



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Documento de Trabajo

Serie Política de la Competencia

Número 29 / 2009

**Intervención pública en momentos
de crisis: el derecho de ayudas de
Estado aplicado a la intervención
pública directa en las empresas**

Pedro Callol

Jorge Manzarbeitia

CEU Ediciones

Documento de Trabajo
Serie Política de la Competencia
Número 29 / 2009

**Intervención pública en momentos
de crisis: el derecho de ayudas de
Estado aplicado a la intervención
pública directa en las empresas**

Pedro Callol
Jorge Manzarbeitia

CEU Ediciones

El Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo, Centro Europeo de Excelencia Jean Monnet, es un centro de investigación especializado en la integración europea y otros aspectos de las relaciones internacionales.

Los Documentos de Trabajo dan a conocer los proyectos de investigación originales realizados por los investigadores asociados del Instituto Universitario en los ámbitos histórico-cultural, jurídico-político y socioeconómico de la Unión Europea.

Las opiniones y juicios de los autores no son necesariamente compartidos por el Instituto Universitario de Estudios Europeos.

Serie *Política de la Competencia* de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos.

intervención pública en momentos de crisis: el derecho de ayudas de Estado aplicado a la intervención pública directa en las empresas

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© 2009, Pedro Callol García y Jorge Manzarbeitia Pérez

© 2009, Fundación Universitaria San Pablo CEU

CEU Ediciones

Julián Romea 18, 28003 Madrid

www.ceu.es

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

www.ideo.ceu.es

ISBN: 978-84-92456-60-4

Depósito legal: M-25753-2009

Maquetación: Servicios Gráficos Kenaf s.l.

Impresión: Servicio de Publicaciones de la Fundación Universitaria San Pablo CEU

Índice

1. OBJETO DEL PRESENTE DOCUMENTO DE TRABAJO. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA DIRECTA EN LAS EMPRESAS	5
2. EL MEIP COMO PARÁMETRO ESENCIAL DE LEGALIDAD MATERIAL. ANÁLISIS DE DOCTRINA RECIENTE DE LA COMISIÓN EUROPEA.	6
2.1. El requisito de ventaja económica a una empresa o grupo de empresas	6
2.2. El test MEIP aplicado a los distintos tipos de actividad económica estatal	7
3. APLICACIÓN RECIENTE DEL TEST MEIP POR LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS, EN PARTICULAR LA RECIENTE SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA RYANAIR C. COMISIÓN.	19
3.1. La Decisión anulada	19
3.2. Valoración por el TPI	21
3.3. Conclusión	23
4. INTERVENCIÓN PÚBLICA DIRECTA EN EL CONTEXTO DE LA ACTUAL CRISIS FINANCIERA	23
4.1. Introducción al problema	23
4.2. Esquema del marco normativo aplicable a las medidas estatales para combatir la crisis financiera global	24
4.3. Principios aplicables a la toma de participaciones en entidades financieras en crisis por parte de los Estados.	25
BIBLIOGRAFÍA	28

1. Objeto del presente documento de trabajo

El objeto de este documento es servir como elemento de discusión acerca de un tema de candente actualidad: la intervención directa de los Estados en la economía, fundamentalmente a través de tomas de participación en el accionariado de empresas. Por intervención directa en este contexto entendemos, por tanto, la adquisición por parte del Estado (entendido en el sentido amplio de Administración Pública sea cual sea su ámbito territorial o material) de derechos de propiedad sobre una empresa.

La materia se analizará en torno a dos ejes que, por las razones que se explicarán entendemos son de importancia crucial. El primero, de carácter general u “horizontal”: la aplicación del principio de inversor de economía de mercado al Derecho de ayudas de Estado. El segundo, de carácter sectorial, se refiere a la reciente actividad de intervención de entidades financieras en el marco de la crisis crediticia.

Como es bien sabido, el Tratado CE se posiciona de manera neutral acerca del carácter, público o privado, de la propiedad de las empresas (artículo 295 Tratado CE). Partiendo de ese principio del respeto al carácter público o privado de la propiedad existen, en materia de ayudas de Estado, dos principios de importancia crucial que delimitan el ámbito de intervención estatal en la economía:

- (a) El primero de ellos se refiere a la concesión de ventajas económicas, ya sea para la creación o para la operación de empresas, pero siempre con la finalidad de compensar la prestación de servicios en materias reservadas o consideradas de “interés general”. En la medida en que se cumplan los criterios establecidos por la jurisprudencia para la aplicación de esta excepción¹, se considera que las medidas estatales encaminadas a compensar el desempeño de actividades de interés general no constituyen ayuda de Estado.
- (b) El segundo de estos principios se refiere a actividades no reservadas o que no entran dentro de la categoría de servicios de interés general. En esta materia es de crucial importancia, a efectos de constatar si existe o no ayuda de Estado, verificar si la medida estatal ha sido adoptada con base en criterios competitivos o de economía de mercado. El test del inversor privado en una economía de mercado o “*market economy investor principle*” (en adelante, **test MEIP**) se ha desarrollado en torno a esa idea a fin de determinar si una medida estatal de inversión constituye, o no, ayuda de Estado.

El test MEIP permite comprobar si una particular medida otorga o no una ventaja económica al receptor de la misma al, por ejemplo, recibir una inyección de capital del Estado como accionista, recibir financiación pública, o al comprar o vender bienes o derechos al Estado. El test MEIP correctamente aplicado sirve para

¹ En particular, ver Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 24 de julio de 2003, en el Asunto C-280/00 *Altmark Trans GmbH and Regierungspräsidium Magdeburg c. Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*.

determinar si el receptor de la medida hubiese obtenido las mismas prestaciones de una entidad privada bajo condiciones de mercado.

En este documento de trabajo nos referiremos al MEIP. El MEIP, que como veremos ha alcanzado un considerable grado de desarrollo y complejidad en su aplicación práctica, se alza como un criterio de importancia crucial a la hora de valorar las medidas estatales de intervención directa en la economía. La interpretación del MEIP puede servir para dar un alcance más o menos absoluto al principio del artículo 295 Tratado CE, antes enunciado. En esa medida, el MEIP tiene una gran transcendencia como elemento potencialmente moderador del intervencionismo estatal en tiempos como los actuales, en que la intervención directa en sectores tradicionalmente sometidos a competencia es materia de actualidad. Particular interés en este sentido presentan asuntos como los de la red de banda ancha de alta capacidad de Ámsterdam, o la reciente Sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia (TPI), que anula la Decisión de la Comisión Europea de 2004 declarando la incompatibilidad con el Mercado Común de los convenios celebrados por la región valona y el aeropuerto de Charleroi Bruselas Sur con la línea aérea de bajo coste Ryanair.

Haremos referencia también, a efectos de profundizar en el entendimiento del MEIP, a precedentes en los que se maneja el MEIP como parámetro de legalidad en contextos distintos de la estricta intervención directa como ha sido definida (por ejemplo en el contexto de subvenciones cruzadas entre unidades activas en actividades reservadas y no reservadas de una empresa pública).

En segundo lugar, en el contexto de la delicada coyuntura económica actual, los Estados Miembros de la Unión Europea se están viendo obligados a intervenir, singularmente en el sector financiero pero también en otros sectores de la economía. La toma de participaciones estatales en entidades financieras representa un claro exponente, de enorme entidad, de intervención directa en la economía, pero la intervención en Europa se perfila ya en el horizonte en otros sectores como el automovilístico.

Más allá de la flexibilidad con que la Comisión Europea está examinando la compatibilidad con el Mercado Común de las ayudas de Estado al sector financiero, la intervención estatal debe estar sujeta en todo momento al Derecho de ayudas de Estado. En caso contrario, las ayudas estatales, lejos de solucionar la grave situación de muchos mercados, podrían alterar la competencia efectiva con repercusiones impredecibles en el largo plazo.

2. El MEIP como parámetro esencial de legalidad material de las medidas estatales. Análisis de doctrina reciente de la Comisión Europea

2.1. Identificación de ventaja económica a una empresa o grupo de empresas

El artículo 87.1 del Tratado CE establece la prohibición general de ayudas de Estado: *salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos es-*

tatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

Uno de los elementos esenciales derivados de la definición legal de ayuda de Estado, sin cuyo cumplimiento no puede verificarse la existencia de ayuda de Estado, es que la medida estatal de que se trate sea susceptible de constituir una ventaja para una determinada empresa o grupo de empresas. El test MEIP pretende responder a esa pregunta de si la medida económica constituye una ventaja o no. La lógica es muy simple. En el caso de que el beneficiario de la medida estatal no hubiese obtenido los fondos en las mismas condiciones de una entidad privada plenamente informada que opere en una economía de mercado, la medida estatal enjuiciada constituirá una ventaja para dicho beneficiario².

El test MEIP ha sido criticado por sus limitaciones derivadas del hecho de que el Estado siempre estará, inevitablemente, en una posición distinta a la de un hipotético inversor privado: al menos en teoría, goza de recursos ilimitados y por lo tanto tiene una calificación crediticia privilegiada³. No obstante, a pesar de las reservas, hasta el momento no se ha planteado un test más adecuado.

2.2. El test MEIP aplicado a los distintos tipos de actividad económica estatal

Inicialmente el test MEIP se desarrolló para evaluar la inyección directa de capital por parte del Estado en las empresas como accionista de las mismas, si bien el test se ha extendido a las situaciones en las que el Estado actúa como una entidad financiadora o es parte en una compraventa (al actuar como comprador o vendedor de, por ejemplo, terrenos⁴).

A continuación nos detendremos en los casos de intervenciones directas de capital y en aquellos supuestos distintos de intervenciones directas que, no obstante, resultan, en abstracto, relevantes para comprender el MEIP.

2.2.1. Intervenciones directas en el capital de una empresa

2.2.1.1. La formación del criterio del MEIP en la jurisprudencia

Como ya se ha indicado, el Tratado CE adopta una posición neutra en relación a la calidad (pública o privada) de la propiedad de las empresas. Por tanto, no toda toma de participación del Estado en una empresa puede ser clasificada automáticamente como ayuda de Estado. Más bien al contrario, en un principio dicha toma de participación debe considerarse legítima en sí misma salvo que la medida dé lugar a una ventaja que no existiría si la medida se adoptara siguiendo, estrictamente, criterios de economía de mercado.

² Ver, por ejemplo, Sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1996, en el asunto C-39/94 *SFEI y otros c. La Poste y otros* y de 19 de abril de 1999 (párrafo 41), en el asunto C-342/96 *España c. Comisión de las Comunidades Europeas* (párrafo 60): “para apreciar si una medida estatal constituye una ayuda en el sentido del artículo 92 del Tratado, debe determinarse si la empresa beneficiaria recibe una ventaja económica que no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado”.

³ “EC State Aids”, Leigh Hancher, Tom Ottervanger, Piet Han Slot, Thomson (Sweet & Maxwell), Londres, página 74. Como apuntan los autores, el Tribunal de Primera Instancia ha reconocido tener reservas en relación al test, pero no ha propuesto uno más adecuado. Ver Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de marzo de 2006, en los Asuntos acumulados T-228/99 y T-233/99 *West LB*, párrafo 272.

⁴ Ver, por ejemplo, la Sentencia del TPI de 16 de septiembre de 2004 en el asunto T-274/01 *Valmont Nederland BV c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

El Tribunal de Justicia, como enseguida veremos, ha determinado que, a la hora de considerar la actuación del Estado en esta materia, su proceder en términos cuantitativos deberá compararse al menos con el de un inversor privado con perspectivas de rentabilidad a largo plazo:

“aun cuando el comportamiento del inversor privado, al que debe compararse la actuación del inversor público que persigue objetivos de política económica, no es necesariamente el del inversor ordinario que coloca capitales en función de su rentabilidad a un plazo más o menos corto, sí debe ser, por lo menos, el de un holding privado o un grupo privado de empresas que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo”⁵.

Como en tantas ocasiones en este campo, el parámetro de “holding privado o grupo privado de empresas que persigue una política estructural, global o sectorial y se guía en función de perspectivas de rentabilidad a más largo plazo”, tiene un carácter eminentemente indeterminado, que ha dado lugar a dificultades. Para arrojar luz sobre el concepto, es relevante el análisis del caso Ufex⁶. En aquel asunto, una asociación sectorial francesa (SFEI) que agrupaba a los nuevos entrantes en el mercado francés de servicios de correo rápido, denunció ante la Comisión Europea la existencia de subsidios cruzados por los que la empresa estatal de correos francesa (La Poste, titular del monopolio del servicio postal básico) prestaba asistencia logística (empleo de la infraestructura de La Poste para la recogida, clasificación, transporte y envío) y comercial (*goodwill* de La Poste) a SFMI por la cual SFMI no pagaba un precio de mercado. SFMI era una empresa constituida en 1985 propiedad al 66% de la Poste y al 34% de TAT Express. Más adelante, el negocio de SFMI fue completamente privatizado pero SFMI siguió beneficiándose de los servicios de Chronopost, sociedad participada por TAT y La Poste con acceso a la red de La Poste.

Para la Comisión, no habría ventaja si los términos existentes en las relaciones entre La Poste y SFMI-Chronopost eran comparables a los de una transacción equivalente entre una empresa privada y su filial. De acuerdo con la Comisión, no habría ventaja si los precios internos a los que los servicios eran prestados entre las sociedades madre y filial reflejaban plenamente los costes (costes totales más un *mark-up* para remunerar las inversiones de capital). La Comisión consideró que:

- Los pagos de SFMI-Chronopost no cubrían los costes totales en los dos primeros años de operaciones, pero cubrían todos los costes dejando al margen los gastos de oficina. Sin embargo, para la Comisión no era anormal que los pagos realizados por una nueva empresa (SFMI-Chronopost) cubrieran solamente los costes variables en el periodo inicial.
- La Comisión estaba satisfecha en el sentido de que, desde 1988, es decir, transcurrido el período inicial de dos años indicado, la remuneración pagada por SFMI-Chronopost cubría todos los costes incurridos por la Poste más un retorno sobre el capital invertido por la Poste. Además, la tasa de retorno interna de la inversión de la Poste como accionista estaba por encima del coste del capital incurrido por La Poste.
- Respecto de otras medidas tales como el empleo por parte de SFMI-Chronopost de la imagen de La Poste constituían, para la Comisión, asistencia comercial normal entre una empresa matriz y su filial.

⁵ Ver, por ejemplo, Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de marzo de 1991 en el asunto C-305/89 *República Italiana c. Comisión de las Comunidades Europeas* (párrafo 20) y de 14 de septiembre de 1994 en el asunto C-42/93 *Reino de España c. Comisión de las Comunidades Europeas* (párrafo 14). En aquel caso, la República Italiana participó (a través del IRIR, la sociedad financiera estatal de Italia) en la recapitalización de Alitalia, acudiendo a una ampliación de capital en la que participaron concomitantemente otros inversores.

⁶ Asunto que tiene su origen en la Decisión de la Comisión Europea de 1 de octubre de 1997, *SFMI-Chronopost*, DOCE L164/98.

Lo anterior llevó a la Comisión a concluir que la asistencia comercial/logística denunciada tenía lugar en condiciones normales de mercado y, en consecuencia, no había ayuda de Estado. En este asunto, la Comisión no trata la cuestión de la concomitancia, o presencia simultánea de un inversor privado, probablemente porque no lo considera necesario. Ese criterio será sin embargo desarrollado en decisiones posteriores, como enseguida se verá.

Para el TPI, sin embargo, el análisis basado en la cobertura de costes realizado por la Comisión no era suficiente para descartar la existencia de ayuda de Estado⁷. Según el TPI, la Comisión debió haber examinado si ese análisis de cobertura de costes era aplicable a una empresa en condiciones normales de mercado, es decir, si el pago recibido por La Poste era comparable al demandado por una empresa privada operando en un sector reservado persiguiendo una política estructural y guiado por perspectivas de largo plazo, según el principio procedente de la jurisprudencia antes enunciado. Adaptando ese principio general al caso concreto, el TPI indica que la Comisión debía haber verificado que el pago demandado por La Poste por los servicios correspondería al pago que hubiera sido demandado en el mercado⁸.

El TJCE, sin embargo, encontró que el razonamiento del TPI en lo que se refiere al criterio económico no estaba bien fundamentado. La red de la Poste no era una “red de mercado” pues por definición su creación respondía a la necesidad de prestar un servicio universal de cobertura geográfica y prestaciones que no necesariamente respondían a criterios de mercado. No podía, pues pretenderse que el criterio comparativo de referencia fuera el de un inversor privado pues no existía (ni, posiblemente, podría existir) una red similar en el sector privado. El TJCE bendice por tanto al criterio de análisis de cobertura de costes preconizado por la Comisión⁹.

2.2.1.2. La intervención directa: El empleo de las técnicas de la concomitancia y el análisis del plan de negocios: el Asunto Citynet Ámsterdam

La jurisprudencia ha venido considerando que una aportación de capitales mediante fondos públicos cumple el test del inversor privado y no supone la concesión de una ayuda de Estado, entre otras cosas, si dicha aportación tiene lugar simultáneamente a una aportación significativa efectuada por un inversor privado en condiciones similares¹⁰.

La discusión sobre este criterio ha alcanzado cotas de considerable sofisticación en el asunto de fase 2 sobre la red de banda ancha de altísima capacidad de la ciudad de Ámsterdam. La Decisión de la Comisión Europea de 11 de diciembre de 2007, se refiere a la inversión efectuada por el Ayuntamiento de Ámsterdam en un proyecto de construcción de una red de fibra de banda ancha de altísima capacidad (“Fiber-To-The-Home”) en aquella ciudad (en adelante, la Decisión Citynet)¹¹.

En el plano del análisis sectorial de medidas estatales analizadas bajo el prisma del Derecho de ayudas de Estado los precedentes sobre ayudas de Estado al despliegue de redes de banda ancha discutían la

⁷ STPI de 14 de diciembre de 2000, *Ufex c. Comisión*, asunto T-613/97.

⁸ Considerando 77 de la STPI en el asunto *Ufex*, citado.

⁹ STJCE de 3 de julio de 2003, *Chronopost et. al. c. Comisión*, asuntos C-83/01, C-93/01 y C-94/01.

¹⁰ Ver, por ejemplo, Sentencias del TPI de 12 de diciembre de 1996 en el asunto T-358/94 *Air France c. Comisión de las Comunidades Europeas* (párrafos 148 y 149) y de 12 de diciembre de 2000 en el Asunto T-296/97 *Linee aeree italiane SpA c. Comisión de las Comunidades Europeas* (párrafo 81). Conforme a esta última Sentencia, la participación de los trabajadores en el capital de la empresa no satisface el criterio de concomitancia.

¹¹ Decisión de la Comisión Europea de 11 de diciembre de 2007 en el Asunto de ayuda de Estado C 53/200 (ex N 262/2005, ex CP 127/2004).

compatibilidad de la medida estatal con el Mercado Común¹². Por primera vez, lo discutido en el caso Citynet es la existencia o no de la ayuda de Estado en virtud de la aplicabilidad al caso del MEIP¹³.

(i) La medida adoptada por el Ayuntamiento de Ámsterdam

La medida examinada¹⁴ consistía en la inversión directa por parte del Ayuntamiento de Ámsterdam en el capital de una sociedad, llamada Glasvezelnet Amsterdam C.V. (en adelante, GNA), en la que participarían, además del Ayuntamiento, dos grandes inversores privados, ING Real State¹⁵ y Reggefiber¹⁶, así como cinco filiales de entidades dedicadas a actividades de vivienda social.

Del total de la inversión de dieciocho millones de euros, el Ayuntamiento de Ámsterdam llevaría a cabo una inversión de seis millones de euros por la cual se convertiría en el máximo accionista de GNA, al adquirir un tercio de las acciones representativas del capital social. ING Real State y Reggefiber invertirían tres millones de euros cada uno, adquiriendo conjuntamente otro tercio de las acciones de GNA. El tercio restante del capital social quedaría en manos de cinco filiales de entidades de vivienda social, que invertirían setecientos cincuenta mil euros cada una.

El proyecto a desarrollar por GNA sería el primer paso para la instalación de una red de “Fiber-To-The-Home” o FttH, que llegaría a treinta y siete mil hogares de la ciudad de Ámsterdam. GNA sería la propietaria y encargada de la gestión de la infraestructura pasiva de la red¹⁷.

La infraestructura pasiva de GNA sería activada y operada por BBned¹⁸ en virtud de un contrato entre estas dos empresas. BBned, que alquilaría la red de fibra a GNA (mediante el pago de una cuota por cada hogar conectado a la red), debería llevar a cabo las inversiones necesarias para proporcionar acceso al por mayor a la red a operadores al por menor. BBned proporcionaría acceso a los operadores de servicios al por menor, que a su vez ofrecerían al público televisión, telefonía y conexión de banda ancha a Internet. Estos servicios ofrecidos a través de la nueva red competirían con los servicios ofrecidos por operadores de cable y empresas de telecomunicaciones en Ámsterdam, como UPC y KPN.

UPC y la asociación de operadores de cable VECAI presentaron denuncias a la Comisión en relación a la medida descrita¹⁹.

¹² Ver por ejemplo los casos N 475/2007 *National Broadband Scheme Ireland*; N 473/2007 *Broadband connections for Alto Adige*; N 570/2007 *Broadband in rural areas of Baden-Württemberg* o C 35/2005 *Broadband development Appingedam*.

¹³ Gaál, N.; Lambros Papadias, L.; Riedl, A. *Citynet Amsterdam: an application of the market economy investor principle in the electronic communications sector*. Competition Polict Newsletter. 2008

¹⁴ En abril de 2004, el Ayuntamiento de Ámsterdam contactó con la Comisión Europea en relación al proyecto, solicitando confirmación de que su participación en el mismo no era constitutiva de ayuda de Estado. En contestación, la Comisión Europea comunicó al Ayuntamiento que tal confirmación solo era posible tras la notificación por parte de las autoridades neerlandesas, solicitando información a estas últimas. Esta solicitud dio lugar a abundante correspondencia y a una serie de reuniones entre las autoridades neerlandesas y la Comisión. La Comisión dirigió una serie de requerimientos de información que fueron contestados por las autoridades neerlandesas.

¹⁵ ING Real Estate (<http://www.ingrealestate.com/en/index.jsp>) es una entidad filial del grupo bancario y de seguros ING. ING Real Estate está activa, además de en otras áreas, en la inversión en proyectos de infraestructura de comunicaciones.

¹⁶ Reggefiber (<http://www.reggefiber.nl/>) desarrolla diversos proyectos de redes de fibra en Países Bajos.

¹⁷ La infraestructura pasiva incluye, conductos, fibra, etc. La infraestructura activa incluye los sistemas de gestión, control y mantenimiento necesarios para operar la red, como routers, splitters o filtros e interruptores.

¹⁸ BBned es un operador privado de redes de banda ancha, filial de Telecom Italia (<http://www.bbned.nl/english/>), seleccionado a través del correspondiente concurso público.

¹⁹ UPC solicitó la adopción de medidas cautelares a los tribunales neerlandeses, pidiendo el respeto de la obligación de no ejecución de la medida hasta la adopción de una Decisión por parte de la Comisión Europea. La solicitud fue desestimada. UPC recurrió la Decisión judicial denegatoria en segunda instancia ante la Corte de Apelación. En noviembre de 2006, la Corte de Apelación acordó con las partes aguardar a la Decisión de la Comisión Europea antes de decidir. Ver considerandos 11 y 12 de la Decisión Citynet.

(ii) Las dudas iniciales de la Comisión: apertura del procedimiento de investigación formal.

El 20 de diciembre de 2006, la Comisión decidió iniciar un procedimiento de investigación formal²⁰, al considerar que las autoridades neerlandesas no habían proporcionado argumentos ni evidencia suficiente de que la inversión por parte del Ayuntamiento de Ámsterdam estaba en línea con el test MEIP²¹.

En particular, las preocupaciones iniciales de la Comisión giraban en torno a los siguientes aspectos²²:

- (a) La Comisión albergaba dudas en relación al hecho de que el Ayuntamiento había efectuado inversiones previas a las efectuadas por el resto de accionistas²³.
- (b) También debido a las inversiones previas efectuadas por el Ayuntamiento, la Comisión no consideró acreditado que el resto de accionistas invirtiesen bajo los mismos términos y condiciones que el Ayuntamiento.
- (c) Asimismo, la viabilidad del plan de negocio (parámetro sobre la rentabilidad de inversor privado a largo plazo) presentado por las autoridades neerlandesas suscitaba dudas a la Comisión.

(iii) El análisis efectuado por la Comisión en la Decisión Citynet

Durante su investigación formal, la Comisión tuvo en cuenta las observaciones de varios interesados, se examinaron los nuevos argumentos y documentación presentados por las autoridades neerlandesas. En particular, la Comisión analizó el plan de negocio de GNA de manera exhaustiva.

Dado que el Ayuntamiento de Ámsterdam efectuó su inversión en el proyecto conjuntamente con inversores privados, la Comisión examinó en primer lugar si la inversión pública cumplía con el test MEIP en la medida en que se había efectuado de manera concomitante con las inversiones privadas. A este respecto, en la Comisión debía examinar si (a) las inversiones efectuadas por ING Real State y Reggefiber eran económicamente significativas, (b) si las inversiones se efectuaban simultáneamente, (c) si los términos y condiciones para todos los inversores eran equivalentes; y (d) si existían o no acuerdos adicionales entre el Estado, otros inversores o el beneficiario (otras relaciones) en los que se recogieran cláusulas adicionales con diferentes derechos y obligaciones²⁴.

Subsidiariamente, si se cumplía el test de concomitancia, la Comisión pasaría a examinar la viabilidad del plan de negocio de GNA, viabilidad puesta en duda por las entidades denunciadas²⁵.

En relación con el criterio de concomitancia:

²⁰ Decisión de 20 de diciembre de 2006, de iniciación de investigación formal en el Asunto de ayuda de Estado C 53/200 (ex N 262/2005).

²¹ Párrafo 31 de la Decisión Citynet: *“the Commission decided to initiate the formal investigation procedure as the Dutch authorities did not provide sufficient evidence for the Commission to conclude on the conformity of the investment by the city of Amsterdam in GNA with the MEIP”, y párrafo 97 de la Decisión de apertura de la investigación formal “Based on the information submitted by the Dutch authorities and interested parties, the Commission has, after a preliminary assessment, doubts that the investment by the city of Amsterdam in GNA - within the overall context of the project as outlined above - is in line with the Market Economy Investor Principle”.*

²² Ver considerandos 31 y siguientes de la Decisión de apertura de investigación.

²³ Estudios de preparación del proyecto, gastos de organización del concurso público de construcción y explotación de la red, además de financiar las actividades iniciales de excavación y la compra de software necesario para la construcción de la red.

²⁴ Ver considerandos 89-94 de la Decisión Citynet.

²⁵ Ver considerando 95 de la Decisión Citynet.

(a) Sobre si las inversiones efectuadas por ING Real State y Reggefiber eran económicamente significativas²⁶.

- ING Real State y Reggefiber eran inversores privados; además, los intereses comerciales de ambas empresas son coherentes con el proyecto de red de banda ancha desarrollado por GNA.
- En términos absolutos, tanto ING Real State como Reggefiber invertirían una sustancial cantidad. En términos relativos teniendo en cuenta el tamaño de ambos inversores, la inversión podía considerarse pequeña. No obstante, en relación a la capitalización total de GNA y a la aportación a efectuar por el Ayuntamiento, la inversión fue considerada ciertamente significativa²⁷.
- Por otro lado, ninguno de los accionistas podía ejercer control exclusivo sobre la sociedad. Bajo el Derecho neerlandés de sociedades, ING Real State y Reggefiber podían formar una minoría de bloqueo en GNA²⁸.

En conclusión, en opinión de la Comisión, ING Real State y Reggefiber tienen carácter de inversores privados, y sus inversiones son significativas en términos absolutos y relativos teniendo en cuenta el contexto de la estructura accionarial de GNA.

(b) Sobre el carácter simultáneo de las inversiones.

En relación a las dudas que albergaba la Comisión en relación a la simultaneidad de las inversiones debido a que, *de facto*, el Ayuntamiento había llevado a cabo inversiones previas (principalmente en el software necesario para llevar a cabo el proyecto y la excavación inicial para los conductos), las autoridades proporcionaron documentación auditada que aclaró dichas dudas. En concreto, la documentación aportada permitió a la Comisión establecer que la inversión previa efectuada por el Ayuntamiento había sido acordada por todo el grupo de inversores, y que las cantidades desembolsadas por el Ayuntamiento le serían posteriormente reintegradas por el resto de inversores, todo ello conforme a las cartas de intenciones y el plan de negocio aportados a la Comisión. De acuerdo con el plan de negocio, los costes serían soportados por GNA, que tendría que reembolsar las cantidades correspondientes al Ayuntamiento, incluidos los intereses²⁹.

Por lo tanto, las inversiones previas serían co-financiadas por todas las partes, con lo que no se puso en duda el cumplimiento del test MEIP.

(c) Sobre la equivalencia de los términos y condiciones para todas las inversiones.

Como se ha mencionado, este era el principal motivo por el que la Comisión dudaba de la aplicabilidad del MEIP al caso. La preocupación de la Comisión en relación a este asunto consistía en que las inversiones iniciales llevadas a cabo por el Ayuntamiento redujesen el riesgo del resto de inversores en GNA y pudiesen por tanto tener un impacto positivo en su voluntad de invertir en GNA.

A la vista de la información, en particular el plan de negocio de GNA, remitida por las autoridades neerlandesas en el seno de la investigación formal, la Comisión llegó a las siguientes conclusiones³⁰:

²⁶ Ver considerandos 96 y siguientes de la Decisión Citynet.

²⁷ Ver considerando 97 de la Decisión Citynet.

²⁸ Ver considerandos 98-99 de la Decisión Citynet.

²⁹ Ver considerando 104 de la Decisión Citynet.

³⁰ Ver considerandos 108 y siguientes de la Decisión Citynet.

- Las inversiones previas llevadas a cabo por el Ayuntamiento serían co-financiadas por todos los inversores.
- Todos los costes relativos a las inversiones previas fueron ya incluidos en el plan de negocio de GNA. El Ayuntamiento simplemente adelantaba las inversiones, que habían sido previamente acordadas por todos los inversores.
- Las inversiones previas no eran susceptibles de alterar el riesgo del proyecto, debido a su naturaleza y entidad. Conforme a la Comisión, del plan de negocio se desprendía que los riesgos de negocio asociados a la inversión en GNA están ligados al éxito del proyecto en los años venideros, particularmente en relación a la evolución del mercado, y no a los pasos iniciales de preparación del proyecto.
- Por último, la Comisión no considera que los estudios iniciales llevados a cabo por el Ayuntamiento puedan haber provocado que los inversores privados hubiesen tomado la decisión de invertir en GNA una vez realizados los estudios. Según la Comisión, cualquier inversor hubiese analizado la viabilidad del proyecto, como hizo el Ayuntamiento, sin poder considerar dicho estudio como una manera de reducir el riesgo de otros inversores.
- Adicionalmente, conforme al plan de negocio analizado por la Comisión Europea, todos los inversores invertían en la sociedad en los mismos términos y condiciones.

(d) Otras relaciones

Conforme a la denuncia presentada por UPC, ING Real State no había decidido invertir por motivos de carácter económico. La decisión de ING Real Estate de invertir era parte de una estrategia de marketing para mantener buenas relaciones con el Ayuntamiento de Ámsterdam, quien supuestamente era un socio importante para ING Real State³¹.

El argumento apuntado por los denunciantes es creativo, pero no resulta del todo evidente el razonamiento. Tratemos de desmenuzarlo un poco. La cuestión sería si el inversor público, el Ayuntamiento, ha invertido con arreglo a criterios de MEIP. Para saber si se ha cumplido con el test del MEIP se atiende a la concomitancia y a la equivalencia de las inversiones de los agentes privados como ING Real Estate. Estos factores (concomitancia y equivalencia) exigen una comparación temporal y un análisis del plan de negocio en los términos ya indicados. Es posible que esa comparación no fuera posible en el supuesto en que ING Real Estate invirtiera por motivos puramente relacionales con el Ayuntamiento, pues en ese caso ING Real Estate invertiría seguramente al margen de los criterios temporales y de plan de negocios: iría de la mano del Ayuntamiento al margen de otras consideraciones de mérito económico. Si esa era la cuestión, lo que sucede es que la inversión de ING Real Estate no estaría relacionada con la red, realmente, sino que debía ser considerada una especie de gasto de promoción entendemos que justificable en términos de MEIP (aunque la Comisión no llega a pronunciarse sobre este punto)³².

En todo caso, una vez que la Comisión comprobó que las inversiones del Ayuntamiento y del resto de inversores cumplían con el criterio de concomitancia, la Comisión pasó a examinar el plan del negocio de GNA,

³¹ Ver considerando 116 de la Decisión Citynet.

³² Así se entiende de la lectura del considerando 116 de la Decisión Citynet, donde la Comisión se refiere a “una estrategia de marketing para mantener una buena relación con el Ayuntamiento de Ámsterdam” por parte ING Real Estate.

llegando a la conclusión de que también este cumplía el test MEIP. Esta apreciación de la Comisión se basa en las razones siguientes³³:

(a) El plan de negocio se sustenta sobre la previsión de que la evolución del mercado neerlandés de telecomunicaciones conllevará un aumento significativo de la demanda de servicios de banda ancha (esta previsión se apoya en un informe elaborado por Stratix Consulting y la Universidad Técnica de Delft).

A partir de esta previsión de demanda, el plan de negocio se basa en una serie de asunciones relativas a los precios al por mayor de servicios de banda ancha (que BBned habrá de abonar a GNA)³⁴, la tasa de penetración de la red³⁵, el valor residual de la red³⁶, así como otro tipo de asunciones en relación a los costes de inversión³⁷.

Para la Comisión, las dudas relativas a las asunciones del plan de negocio eran realistas en todo caso, y las posibles reservas sobre las mismas no podían deberse a errores manifiestos, sino al amplio margen de apreciación empresarial.

(b) En cuanto a la metodología del plan de negocio, la Comisión concluyó que era la correcta, teniendo en cuenta que los inversores privados examinaron dicho plan y que una importante empresa auditora aprobó la metodología del mismo. Por otro lado, la Comisión consideró que las cuestiones relativas a la metodología del plan de negocio tenían una importancia menor, no poniendo en duda su viabilidad.

(c) La Comisión valoró también el hecho de que dos de los inversores privados especializados en infraestructuras de telecomunicaciones como ING Real Estate (ING Real Estate es una filial de ING que lleva a cabo inversiones en este tipo de proyectos) y Reggefiber, por tanto conocedores de la industria, adquiriesen una participación significativa sobre la base del plan de negocio.

(d) Un factor adicional tenido en cuenta por la Comisión fue el hecho de que el proyecto de GNA tenía un valor estratégico de proyecto piloto, dado que serviría para comprobar el potencial de la tecnología de fibra al hogar en zonas de densidad de población alta. Este valor estratégico podía haber favorecido que los inversores aceptaran un grado de riesgo relativamente mayor.

En base a lo anterior, la Comisión concluyó que se cumplía el test MEIP y por lo tanto la inversión del Ayuntamiento de la ciudad de Ámsterdam no constituía ayuda de Estado.

(iv) Los comentarios de terceras partes interesadas

Los interesados en el Asunto Citynet, principalmente operadores de cable, solicitaron a la Comisión que aplicara el test MEIP de manera estricta, ante el temor de una proliferación de intervención estatal en Europa en lo que a proyectos de redes de banda ancha se refiere. Este punto es relevante, porque denota un intento de los operadores privados de oponerse a la iniciativa pública en sectores ya servidos por la iniciativa privada.

³³ Ver considerandos 168 y siguientes de la Decisión Citynet.

³⁴ Ver considerandos 146 y siguientes de la Decisión Citynet.

³⁵ Ver considerandos 134 y siguientes de la Decisión Citynet.

³⁶ Conforme a las alegaciones de las autoridades neerlandesas, la red seguiría teniendo un valor significativo incluso en el caso de que el plan de negocio no se cumpliera en su totalidad. La Comisión compartió esta visión. Ver considerandos 157 y 158 de la Decisión Citynet.

³⁷ Ver considerandos 152 y siguientes de la Decisión Citynet.

Ciertamente, las medidas relativas a proyectos de telecomunicaciones presentan particularidades que hubiesen hecho aconsejable un análisis quizás más estricto por parte de la Comisión. El principal argumento es que cualquier intervención estatal en relación a los proyectos de instalación de infraestructura de banda ancha puede afectar potencialmente a los incentivos de los inversores privados para invertir en la instalación de nuevas redes. Esto es especialmente delicado en momentos como el actual, puesto que los operadores están considerando invertir en redes de nueva generación (*new generation networks* o NGN).

La competencia constante entre las distintas infraestructuras es el principal estímulo para el desarrollo técnico, la diversidad de los productos disponibles y facilita la creación de eficiencias de costes. Por el contrario, un modelo competitivo basado en una red con financiación pública congelaría los incentivos para invertir en una red alternativa y no propiciaría la competencia constante.

La intervención pública en este mercado debería permitirse únicamente si se dan una serie de circunstancias, en particular:

- Situaciones de fallo de mercado: la intervención pública debería limitarse estrictamente al desarrollo de redes en zonas donde no es viable que un operador privado decida invertir. La intervención no está justificada en áreas donde hay empresas privadas que prestan los servicios de acceso (o lo van a hacer en el futuro) como es la ciudad de Ámsterdam.
- Aplicación del principio de proporcionalidad a cualquier intervención pública: no es suficiente con que se identifique un fallo de mercado para justificar automáticamente la intervención pública. Es importante elegir el remedio más eficiente desde el punto de vista de costes, en otras palabras, el que menos trastorne y sea más barato de administrar por los reguladores. Los incentivos públicos por el lado de la demanda (para el usuario) son preferibles a los incentivos por parte de la oferta. Es decir, es preferible otorgar un subsidio para financiar el cambio de red de los usuarios. Por ejemplo, si se ha de recurrir a incentivos por el lado de la oferta, será preferible otorgar un subsidio para las actividades de I+D que recurrir a subsidios directos.
- La dificultad de prever las tendencias futuras del mercado: esta dificultad ha de entenderse como un factor contra la intervención, particularmente en relación a proyectos de redes NGN. Esto es así porque la intervención puede contribuir a que triunfe una tecnología/estándar que no sea el óptimo.
- Cumplimiento con el principio de neutralidad tecnológica: en el caso de que se decida la conveniencia de la intervención pública, es importante asegurarse de que dicha intervención pública no favorezca indebidamente a una tecnología o solución tecnológica sobre otra, para evitar el riesgo de una mala elección.

Por otro lado, la obligación de la Comisión de asegurar la aplicación de las disposiciones del Tratado³⁸ apunta hacia la necesidad de que la Comisión aplique el test MEIP de manera estricta a inversiones públicas en mercados emergentes. En efecto, la aplicación de los artículos 81,82, 86 y 87 a 89 del Tratado deben de ser asegurada por la Comisión en su actuación.

La aplicación laxa del test MEIP puede llevar a la relajación del rigor del Derecho de ayudas de Estado en relación con medidas que potencialmente pueden ser contrarias al mantenimiento de la competencia efectiva

³⁸ Con objeto de garantizar el funcionamiento y el desarrollo del mercado común, la Comisión: "velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado, así como de las disposiciones adoptadas por las instituciones en virtud de este mismo Tratado..." (artículo 211 del Tratado).

en mercados emergentes como el de los servicios prestados a través de NGN. No hay que olvidar que la inversión pública responde a incentivos no necesariamente alineados con las ideas de maximización de la eficiencia económica. Y en esto, el sector público empresarial tiene una amplia historia³⁹.

En definitiva, el test del MEIP debe aplicarse de manera muy estricta, por ejemplo, mediante un examen más severo de los incentivos para la inversión pública por los siguientes motivos:

- Los incentivos de las Administraciones Públicas al adoptar decisiones de negocio no responden necesariamente a la maximización de la eficiencia. Por ejemplo, un Ayuntamiento puede decidir realizar una inversión por razones tales como el fomento del empleo, dando lugar a evidentes deterioros en la competencia y el mercado cuando el área que se desea servir se encuentra ya cubierta por la iniciativa privada.
- Las empresas públicas tienen un largo historial de distorsión de la competencia y de obtener beneficios de ayudas de Estado ilegales, debido a los lazos estructurales que les unen al Estado (existe una suerte de conflicto de interés).
- Las medidas relativas a nuevas tecnologías y en general a industrias dinámicas deben ser examinadas con particular cuidado, dada la rápida dinámica del mercado y la necesidad de mantener la neutralidad tecnológica.
- Este estándar más estricto de aplicación del test MEIP está justificada por la aplicación conjunta del los artículos 211 y 81, 82, 86 y 86-89 del Tratado.

En conclusión, si toda intervención pública es permitida, mejor dicho no examinada, bajo criterios de estricta aplicación del MEIP, se puede dar una poco deseada proliferación de inversiones públicas, que presentan dudosos incentivos dañinos para la competencia. De ahí la enorme importancia del MEIP como elemento moderador del principio ex artículo 295 Tratado CE.

2.2.2. Test MEIP y financiación pública: el test del acreedor privado

Los casos sobre financiación pública también revisten interés en relación con la aplicación del MEIP. Para dilucidar si una determinada financiación pública, ya sea un préstamo o un crédito⁴⁰, reviste la condición de ayuda de Estado, habrá que observar si la misma financiación podía haber sido contraída con cualquier banco privado en condiciones equivalentes.

A la hora de evaluar si un organismo público actúa como lo hubiera hecho un hipotético inversor en una economía de mercado en circunstancias similares, la Comisión ha tenido en cuenta: (i) si las garantías ofrecidas por los deudores son suficientes para cubrir el crédito o préstamo; y (ii) si los tipos de interés aplicados son equivalentes a los tipos de interés aplicados por los bancos privados en financiaciones similares bajo condi-

³⁹ Podemos mencionar, como ejemplo de esto, las diversas medidas que han sido declaradas ilegales en relación a las televisiones públicas europeas (por ejemplo, las Decisiones relativas a las medidas adoptadas por Países Bajos, en la que la Comisión ordenó la devolución de 76,3 millones de euros más intereses (comunicado de prensa de la Comisión Europea IP/06/822, de 22 de junio de 2006); por Dinamarca, en la que la Comisión ordenó la devolución de 84,4 millones de euros más intereses (comunicado de prensa de la Comisión Europea IP/04/666, de 19 de mayo de 2004), etc.).

⁴⁰ En España, por ejemplo el Instituto de Crédito Oficial u otras entidades autonómicas equivalentes, como el Instituto Catalán de Finanzas. Ver, por ejemplo, Decisiones de la Comisión Europea de 10 de mayo de 2007 relativa a las medidas C 1/2006 (ex NN 103/2005) concedidas por España a favor de Chupa Chups y de 19 de febrero de 2003 relativa a las medidas concedidas por España a Hilados y Tejidos Puigneró, S.A.

ciones normales de mercado, teniendo en cuenta el grado de solvencia del deudor (a menor grado de solvencia mayor habrá de ser el interés aplicado) y las garantías disponibles⁴¹.

Por otro lado, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en el momento en que existe una deuda exigible a favor del Estado, en el caso de que la autoridad o empresa pública en cuestión no requiera las cantidades debidas o tolere la demora del pago por parte de un deudor, esto puede constituir una ayuda de Estado. Conforme a la jurisprudencia, en aplicación del test del acreedor privado, las autoridades públicas deberán actuar como lo haría un acreedor privado.

Por ejemplo, en su Sentencia en el asunto Tubacex⁴², el Tribunal de Justicia anuló una Decisión de la Comisión Europea en la que se concluía que el Estado no había actuado como lo hubiese hecho un acreedor privado en relación a la aplicación del interés legal en el marco de convenios de devolución de salarios y del pago de deudas por cuotas de la Seguridad Social. El Tribunal anuló la Decisión de la Comisión al comprobar que el Estado había agotado todas las vías legales posibles para cobrar las cantidades adeudadas, antes de acceder a descontar dos tercios de la cantidad adeudada y acordar el pago aplazado de la deuda restante durante un periodo de diez años.

2.2.2.1. Doctrina reciente de la Comisión Europea

Un caso reciente ilustrativo del test del acreedor privado en relación a financiación pública es la Decisión adoptada por la Comisión Europea en relación al préstamo concedido a Alitalia por parte de la República Italiana. El Estado italiano tenía una participación del 49,9% en Alitalia, por lo que intervenía en el capital de la sociedad de manera directa.

El 12 de noviembre de 2008 la Comisión Europea adoptó una Decisión⁴³ declarando la existencia de ayuda de Estado ilegal en relación al préstamo de 300 millones de euros otorgado por la República italiana a Alitalia (**Decisión Alitalia**)⁴⁴.

(i) La medida adoptada por la República Italiana

El préstamo de 300 millones de euros, no notificado a la Comisión Europea, fue otorgado inmediatamente después de que se frustrara la compra de Alitalia por KLM/Air France, y no tenía otro fin que evitar la quiebra de la aerolínea.

El préstamo fue otorgado por el Estado italiano a Alitalia por medio de un Decreto Ley aprobado por el Consejo de Ministros italiano el 23 de abril de 2008. Posteriormente, por Decreto Ley de 27 de mayo se otorgaba a Alitalia la facultad de consignar la cuantía del préstamo citada en sus fondos propios.

(ii) Las dudas de la Comisión: apertura del procedimiento de investigación formal

⁴¹ Resulta útil como guía el recurso a los baremos incluidos en la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización Diario Oficial n° C 014 de 19/01/2008 p. 0006 – 0009. La citada Comunicación incluye una tabla en la que se indica el tipo de interés a aplicar por un banco privado a un préstamo, atendiendo a la calificación crediticia de la empresa y el grado de garantía.

⁴² Sentencia del TJCE de 29 de abril de 1999 en el Asunto C-342/96 *Reino de España c. Comisión de las Comunidades Europeas*.

⁴³ En la misma fecha la Comisión Europea emitió una segunda Decisión, también relativa a Alitalia, por la cual se aprobó el esquema de venta del patrimonio de Alitalia como parte del proceso de liquidación en el asunto N510/2008.

⁴⁴ Decisión de la Comisión Europea de 12 de noviembre de 2008 relativa al préstamo de 300 millones de euros concedido por Italia a la compañía Alitalia No C 26/08 (ex NN 31/08).

El 11 de junio de 2008, la Comisión decidió la apertura de un procedimiento de investigación formal en relación con la calificación de la medida como ayuda estatal en favor de Alitalia. La Comisión dudaba de que el Estado italiano, al adoptar la medida, se hubiera comportado como un accionista prudente que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad de los capitales invertidos a más largo plazo que un inversor común⁴⁵, conforme a los términos de comparación establecidos por el Tribunal de Justicia a los que nos hemos referido anteriormente⁴⁶.

La Comisión consideró, basándose en la información de que disponía, que la medida, con independencia del uso que se diera a los fondos correspondientes, confería a Alitalia una ventaja económica que no obtendría en condiciones normales de mercado. Esta apreciación se sustentaba tanto en la situación financiera de la compañía como en las condiciones (tipo de interés) y circunstancias de la concesión del préstamo en sí (el préstamo fue concedido inmediatamente después de que Air France-KLM retirara su oferta de compra).

En cuanto a la compatibilidad de la posible ayuda estatal con el mercado común, la Comisión albergaba serias dudas sobre la misma dado que, con los datos disponibles en la fase preliminar del procedimiento, la medida no podría declararse compatible con el mercado común en aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis⁴⁷.

(iii) El análisis efectuado por la Comisión

A resultas de la investigación llevada a cabo en el seno del procedimiento incoado por la Comisión Europea el 11 de junio de 2008, tras haber dirigido un requerimiento de información al Estado italiano y haber recibido varias denuncias por parte de competidores de Alitalia, la Comisión concluyó lo siguiente:

(a) El préstamo de 300 millones constituye ayuda de Estado dado que, sobre los parámetros del test MEIP:

- A la vista de la gravedad de la situación financiera de Alitalia, el Estado italiano no actuó como lo habría hecho un accionista prudente que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad de los capitales invertidos a más largo plazo que un inversor común⁴⁸.
- La Comisión concluyó que un inversor privado en una situación comparable a la de la República Italiana, suponiendo siquiera que accediera a adoptar la medida en favor de Alitalia, no habría en ningún caso aceptado que el tipo de interés aplicado en este caso fuera el aplicable a una empresa en una situación financiera normal.

Por lo tanto, el préstamo confirió a Alitalia una ventaja económica mediante recursos estatales que no habría obtenido en condiciones normales de mercado⁴⁹.

⁴⁵ Considerandos 15-17 de la Decisión Alitalia.

⁴⁶ Ver punto 2.2.1.1.

⁴⁷ Comunicación de la Comisión - Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis. Diario Oficial n° 244 de 01/10/2004 p. 0002 - 0017

⁴⁸ "Por otro lado, la Comisión considera que, vista la gravedad de la situación financiera de Alitalia, tal inversor privado no habría accedido a concederle ningún préstamo ni, por ende, uno cuyo importe iba a consignarse en los fondos propios y que, en consecuencia, en el supuesto de liquidación de la compañía, no sería reembolsado hasta que lo fueran todos los demás acreedores, solidaria y proporcionalmente al capital social (véase el artículo 4, apartado 4, del Decreto Ley no 93). El hecho de que el préstamo concedido inicialmente se destinara a completar el capital de Alitalia apuntala aún más el análisis de la Comisión sobre la calificación de la medida analizada como ayuda estatal". (Considerando 76 de la Decisión Alitalia).

⁴⁹ Considerando 77 de la Decisión Alitalia.

- (b) La medida no fue notificada a la Comisión Europea por el Estado italiano, por lo que la ayuda es ilegal *ab initio*, dada la prohibición de ejecutar medidas proyectadas antes de que Comisión adopte una Decisión al respecto.
- (c) El préstamo no es compatible con el mercado común, dado que no se cumplen las condiciones establecidas en las Directrices de 2004 sobre ayudas de rescate y recuperación. La Comisión apunta que el Estado italiano ya había concedido con anterioridad ayudas de rescate a Alitalia, con lo que no se cumplía con la condición de ayuda única (“*one time, last time*”).

3. Aplicación reciente del test MEIP por los tribunales comunitarios: la reciente Sentencia del Tribunal de Primera Instancia Ryanair c. Comisión de las Comunidades Europeas

Mediante su Sentencia de 17 de diciembre de 2008, Ryanair c. Comisión, asunto T-196/04, el TPI anuló la Decisión negativa de la Comisión Europea relativa a las ventajas otorgadas a la compañía aérea de bajo coste Ryanair por parte de la Región Valona y Brussels South Charleroi Airport con ocasión de su instalación en el aeropuerto de Charleroi (**Decisión Ryanair**)⁵⁰.

Esta Sentencia viene a aclarar el concepto de “actividad económica del Estado” en el marco del MEIP, como enseguida veremos.

3.1. La Decisión anulada

Las medidas controvertidas tienen su origen en la instalación de una base de operaciones en el aeropuerto de Charleroi por parte de Ryanair. Se trataba de la primera base de operaciones en la Europa continental de esta compañía irlandesa de bajo coste. Las conversaciones para la instalación de la base de operaciones se iniciaron en 2000.

En noviembre de 2001 Ryanair firmó dos convenios separados en relación con su instalación en el aeropuerto de Charleroi. El primero de estos convenios lo firmó con la Región Valona, propietaria de la infraestructura aeroportuaria de Charleroi. El segundo lo firmó con la empresa Brussels South Charleroi Airport (**BSCA**), empresa pública controlada por la Región Valona que, desde el 4 de julio de 1991, gestiona y explota el aeropuerto como concesionaria. Los convenios establecían lo siguiente⁵¹:

- (a) En virtud del primer convenio, la Región Valona concedió a Ryanair una reducción de los cánones de aterrizaje de aproximadamente un 50 % con respecto al nivel establecido reglamentariamente.

⁵⁰ Decisión de la Comisión, de 12 de febrero de 2004, en la ayuda de Estado C 76/2002 (ex NN 122/2002) relativa a las ventajas otorgadas por la Región Valona y Brussels South Charleroi Airport a la compañía aérea Ryanair con ocasión de su instalación en Charleroi.

⁵¹ Ver considerandos 7 y siguientes de la Decisión Ryanair y párrafo 4 y siguientes de la Sentencia del TPI.

Adicionalmente, la Región Valona se comprometió a compensar a la aerolínea por toda pérdida de beneficios directa o indirectamente derivada de una modificación posterior por reglamento de las tasas aeroportuarias o de los horarios de apertura del aeropuerto.

Ryanair no se comprometió a obligación alguna.

- (b) En virtud del segundo convenio, BSCA se comprometió a contribuir a los gastos soportados por Ryanair para la instalación de su base de operaciones (que incluía varias partidas, como gastos de alojamiento, formación de personal, pagos por cada ruta abierta, entre otras). Además, BSCA únicamente facturaría a Ryanair un euro por pasajero por la prestación de servicios de asistencia en tierra, en vez de la tarifa habitual de diez euros.

En cuanto a Ryanair, se comprometió a utilizar el aeropuerto de Charleroi como base para un número de entre dos y cuatro aeronaves y a efectuar un mínimo de tres rotaciones por día y por avión durante un período de quince años. Además, se comprometió a reembolsar a BSCA la totalidad o una parte de las cantidades abonadas por ésta en el caso de que decidiera una reducción sustancial de operaciones del aeropuerto por parte de la aerolínea.

Ninguno de los convenios fue notificado a la Comisión. La Comisión, tras constatar la existencia de los convenios por la información aparecida en prensa y recibir una denuncia al respecto, inició una investigación preliminar y posteriormente incoó el procedimiento el 13 de diciembre de 2003⁵². A results de su investigación, en la que la Comisión analizó ambos convenios por separado, la Comisión dictó Decisión negativa con orden de devolución, en la que se establecía que ambos convenios (el segundo de manera parcial) suponían ayudas de Estado en favor de Ryanair, incompatibles con el mercado común, y exigió a Bélgica la recuperación de las ayudas⁵³. En particular:

- (a) En lo que se refiere al primer convenio, lo destacable de la Decisión Ryanair en lo que aquí nos interesa, es que la Comisión consideró que la Región Valona había celebrado el primer convenio con Ryanair actuando como autoridad pública, llegando a la conclusión de que era imposible la aplicación del test MEIP. En los casos en los que el Estado actúa como poder público, no puede aplicarse el citado test, ya que su comportamiento nunca podrá compararse al de una empresa privada en una economía de mercado. En concreto, la Comisión consideró que al reducir las tasas de aterrizaje y constituir una garantía de compensación a favor de Ryanair, región de Valonia estaba actuando en el ámbito de sus potestades reguladoras.

En consecuencia, la Comisión concluyó que en el ejercicio de sus prerrogativas de poder público, la Región Valona se comportó de manera ilegal y discriminatoria al conceder a Ryanair una reducción del nivel de los cánones aeroportuarios que no se otorgaba a otras compañías aéreas. La Comisión dedujo de ello que la reducción de los cánones aeroportuarios y la garantía de compensación descrita más arriba constituyen una ventaja para Ryanair⁵⁴, llegando a la conclusión de que las ayudas concedidas por la Región Valona son incompatibles con el mercado común⁵⁵.

⁵² Ver considerandos 1 y siguientes de la Decisión Ryanair.

⁵³ Ver artículos 1-5 de la Decisión Ryanair y párrafo 22 de la Sentencia del TPI.

⁵⁴ Ver considerandos 139-160 de la Decisión Ryanair y párrafo 15 de la Sentencia del TPI.

⁵⁵ Ver considerandos 263 - 266 de la Decisión Ryanair.

(b) En cuanto al segundo convenio, la Comisión aplicó el test MEIP a las medidas adoptadas por BSCA, a pesar de las dificultades al respecto⁵⁶. La Comisión consideró que BSCA no había actuado como lo hubiese hecho un inversor privado en una economía de mercado, concluyendo que las medidas a favor de Ryanair constituyen ventajas en el sentido del artículo 87.1 del Tratado CE⁵⁷. En particular que, conforme a la Comisión BSCA “no efectuó un análisis coherente de todas las hipótesis del contrato previsto con Ryanair y únicamente con esta”, asumiendo riesgos que no habría asumido un inversor privado que actuase en una economía de mercado.

En cuanto a las medidas en sí, la Comisión consideró compatibles con el mercado común las ayudas para la apertura de nuevas líneas cuyo importe no supere el 50 % de los costes de puesta en marcha y cuya duración sea inferior a cinco años. Exige por tanto la devolución de la parte de las ayudas abonadas a Ryanair por BSCA que sobrepase estos límites⁵⁸.

3.2. Valoración por el TPI

En mayo de 2004 Ryanair interpuso recurso de anulación de la Decisión adoptada por la Comisión ante el TPI, invocando como motivos la falta de motivación de la Decisión recurrida y la impugnación de la calificación de ayudas estatales de los convenios de noviembre de 2001.

En lo que atañe a la impugnación de la calificación de ayudas estatales de los convenios, Ryanair alegó que la Comisión no había aplicado, o lo había hecho incorrectamente el test MEIP al conjunto de medidas controvertidas, dado que (i) la Comisión no tomó en consideración al examinar las medidas controvertidas que la Región Valona y BSCA debían considerarse una sola y misma entidad, (ii) que debería haberse aplicado el test MEIP a las medidas adoptadas por la Región Valona; y, (iii) que la Comisión aplicó incorrectamente el test MEIP en lo que concierne a las medidas de BSCA⁵⁹.

El TPI apreció lo siguiente:

(a) En cuanto a la consideración de la Región Valona y BSCA como una única entidad.

El TPI estableció en relación a este punto que la Comisión debería haber considerado a la Región Valona y a BSCA como una sola y misma entidad a efectos de verificar si, consideradas conjuntamente, se habían comportado como inversores privados en una economía de mercado⁶⁰.

La Región Valona y BSCA presentaban vínculos jurídicos y económicos. Siendo el argumento fundamental para el TPI que BSCA era una entidad económicamente dependiente de la Región Valona. Esta dependencia económica había sido ya reconocida por la Comisión en la propia Decisión Ryanair, según el TPI⁶¹:

⁵⁶ Ver considerandos 161-170 de la Decisión Ryanair.

⁵⁷ Ver considerandos 161 a 238 de la Decisión Ryanair.

⁵⁸ Ver considerandos 267-344 de la Decisión Ryanair.

⁵⁹ Ver párrafo 34 de la Sentencia del TPI.

⁶⁰ Ver párrafo 61 de la Sentencia del TPI.

⁶¹ Ver párrafo 57 de la Sentencia del TPI.

- La Comisión indicó que la estructura financiera de BSCA se apoyaba en gran medida en la de la Región Valona, en particular en lo que respecta a la asunción del coste de los servicios de mantenimiento y de lucha contra incendios, todo ello conforme a los términos de la concesión⁶².
- La Comisión también reconoció que [*“...aunque BSCA sea una empresa en virtud del derecho de competencia y sus actividades sean de tipo económico, se trata de una empresa pública que la Región Valona controla, en la que ejerce una influencia preponderante y esas medidas se le pueden atribuir...”*]⁶³.
- Además, el TPI concluyó que *“al aplicar el criterio del inversor privado es necesario contemplar la transacción comercial en su conjunto, a fin de verificar si la entidad estatal y la entidad controlada por ella, consideradas conjuntamente, se comportaron como operadores racionales en una economía de mercado”*, poniendo de manifiesto la obligación de tener en cuenta todos los datos pertinentes y su contexto, incluidos los relativos a la situación de la autoridad o autoridades que adoptaron las medidas controvertidas al valorar la Comisión dichas medidas⁶⁴.

(b) En cuanto a la aplicación del test MEIP a las medidas adoptadas por la Región Valona

Tras recordar que únicamente procede aplicar el test MEIP cuando el Estado actúa como un operador privado, y excluirlo cuando actúa como poder público al desarrollar las obligaciones que le corresponden como tal⁶⁵, el TPI estimó que al celebrar el convenio con Ryanair la Región Valona actuó en el marco de unas actividades de naturaleza económica, con lo que la Comisión debería haber aplicado el test MEIP.

En concreto, sobre la naturaleza económica de las actividades de la Región Valona, el TPI estimó que:

- En contra de lo establecido en el considerando 145 de la Decisión Ryanair, procedía considerar que la Región Valona actuó en el marco de unas actividades de naturaleza económica. La razón dada por el TPI es que la fijación del importe de los cánones de aterrizaje, y la garantía de compensación conexas, es una actividad que puede considerarse directamente vinculada a la gestión de las infraestructuras aeroportuarias, la cual constituye una actividad económica⁶⁶.
- La puesta a disposición de las compañías aéreas, por parte de una autoridad pública, de unas instalaciones aeroportuarias y la gestión de las mismas, contra el pago de un canon cuyo importe determina libremente dicha autoridad, pueden calificarse de actividades de naturaleza económica. En atención a su naturaleza, su objeto y las normas que las regulan, tales actividades no están vinculadas al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público⁶⁷.
- Por otro lado, el TPI estableció que el mero hecho de que esta actividad se desarrolle en zona de dominio público no basta para considerarla relacionada con las prerrogativas del poder público⁶⁸.

⁶² Ver considerandos 161-166 y 237 de la Decisión Ryanair.

⁶³ Ver considerando 246 de la Decisión Ryanair.

⁶⁴ Ver párrafo 59 de la Sentencia del TPI.

⁶⁵ *“Si bien en el supuesto de que el Estado actúe en su condición de empresa que opera como un inversor privado resulta necesario analizar su comportamiento con arreglo al principio del inversor privado en una economía de mercado, procede excluir la aplicación de dicho principio en el supuesto de que actúe como poder público. En efecto, en este último supuesto nunca existe la posibilidad de comparar el comportamiento del Estado con el de una empresa o un inversor privado en una economía de mercado”*. (Párrafo 85 de la Sentencia del TPI).

⁶⁶ Ver párrafo 88 de la Sentencia del TPI.

⁶⁷ Ver párrafo 91 de la Sentencia del TPI.

⁶⁸ Ver párrafo 92 de la Sentencia del TPI.

- La mera circunstancia de que la Región Valona disponga de una potestad reglamentaria en materia de fijación de los cánones aeroportuarios no excluye la obligación para la Comisión de aplicar el test MEIP al proceder al examen de un sistema de descuentos de dichos cánones, ya que un operador privado que gestionase el aeropuerto podría establecer un sistema de esa índole.

Conforme a lo anterior, el TPI estimó el recurso de Ryanair y anuló la Decisión debido al error de Derecho en que incurrió la Comisión, sin necesidad de analizar las alegaciones expuestas en apoyo del primer motivo de recurso.

3.3. Conclusión

La Sentencia del TPI anulando la Decisión en el asunto Ryanair confirma la importancia del concepto de actividad “pública” en el marco del test MEIP.

La Sentencia del TPI es un importante precedente para casos similares, en los que sea necesario analizar los vínculos entre el Estado y las empresas públicas. El TPI confirma la necesidad de contemplar la transacción comercial en su conjunto, a fin de verificar si la entidad estatal y la entidad controlada por ella, consideradas conjuntamente, actúan como lo haría un inversor privado en una economía de mercado.

4. Intervención pública directa en el contexto de la actual crisis financiera

4.1. Introducción al problema

Dejando ahora de lado el parámetro abstracto del MEIP, de aplicación crucial a una época de intervención pública, echaremos ahora un vistazo al modo en que la Comisión ha abordado la intervención directa en entidades financieras.

A estas alturas es de todos conocida la recesión global en la que nos hallamos inmersos que ha dado lugar a una ola de intervenciones directas en entidades financieras. El contexto fáctico de esta crisis podría resumirse, hace tan solo unos meses, en los siguientes puntos:

- La crisis financiera global se ha intensificado y se está cebando ya en los bancos europeos.
- Existe un problema de pérdida de confianza en el sistema que ha dado lugar a que se seque el crédito interbancario, haciendo más difícil para todos los operadores el acceso a la liquidez.
- La situación así descrita amenaza la viabilidad de entidades financieras, (i) tanto de aquellas que han sido víctima de sus propias prácticas o modelos de negocio con un componente extraordinario de riesgo como (ii) de entidades fundamentalmente sólidas pero cuyo negocio se ve afectado por la actual coyuntura.

Existe una voluntad política clara manifestada a nivel europeo en la reunión del ECOFIN de 7 de octubre de 2008 de adoptar todas las medidas que resulten necesarias para asegurar la estabilidad del sistema financiero y restaurar la confianza. En el marco de la voluntad política expresada por el Consejo, la Comisión ha adoptado, con carácter de urgencia, una Comunicación que trata de clarificar los principios de Derecho de ayudas de Estado aplicables a las medidas estatales en relación con las entidades financieras en el contexto de la crisis global (la **Comunicación**)⁶⁹. A la Comunicación han seguido varios documentos interpretativos adicionales de la propia Comisión. En conjunto, parece claro que la Comisión ha actuado con rapidez para tratar de configurar un marco que aporte seguridad jurídica, ante un riesgo de que los hechos desbordaran a la Comisión y pudieran dar al traste con todo el sistema comunitario de control de ayudas de Estado.

Ante todo ha de dejarse claro que en los supuestos de ayudas para paliar la crisis financiera, a diferencia de lo que sucede en los casos de MEIP antes comentados, es evidente que sí hay ayuda de Estado.

4.2. Esquema del marco normativo aplicable a las medidas estatales para combatir la crisis financiera global

De conformidad con el artículo 87.3 Tratado CE:

3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:

[...]

(b) 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;

(c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;

Como la propia Comisión indica en la Comunicación⁷⁰, las medidas estatales de ayuda a empresas en dificultades se suelen valorar bajo la excepción contenida en el artículo 87.3(c), empleando en dicha valoración los principios sobre ayudas para el rescate y reestructuración de firmas en dificultades. La Comisión considera, sin embargo, que la actual situación de crisis financiera global justifica la aplicación de la excepción contenida en el apartado 87.3(c), al tratarse de una situación de perturbación en la economía. Con la utilización de esta base legal, la Comisión pretende tener flexibilidad para aprobar medidas que puedan ir más allá de las medidas que normalmente se permitirían al amparo de las normas sobre ayudas de rescate y reestructuración⁷¹.

En consecuencia, la base legal preferida por la Comisión para aprobar las ayudas de Estado adoptadas para combatir la crisis crediticia es el artículo 87.3(b) Tratado CE.

Como se ha anticipado, a la Comunicación han seguido diversos instrumentos adicionales. El esquema normativo en vigor que rige las ayudas de Estado es, por tanto, como sigue:

⁶⁹ Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las reglas sobre ayudas de Estado a las medidas adoptadas en relación con las entidades financieras en el contexto de la crisis financiera global, 2008/C 270/02, publicado el 25 de octubre de 2008.

⁷⁰ Véanse los puntos 6 y siguientes de la Comunicación.

⁷¹ Singularmente las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DOCE 2004/C 244/02).

(1) El ya apuntado artículo 87.3(b) Tratado CE es la pieza de Derecho originario que se sitúa en la cúspide del esquema normativo.

(2) A continuación encontramos varios instrumentos interpretativos que vinculan a la Comisión europea, que es por otra parte la que ejerce el monopolio del control administrativo de la legalidad de ayudas de Estado. Estos instrumentos se dividen en dos grandes grupos: (i) aquellos dirigidos específicamente a paliar los problemas de las entidades financieras; (ii) instrumentos de carácter horizontal, encaminados a la economía en su conjunto, para tratar de solucionar los problemas financieros de lo que se ha dado en llamar economía “real” (terminología ésta por cierto adoptada por la propia Comisión).

(i) Instrumentos encaminados de manera específica a paliar los problemas de las entidades financieras:

- Ante todo, la Comunicación sobre criterios de Derecho de ayudas de Estado aplicables a las medidas estatales contra la crisis (**Comunicación**).
- En segundo lugar, la Comunicación de la Comisión sobre 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 competencia⁷².
- Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario⁷³.

(ii) Instrumentos de carácter horizontal referidos a las medidas estatales cuyo objeto es paliar el impacto de la crisis financiera sobre la economía real. Se sitúa en esta categoría esencialmente el Marco temporal aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de la crisis económica y financiera⁷⁴.

4.3. Principios aplicables a la toma de participaciones en entidades financieras en crisis por parte de los Estados

En primer lugar, como ya se ha indicado, la Comisión va a tratar las ayudas al sector financiero en el marco de la crisis global bajo la excepción legal relativa a la perturbación sobre la economía. La Comisión pone de manifiesto que la excepción relativa a perturbación en la economía debe ser interpretada de manera restrictiva. En este sentido, si bien parece claro que la actual crisis financiera entra dentro del concepto de perturbación grave dado el riesgo para el sistema financiero en su conjunto, lo que está menos claro es que medidas anticrisis encaminadas a otros sectores distintos del financiero puedan beneficiarse de la base legal del artículo 87.3(b) Tratado CE⁷⁵.

No obstante, en el análisis sustantivo de las ayudas, la Comisión aplicará los principios sobre ayudas de Estado para el rescate y reestructuración de empresas, particularmente cuando se trate de programas de ayudas.

⁷² DOCE 2009 C/10/02.

⁷³ DOCE 2009 C72/01.

⁷⁴ DOCE 2009 C16/01, modificado mediante Comunicación de 25 de febrero de 2009, aún no publicada en el DOCE.

⁷⁵ Punto 11 de la Comunicación.

Esto es lógico pues el objetivo confesado de la Comunicación en este asunto es que las entidades financieras vuelvan a la viabilidad y autonomía tan pronto como ello sea posible, con lo que tiene todo el sentido que la experiencia y principios aplicables a ayudas para el rescate y la reestructuración sean aprovechados en este contexto de ayuda a los bancos en dificultades.

A efectos del análisis sustantivo de las ayudas, la Comisión dibuja dos distinciones más o menos claras:

(a) Por una parte la Comisión establece que los programas de ayuda y las medidas puntuales se valorarán con arreglo a los principios de ayudas al rescate y la reestructuración, si bien las circunstancias de la “perturbación” pueden permitir que se aprueben medidas excepcionales tales como la mayor duración de la medida de rescate.

Cuando se trata de intervenciones *ad hoc*, sin embargo, la Comisión establece que no puede excluirse que las mismas se produzcan en las condiciones del artículo 87.3(b) Tratado CE⁷⁶. La redacción de la Comunicación en este punto no es demasiado afortunada, ni en la versión en lengua española ni en la inglesa, que por otra parte no coinciden plenamente. Sin embargo, parece que la Comisión está dando a entender que en situaciones puntuales puede estar dispuesta a considerar buena sin mayores requisitos la ayuda de Estado para rescatar entidades financieras importantes bajo el epígrafe de la perturbación económica. Ciertamente, los plazos brevísimos con los que la Comisión está aprobando las ayudas *ad hoc* parecen avalar esta interpretación, pues no es posible que la Comisión esté ni siquiera intentando realizar un análisis de esas medidas al amparo de las directrices sobre ayudas de rescate y reestructuración.

(b) Por otra parte, la Comisión realiza una distinción clara entre, por un lado, (i) aquellas entidades financieras con problemas coyunturales de liquidez a causa de la crisis, pero que en lo fundamental son bancos sólidos y solventes y, por otro lado, (ii) entidades financieras con problemas propios derivados de una política comercial excesivamente arriesgada. En el primer caso, está claro que las dificultades financieras son imputables a la crisis, mientras que en el segundo caso, las dificultades financieras son imputables a causas endógenas de la propia entidad. El segundo grupo de entidades necesitará, con carácter general, ser sometido a procesos complejos de reestructuración y por tanto se analizará bajo los principios de ayudas al rescate y la reestructuración.

En segundo lugar, la esencia misma de la excepción ex artículo 87.3(b) Tratado CE es su temporalidad, pues la excepción solamente puede subsistir mientras se encuentre en vigor el supuesto de hecho, exógeno a la empresa beneficiaria de la ayuda, de perturbación económica. Por eso la Comisión sienta el principio de vigilancia y reconsideración sucesiva en el tiempo de las ayudas prestadas. Específicamente, la Comisión establece que los Estados miembros deben llevar a cabo una evaluación de la situación cada seis meses, comunicando a la Comisión los resultados de dicha evaluación periódica⁷⁷.

En tercer lugar, la Comisión enuncia una serie de principios de contenido económico, generalmente aplicables a las ayudas y por ende a las ayudas en el contexto de la crisis financiera:

(a) Que la ayuda se encuentre adecuadamente configurada con el objetivo de remediar la situación generada por la perturbación en la economía.

⁷⁶ Punto 10 de la Comunicación.

⁷⁷ Punto 13 de la Comunicación.

- (b) Que la ayuda cumpla con el criterio de proporcionalidad, no excediendo lo necesario para lograr su objetivo.
- (c) Que la ayuda se encuentre diseñada para minimizar las externalidades negativas que puedan resultar para los competidores, otros sectores económicos u otros Estados miembros.
- (d) Principio de no-discriminación en la concesión de las ayudas.

Las tomas de participaciones por parte de los Estados en sí mismas se discuten bajo el epígrafe 4 de la Comunicación, bajo el título de “Recapitalización de las instituciones financieras”. Bajo recapitalización se entiende necesariamente que el Estado miembro de que se trate adquiere la propiedad de acciones de la empresa a cambio del dinero empleado en la recapitalización⁷⁸.

Los principios generales antes enunciados son aplicables a la toma de participaciones mediante recapitalización. En particular, los criterios de elegibilidad para beneficiarse de las medidas deben ser transparentes y no discriminatorios entre entidades financieras. La intensidad de la ayuda debe ser la mínima posible.

La Comunicación hace referencia a la necesidad de remuneración en el caso de garantías financieras prestadas por el Estado. En los casos en que dicha remuneración no fuera posible, entonces se prevé la posibilidad de incluir cláusulas de “mejor fortuna” a favor del Estado, que permitan al Estado recuperar el dinero desembolsado cuando la situación de la entidad sea mejor⁷⁹. Dado que los principios sobre garantías financieras incluidos en la Comunicación son aplicables a las operaciones de recapitalización, parece que, si un gobierno se viera obligado a adquirir acciones a un precio superior al de mercado, ello debería verse compensado con algo más que la plusvalía obtenida en caso de que las acciones de la entidad intervenida se revaloricen. En este caso, no se debe descartar la inclusión en las recapitalizaciones de cláusulas de mejor fortuna.

Asimismo, en la medida en que exista ayuda de Estado, deben exigirse medidas compensatorias al estilo de las requeridas en el marco de las ayudas para el rescate y reestructuración. Estas medidas compensatorias pueden consistir en:

- (a) Compromisos de comportamiento, cuya finalidad sería asegurarse de que la ayuda no es empleada para subsidiar una competencia agresiva contra las entidades que no han necesitado de dichas ayudas. Este tipo de compromisos pueden incluir restricciones en la conducta comercial⁸⁰.
- (b) Compromisos estructurales, tales como desinversiones de activos o líneas de negocio.

En todos los casos, al menos en teoría (la práctica puede ser otra cosa a la vista de los plazos en que la Comisión está resolviendo), la Comisión debería asegurarse que los compromisos ofrecidos no distorsionen el mercado, por ejemplo creando monopolios u otros efectos no deseados desde el punto de vista de la competencia.

⁷⁸ Punto 39 de la Comunicación.

⁷⁹ Punto 26 de la Comunicación.

⁸⁰ Punto 27 de la Comunicación.

Bibliografía

"Market economy investor principle: a legal analysis of an economic problem", Abbamonte, G., *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, 1997, p. 258.

"Citynet Amsterdam: an application of the market economy investor principle in the electronic communications sector", Gaál, N.; Lambros Papadias, L. ; Riedl, A., *Competition Policy Newsletter*, nº 1 2008.

"State aid rules and public funding of broadband", Hencsey, M.; Reymond, O.; Riedl, A.; Santamato, S.; Westerhof, J.G. *Competition Policy Newsletter*, nº 1 2005.

"Mercado, participación pública en el capital y ayudas estatales: el principio del inversor privado en una economía de mercado", Rodríguez Miguez , J. A. *Gaceta Jurídica de la CE* . 2002, p. 221.

"Derecho de la competencia en tiempos de crisis", Oriol Armengol, *Gaceta Jurídica*, Número 8 Nueva Época, Marzo-Abril 2009, p. 5.

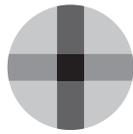
"European Commission adopts guidance on State Aids to the financial sector", Hatton, C; Coumes, J.M., *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, volumen 30: Nº 2 2009, p. 51.

"Merger control credit crunch style: UK Government intervention un the Lloyds / HBOS Merger", Pouncey, C.; Bukovics, I., *European Competition Law Review*, Sweet & Maxwell, volumen 30: nº 2 2009, p. 67.

"EC State Aids", Hancher, L; Ottervanger, T; Han Slot, P, Thomson (Sweet & Maxwell), Londres, 2006.

"European Community Law of Competition", editado por Roth, P. y Rose, V., Oxford University Press, Oxford, sexta edición, 2008.

"The EC Law of Competition", editado por Faull, J. y Nikpay, A., Oxford University Press, Oxford, segunda edición, 2007.



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Boletín de Suscripción

Deseo recibir los próximos números de los Documentos de Trabajo de la Serie “Política de la Competencia” del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos

.....

Dirección

Población C.P. País

Teléfono Correo electrónico

Usted tiene derecho a acceder a la información que le concierne, recopilada en nuestro fichero de clientes, y cancelarla o rectificarla en el caso de ser errónea. A través del Instituto Universitario de Estudios Europeos podrá recibir información de su interés. Si no desea recibirla, le rogamos que nos lo haga saber mediante comunicación escrita con todos sus datos.

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Universidad CEU San pablo

Avda. del Valle 21, 28003 Madrid

idee@ceu.es

Teléfono: 91 514 04 22 / Fax: 91 514 04 28

www.idee.ceu.es



CEU

*Instituto Universitario
de Estudios Europeos*

Universidad San Pablo

Boletín de Solicitud de números atrasados

Deseo recibir los números siguientes de los Documentos de Trabajo de la Serie "Política de la Competencia" del Instituto Universitario de Estudios Europeos de la Universidad CEU San Pablo:

Nombre y Apellidos

Dirección

Población C.P. País

Teléfono Correo electrónico

Nº	Título
.....
.....
.....
.....

Usted tiene derecho a acceder a la información que le concierne, recopilada en nuestro fichero de clientes, y cancelarla o rectificarla en el caso de ser errónea. A través del Instituto Universitario de Estudios Europeos podrá recibir información de su interés. Si no desea recibirla, le rogamos que nos lo haga saber mediante comunicación escrita con todos sus datos.

Instituto Universitario de Estudios Europeos
Universidad CEU San pablo
Avda. del Valle 21, 28003 Madrid
idee@ceu.es
Teléfono: 91 514 04 22 / Fax: 91 514 04 28
www.ideo.ceu.es

Números Publicados

Serie Unión Europea

- Nº 1 / 2000** “La política monetaria única de la Unión Europea”
Rafael Pampillón Olmedo
- Nº 2 / 2000** “Nacionalismo e integración”
Leonardo Caruana de las Cagigas y Eduardo González Calleja
- Nº 1 / 2001** “Standard and Harmonize: Tax Arbitrage”
Nohemi Boal Velasco y Mariano González Sánchez
- Nº 2 / 2001** “Alemania y la ampliación al este: convergencias y divergencias”
José María Beneyto Pérez
- Nº 3 / 2001** “Towards a common European diplomacy? Analysis of the European Parliament resolution on establishing a common diplomacy (A5-0210/2000)”
Belén Becerril Atienza y Gerardo Galeote Quecedo
- Nº 4 / 2001** “La Política de Inmigración en la Unión Europea”
Patricia Argerey Vilar
- Nº 1 / 2002** “ALCA: Adiós al modelo de integración europea?”
Mario Jaramillo Contreras
- Nº 2 / 2002** “La crisis de Oriente Medio: Palestina”
Leonardo Caruana de las Cagigas
- Nº 3 / 2002** “El establecimiento de una delimitación más precisa de las competencias entre la Unión Europea y los Estados miembros”
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 4 / 2002** “La sociedad anónima europea”
Manuel García Riestra
- Nº 5 / 2002** “Jerarquía y tipología normativa, procesos legislativos y separación de poderes en la Unión Europea: hacia un modelo más claro y transparente”
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 6 / 2002** “Análisis de situación y opciones respecto a la posición de las Regiones en el ámbito de la UE. Especial atención al Comité de las Regiones”
Alberto Gil Ibáñez
- Nº 7 / 2002** “Die Festlegung einer genaueren Abgrenzung der Kompetenzen zwischen der Europäischen Union und den Mitgliedstaaten”
José María Beneyto y Claus Giering
- Nº 1 / 2003** “Un español en Europa. Una aproximación a Juan Luis Vives”
José Peña González
- Nº 2 / 2003** “El mercado del arte y los obstáculos fiscales ¿Una asignatura pendiente en la Unión Europea?”
Pablo Siegrist Ridruejo

- Nº 1 / 2004** “Evolución en el ámbito del pensamiento de las relaciones España-Europa”
José Peña González
- Nº 2 / 2004** “La sociedad europea: un régimen fragmentario con intención armonizadora”
Alfonso Martínez Echevarría y García de Dueñas
- Nº 3 / 2004** “Tres operaciones PESD: Bosnia i Herzegovina, Macedonia y República Democrática de Congo”
Berta Carrión Ramírez
- Nº 4 / 2004** “Turquía: El largo camino hacia Europa”
Delia Contreras
- Nº 5 / 2004** “En el horizonte de la tutela judicial efectiva, el TJCE supera la interpretación restrictiva de la legitimación activa mediante el uso de la cuestión prejudicial y la excepción de ilegalidad”
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 1 / 2005** “The Biret cases: what effects do WTO dispute settlement rulings have in EU law?”
Adrian Emch
- Nº 2 / 2005** “Las ofertas públicas de adquisición de títulos desde la perspectiva comunitaria en el marco de la creación de un espacio financiero integrado”
José María Beneyto y José Puente
- Nº 3 / 2005** “Las regiones ultraperiféricas de la UE: evolución de las mismas como consecuencia de las políticas específicas aplicadas. Canarias como ejemplo”
Carlota González Láynez
- Nº 24 / 2006** “El Imperio Otomano: ¿por tercera vez a las puertas de Viena?”
Alejandra Arana
- Nº 25 / 2006** “Bioterrorismo: la amenaza latente”
Ignacio Ibáñez Ferrándiz
- Nº 26 / 2006** “Inmigración y redefinición de la identidad europea”
Diego Acosta Arcarazo
- Nº 27 / 2007** “Procesos de integración en Sudamérica. Un proyecto más ambicioso: la comunidad sudamericana de naciones”
Raquel Turienzo Carracedo
- Nº 28 / 2007** “El poder del derecho en el orden internacional. Estudio crítico de la aplicación de la norma democrática por el Consejo de Seguridad y la Unión Europea”
Gaspar Atienza Becerril
- Nº 29 / 2008** “Iraqi Kurdistan: Past, Present and Future. A look at the history, the contemporary situation and the future for the Kurdish parts of Iraq”
Egil Thorsås
- Nº 30 / 2008** “Los desafíos de la creciente presencia de China en el continente africano”
Marisa Caroço Amaro

Serie Política de la Competencia

- Nº 1 / 2001** “El control de concentraciones en España: un nuevo marco legislativo para las empresas”
José María Beneyto
- Nº 2 / 2001** “Análisis de los efectos económicos y sobre la competencia de la concentración Endesa-Iberdrola”
Luis Atienza, Javier de Quinto y Richard Watt
- Nº 3 / 2001** “Empresas en Participación concentrativas y artículo 81 del Tratado CE: Dos años de aplicación del artículo 2(4) del Reglamento CE de control de las operaciones de concentración”
Jerónimo Maíllo González-Orús
- Nº 1 / 2002** “Cinco años de aplicación de la Comunicación de 1996 relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los asuntos relacionados con los acuerdos entre empresas”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 2 / 2002** “Leniency: la política de exoneración del pago de multas en derecho de la competencia”
Santiago Illundaín Fontoya
- Nº 3 / 2002** “Dominancia vs. disminución sustancial de la competencia ¿cuál es el criterio más apropiado?: aspectos jurídicos”
Mercedes García Pérez
- Nº 4 / 2002** “Test de dominancia vs. test de reducción de la competencia: aspectos económicos”
Juan Briones Alonso
- Nº 5 / 2002** “Telecomunicaciones en España: situación actual y perspectivas”
Bernardo Pérez de León Ponce
- Nº 6 / 2002** “El nuevo marco regulatorio europeo de las telecomunicaciones”
Jerónimo González González y Beatriz Sanz Fernández-Vega
- Nº 1 / 2003** “Some Simple Graphical Interpretations of the Herfindahl-Hirshman Index and their Implications”
Richard Watt y Javier De Quinto
- Nº 2 / 2003** “La Acción de Oro o las privatizaciones en un Mercado Único”
Pablo Siegrist Ridruejo, Jesús Lavalle Merchán, Emilia Gargallo González
- Nº 3 / 2003** “El control comunitario de concentraciones de empresas y la invocación de intereses nacionales. Crítica del artículo 21.3 del Reglamento 4064/89”
Pablo Berenguer O’Shea y Vanessa Pérez Lamas
- Nº 1 / 2004** “Los puntos de conexión en la Ley 1/2002 de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia”
Lucana Estévez Mendoza
- Nº 2 / 2004** “Los impuestos autonómicos sobre los grandes establecimientos comerciales como ayuda de Estado ilícita ex art. 87 TCE”
Francisco Marcos
- Nº 1 / 2005** “Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva”
Jerónimo Maíllo González-Orús

- Nº 2 / 2005** “La evaluación de los registros de morosos por el Tribunal de Defensa de la Competencia”
Alfonso Rincón García Loygorri
- Nº 3 / 2005** “El código de conducta en materia de fiscalidad de las empresas y su relación con el régimen comunitario de ayudas de Estado”
Alfonso Lamadrid de Pablo
- Nº 18 / 2006** “Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de la ley de defensa de la competencia”
Miguel Ángel Peña Castellot
- Nº 19 / 2006** “Un nuevo marco institucional en la defensa de la competencia en España”
Carlos Padrós Reig
- Nº 20 / 2006** “Las ayudas públicas y la actividad normativa de los poderes públicos en el anteproyecto de ley de defensa de la competencia de 2006”
Juan Arpio Santacruz
- Nº 21 / 2006** “La intervención del Gobierno en el control de concentraciones económicas”
Albert Sánchez Graells
- Nº 22 / 2006** “La descentralización administrativa de la aplicación del Derecho de la competencia en España”
José Antonio Rodríguez Miguez
- Nº 23 / 2007** “Aplicación por los jueces nacionales de la legislación en materia de competencia en el Proyecto de Ley”
Juan Manuel Fernández López
- Nº 24 / 2007** “El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia”
Francisco Marcos Fernández
- Nº 25 / 2008** “Merger Control in the Pharmaceutical Sector and the Innovation Market Assessment. European Analysis in Practice and differences with the American Approach”
Teresa Lorca Morales
- Nº 26 / 2008** “Separación de actividades en el sector eléctrico”
Joaquín M^a Nebreda Pérez
- Nº 27 / 2008** “Arbitraje y Defensa de la Competencia”
Antonio Creus Carreras y Josep Maria Julià Insenser
- Nº 28 / 2008** “El procedimiento de control de concentraciones y la supervisión por organismos reguladores de las Ofertas Públicas de Adquisición”
Francisco Marcos Fernández

Serie Economía Europea

- Nº 1 / 2001** “Impacto económico de la inmigración de los Países de Europa Central y Oriental a la Unión Europea”
M^a del Mar Herrador Morales
- Nº 1 / 2002** “Análisis de la financiación de los Fondos Estructurales en el ámbito de la política regional de la Unión Europea durante el período 1994-1999”
Cristina Isabel Dopacio
- Nº 2 / 2002** “On capital structure in the small and medium enterprises: the spanish case”
Francisco Sogorb Mira
- Nº 3 / 2002** “European Union foreign direct investment flows to Mercosur economies: an analysis of the country-of-origin determinants“
Martha Carro Fernández
- Nº 1 / 2004** “¿Es necesario reformar el Pacto de Estabilidad y Crecimiento?”
Ana Cristina Mingorance
- Nº 2 / 2004** “Perspectivas financieras 2007-2013: las nuevas prioridades de la Unión Europea y sus implicaciones en la política regional”
Cristina Serrano Leal, Begoña Montoro de Zulueta y Enrique Viguera Rubio
- Nº 3 / 2004** “Stabilisation Policy in EMU: The Case for More Active Fiscal Policy”
María Jesús Arroyo Fernández y Jorge Uxó González
- Nº 1 / 2005** “La negociación de las perspectivas financieras 2007-2013: Una historia de encuentros y desencuentros”
Cristina Serrano Leal
- Nº 9 / 2006** “La cuestión agrícola en las negociaciones comerciales multilaterales”
Ana Fernández-Ardavín Martínez y M^a Ángeles Rodríguez Santos
- Nº 10 / 2007** “El modelo de desarrollo finlandés y su posible adaptación a los países del Este”
Zane Butina
- Nº 11 / 2008** “La estrategia de Lisboa como respuesta de la UE a los retos de la globalización y al envejecimiento de su población”
Miguel Moltó Calvo

Serie del Centro de Estudios de Cooperación al Desarrollo

- Nº 1 / 2003** “Papel de la UE en las recientes cumbres internacionales”
Mónica Goded Salto
- Nº 1 / 2004** “La asociación Euro-Mediterránea: Un instrumento al servicio de la paz y la prosperidad”
Jesús Antonio Núñez Villaverde
- Nº 2 / 2004** “La retroalimentación en los sistemas de evaluación. Experiencias en la cooperación al desarrollo”
José María Larrú Ramos
- Nº 3 / 2004** “Migraciones y desarrollo: propuestas institucionales y experiencias prácticas”
Carlos Giménez, Alberto Acosta, Jaime Atienza, Gemma Aubarell, Xabier Aragall
- Nº 4 / 2004** “Responsabilidad Social Corporativa y PYMES”
Amparo Merino de Diego
- Nº 1 / 2005** “La relación ONG-Empresa en el marco de la responsabilidad social de la empresa”
Carmen Valor y Amparo Merino
- Nº 1 / 2008** “Dos modalidades de evaluación: evaluaciones de impacto aleatorias y evaluaciones participativas”
José María Larrú Ramos y Jorge Lugrís Llerandi
- Nº 2 / 2008** “A system not fit for purpose?”
Sven Grimm
- Nº 3 / 2008** “El fortalecimiento institucional de la sociedad civil: principal desafío de la cooperación internacional”
Ramón E. Daubón
- Nº 4 / 2009** “La relación entre las instituciones y el desarrollo económico de las naciones”
Pablo Bandeira
- Nº 5 / 2009** “El desarrollo institucional en el contexto de la ineficacia de la ayuda oficial: valoración crítica y propuestas de acción”
Pablo Bandeira
- Nº 6 / 2009** “El fortalecimiento de capacidades y el apoyo al desarrollo desde las bases: la experiencia de RedAmérica”
Rodrigo Villar

Serie Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias

- Nº 1 / 2007** “Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited”
David W. Rivkin
- Nº 2 / 2008** “Los árbitros y el poder para dictar condenas no pecuniarias”
David Ramos Muñoz
- Nº 3 / 2008** “La lucha contra las prerrogativas estatales en el arbitraje comercial internacional”
José Fernando Merino Merchán
- Nº 4 / 2008** Due process and public policy in the international enforcement of class arbitration awards
Stacie I. Strong
- Nº 5 / 2008** The permanent court of arbitration and the uncitral arbitration rules: current interaction and future perspectives
Sarah Grimmer

Instituto Universitario de Estudios Europeos

Centro de Política de la Competencia

Presidente

Marcelino Oreja Aguirre

Director

José María Beneyto Pérez

Coordinador

Jerónimo Maíllo González-Orús

Comité Consultivo

Centro de Política de la Competencia

Ricardo Alonso Soto
Manuel Azpilicueta Ferrer
Luis Berenguer Fuster
Miguel Ángel Cortés Martín
Emilio Cuatrecasas
Miles Curley
Claus-Dieter Ehlermann
Antonio Garrigues Walker
Enrique González-Díaz
Luis de Guindos
Inmaculada Gutiérrez Carrizo
Rafael Illescas
Juan Iranzo
Vicente López-Ibor Mayor
Cecilio Madero Villarejo
Santiago Martínez-Lage
Luis Ortiz Blanco
Enrique Moya Francés
Julio Pascual y Vicente
Mercedes Pedraz
Amadeo Petitbó Juan
Fernando Pombo
Javier de Quinto Romero
Rafael Ripoll Navarro
Juan Antonio Rivière Martín
Alexander Schaub
Gonzalo Solana

Resumen: La crisis económica está propiciando un aumento de la intervención estatal directa en la economía de mercado. Sin embargo, el clima económico actual no excusa la necesidad de que la Comisión Europea analice la compatibilidad de las medidas de intervención con el Derecho comunitario de ayudas de Estado. En este documento de trabajo se discute la aplicación del principio del inversor privado de economía de mercado como herramienta fundamental de análisis para determinar la existencia de ayuda de Estado, especialmente en casos de intervención directa en el capital de las empresas. Por otro lado, se trata la actividad de intervención estatal en entidades financieras, cuyo control por parte de la Comisión Europea se ha relajado hasta cierto punto por razones de urgencia.

Palabras clave: Ayudas de Estado, Principio de inversor privado de economía de mercado, MEIP, Crisis financiera, Intervención pública, Intervención estatal.

Abstract: Direct intervention of the State in the market economy is escalating, favoured by the economic crisis. However, the current economic climate should not excuse the European Commission from assessing the compatibility of the measures of intervention with EC State aid law. The paper discusses the application of the market economy investor principle as a fundamental tool of analysis in order to verify the existence of State aid, in particular in cases of direct intervention in the capital of companies. On the other hand, the paper deals with State intervention in financial entities, whose control by the European Commission has been relaxed, to a certain extent, due to urgency reasons.

Keywords: State aid, Market economy investor principle, MEIP, Financial crisis, Public intervention, State intervention.

ISBN: 978-84-92456-60-4

