR EZCURRA, M. 2009. «Competencia fiscal lesiva y ayudas de Estado», en COLLADO YURRITA, M. A.; LUCHENA, G.; SÁNCHEZ LÓPEZ, M. E. (Coords) 2009. *Internacionalización de las inversiones. Tratamiento fiscal en España y en la UE*, Boch, Barcelona, pp. 809-51.

62. Epígrafe 3º del Marco temporal 2010.

63. Tal es el caso de la comunicación de la Comisión por la que se modifican las directrices comunitarias sobre ayudas estatales y capital riesgo en pequeñas y medianas empresas (DOC 329 de 7.12.2010, p. 4).

64. Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo, COM (2008) 800. Este documento puede consultarse en la dirección: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0800:FIN:ES:PDF>

ámbito de aplicación de las normas sobre ayudas estatales, dirigidas a aliviar de forma temporal problemas de financiación a corto y medio plazo. Así, podrían ampliarse los plazos de pagos a la Seguridad Social y otras cargas similares o incluso de impuestos y podrían introducirse medidas dirigidas a los trabajadores. Si todas las empresas pueden acceder a tales medidas, estas no constituyen ayuda estatal.

Los Estados miembros también pueden prestar apoyo financiero directamente a los consumidores, por ejemplo, para la renovación de productos obsoletos o para la adquisición de productos ecológicos. Si este tipo de ayudas se aplican independientemente del origen del producto, estas no constituyen ayuda estatal.

Además, programas generales de la Comunidad, como el Programa Marco para la innovación y la competitividad (2007 a 2013) establecido mediante la Decisión nº 1639/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 2006 [5] y el Séptimo Programa Marco de la Comunidad Europea para acciones de investigación, desarrollo tecnológico y demostración (2007 a 2013) establecido mediante la Decisión nº 1982/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006 [6] pueden utilizarse de forma óptima para apoyar a las PYME y a las grandes empresas. Lo mismo ocurre con otras iniciativas europeas, como la decisión del Banco Europeo de Inversión de movilizar 30.000 millones EUR en ayuda a las PYME y su compromiso por desarrollar su capacidad de intervención en proyectos de infraestructura.»

Como resulta evidente, la Comisión, aunque de manera muy sutil, ponía en evidencia la importancia de realizar medidas estructurales, que resultaban a medio y largo plazo más eficientes que la simple concesión de ayudas estatales.

No obstante, la parte más novedosa del documento era la descripción de las condiciones bajo las que la Comisión estaba dispuesta a considerar compatibles con el Mercado Interior ayudas estatales que en otras circunstancias hubiera considerado incompatibles.⁶⁵

La nueva comunicación adoptada para 2011 (en adelante, «Marco temporal 2011») suprime alguna de las medidas excepcionales que se admitieron hasta el 31.12.2010, aunque inspirándose, como es lógico, en las mismas consideraciones optimistas de la prórroga del paquete bancario, hacia su progresiva reducción.

En concreto, se mantienen las reglas excepcionales y temporales para las ayudas en forma de garantía, notablemente reducidas en su posible cuantía, la bonificación

65. El Marco temporal vigente hasta el 31.12.2010 establecía asimismo un procedimiento simplificado para las ayudas en el seguro de créditos a la exportación a corto plazo, que simplificaban los requisitos para comunicar las medidas de ayuda a la Comisión Europea.

de tipos de interés y la producción de productos verdes,⁶⁶ cuya incidencia real para hacer frente a la crisis será preciso evaluar, sin olvidar, como ya señalamos reiteradamente, que las ayudas no pueden ni deben ser las únicas medidas que se deben adoptar al respecto.

4. Unas conclusiones, todavía, necesariamente, provisionales

A estas alturas parece poco plausible considerar que la causa de la crisis sea imputable únicamente a la «voracidad insaciable»⁶⁷ de los bancos norteamericanos, puesto que el sistema financiero es global y todas las entidades, por esa misma mundialización de la actividad bancaria, tienen su alícuota parte de responsabilidad.

Por otro lado, existen mecanismos de control e instituciones llamadas a desempeñarlo, cuyo papel no ha sido especialmente brillante. Si bien es cierto que en muchos casos su poder es nacional en este campo, debían haber velado porque su sistema financiero nacional hubiera actuado de manera más prudente.⁶⁸

Las entidades de calificación han jugado también un papel no menor y las investigaciones que, por ejemplo, en Italia están llevándose a cabo sobre su posible actuación promoviendo movimientos especulativos deberá arrojar luz sobre su verdadero papel en la crisis y sus brotes más dramáticos, por ejemplo en los acontecimientos que se desarrollaron a lo largo de agosto de 2011, durante el que la deuda española llegó a rebasar los 400 puntos básicos respecto de la de Alemania.

Desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales, que es el tema que nos ha ocupado, los paquetes de medidas tanto sectoriales (paquete bancario) como horizontales (ayudas a la economía real) han sido un buen mecanismo, en la medida en que ofrecieron medidas claras y flexibles, que permitían ofrecer seguridad jurídica a los Estados al respetar la regulación comunitaria. Sin

66. Para un examen detallado de estas medidas, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: «Economía Real y Medidas Anticrisis», en *Noticias de la Unión Europea*, en prensa.

67. Una cuestión claramente diferente es que se deban articular las correspondientes medidas de disciplina bancaria, y los procedimientos civiles o penales que correspondan contra los administradores a los que sea imputable por negligencia o dolo la situación de cada concreta entidad financiera, como se regula en el marco societario común respecto de los administradores que no actúan con la prudencia o diligencia que les es exigible.

68. En el caso español, la creación de provisiones especiales impulsada por el Banco de España durante el mandato de Jaime Caruana implantadas a finales de 1999 contribuyeron a la solidez del sistema español, pues partían de la premisa básica de ahorrar en tiempos de bonanza en previsión de un cambio de ciclo, como el que finalmente se produjo. Curiosamente, como hemos señalado *supra*, estas provisiones no se tuvieron en cuenta en los últimos tests de estrés de julio de 2011. Acerca de estas provisiones, vid., entre otros, POVEDA, R. 2000. «La reforma del sistema de provisiones de insolvencia», conferencia pronunciada por Raimundo Poveda, director general del Banco de España, en la APD, Madrid, 18 de enero (disponible en: <http://www.bde.es/provesta/rpa2000.pdf>), y SERRANO GARCÍA, J. 2009. «Utilización de los sistemas IRB para el cálculo de provisiones anticíclicas», en *Estabilidad Financiera*, Banco de España, nº 17, noviembre, pp. 27-43 (<http://www.bde.es/webbde/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/RevistaEstabilidadFinanciera/09/Noviembre/ief0217.pdf>).

embargo, su novedad, como ya hemos señalado, es relativa, aunque importante, pues en realidad supusieron, al menos en el caso del paquete bancario, la elaboración, en la práctica, de una suerte de «Directrices de salvamento y reestructuración de entidades financieras en crisis», con una base legal novedosa, el artículo 107.3.b) TFUE [generalizando la aplicación del artículo 107.3.b) TFUE a toda la Unión Europea en su conjunto], en vez de la clásica aplicación del artículo 107.3.c) TFUE, como las generales a empresas en crisis, implantadas desde 1994, aunque sucesivamente reformadas.

La Comisión está trabajando ya en redactar, sobre la experiencia adquirida con el paquete bancario, unas Directrices específicas para el sector, aunque sobre la base más tradicional del citado artículo 107.3.c) TFUE. No obstante, y a la luz de los más recientes acontecimientos,⁶⁹ no deberíamos descartar una nueva prórroga de los marcos temporales sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE, cuya vigencia inicial está previsto que expire el 31/12/2011.

Por otro lado, algunas de las misiones que desempeñan las entidades financieras en relación con el mercado hipotecario podrían calificarse por cada Estado miembro como Servicios de Interés Económico general (SIEG), conforme al artículo 106.2 TFUE y cumpliendo los requisitos sentados en la jurisprudencia,⁷⁰ ser objeto de compensaciones públicas en caso de que no fueran rentables.

Tampoco debemos pasar por alto que los problemas específicos que han atravesado y atraviesan todavía algunos países, como España, responden en buena medida a fallos internos, de diseño institucional,⁷¹ que la crisis ha puesto en evidencia, pero que estaban ahí, eran reales y no habían sido acometidos con realismo y sin demagogia.

Las reformas estructurales no se improvisan y la prisa es siempre mala consejera, especialmente en temas de tanto calado, pero en algunos casos han tenido que hacerse así, por lo que su efectividad puede ser menor de la necesaria y no dejarán de producir problemas en el futuro.

69. Debemos enmarcar este comentario, principalmente, en las tensiones experimentadas por los mercados, no solo sobre la deuda soberana de un número cada vez mayor de países, especialmente desde la ya aludida rebaja que S&P realizó de la deuda de Estados Unidos, con severas caídas de los índices bursátiles más importantes del mundo, que se han venido produciendo a lo largo de mes de agosto de 2011.

70. A este respecto, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. 2010. «La jurisprudencia post-Altmark y la financiación de los SIEG» en *ADI*, vol. XXX, Marcial Pons, Madrid, pp. 691-723, y más actualizado, «La financiación de los SIEG. La jurisprudencia post-Altmark», en *Azpilicueta Cuadernos de Derecho*, Eusko Ikaskuntza. Soc. de Estudios Vascos, Donostia-San Sebastián, en prensa.

71. En una reciente conferencia, el comisario Almunia hace balance del proceso de reestructuración bancaria, reconociendo de manera explícita que la responsabilidad de la crisis puso de manifiesto la existencia de fallos de supervisión, apuntando la creación de las nuevas autoridades supervisoras europeas, como la *European Banking Authority* (EBA), inspiradas en las recomendaciones del informe Larosiere (*The High Level Group on Financial Supervision in the EU*, Brussels, 25 february 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/finances/docs/de_larosiere_report_en.pdf). Cfr. Joaquín Almunia Vice President of the European Commission responsible for Competition Policy Landesbanken and the EU competition rules 9th Handelsblatt annual conference Strategies for Savings Banks and Landesbanken Berlin, 2 February 2011, Speech/11/62, Berlin, 2 February 2011 (<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/62&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>).

Las ayudas no pueden ser la única solución, aunque parezca la más fácil, pues, como se ha puesto en evidencia, las arcas públicas no son un saco sin fondo y las elecciones, las decisiones de en qué invertir los fondos públicos son una parte esencial de la política, de ahí que algunos Estados deban purgar sus decisiones erróneas y, con ellos, sus ciudadanos, colectivamente, asumir con ellos su parte de responsabilidad.

Como ciudadanos nos queda esperar acontecimientos y pagar los excesos, pero mantenemos aún la esperanza de que la crisis obligue a tomar decisiones que por ser «políticamente incorrectas» no se han querido tomar antes y que la crisis va a hacer inevitables. Del valor de nuestros políticos y del sentido común de los ciudadanos, como colectivo, dependerá que se tomen, de otro modo no nos quedará más remedio que sufrir una lenta agonía, a la espera de que otro revés de los mercados nos hunda aún más y nos vengán impuestas, como a Grecia, Portugal o Irlanda. Se «venderán» mejor, pero serán más duras porque serán la ultima ratio.

La Unión Europea, como tal, se ha mostrado razonablemente eficaz, en cuanto a que sus instituciones han sabido responder con agilidad a algunas cuestiones decisivas, como la que abordamos en el presente trabajo. Sin embargo, la idea de la Unión Europea como unidad política y económica dista mucho de ser una realidad, pues se ha demostrado incapaz para hacer frente a problemas mundiales, y los Estados miembros han optado por esperar demasiado a que fuera la burocracia comunitaria la que tomase las decisiones ingratas.⁷²

Ya no es posible. En el barco vamos todos y el peligro es real, pero cada uno debe jugar su papel para que el drama acabe lo mejor posible y la Tragedia Griega no se convierta en una realidad cotidiana.

72. La prensa se ha hecho eco de que el director del Banco Central Europea, Jean Claude Trichet, habría remitido una carta a Italia imponiendo determinadas condiciones para que el BCE procediera a la compra de la deuda pública de dicho país, señalando la misma noticia que las autoridades españolas habrían rehusado hacer comentario alguno sobre si habían recibido una misiva equivalente. En este sentido, *Expansión*, martes, 9 de agosto de 2011, p. 10.

