



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 60_julio-diciembre 2020 | pp. 369-400
Santiago de Compostela, 2020
<https://doi.org/10.36402/regap.v0i60.4646>
© José Antonio Rodríguez Míguez
ISSN-L: 1132-8371

Recibido: 12/11/2020 | Aceptado: 14/12/2020
Editado baixo licenza Creative Commons Attribution 4.0 International License

Pandemia, axudas de Estado e axudas aos Estados: o reto da eficiente asignación de recursos públicos en tempos de crise

Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los Estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis

60 Regap

Pandemic, State aid and aid to the States: the challenge of efficient allocation of public resources in times of crisis

Regap



ESTUDIOS

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

Subdirector general de Investigación
Comisión Gallega de la Competencia
Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia
<https://orcid.org/0000-0003-2032-5753>
jarmiguez@gmail.com

Resumo: A actual crise sitúanos nunha encrucillada histórica decisiva. O obxectivo deste traballo é ofrecer unha visión dos instrumentos deseñados para facerlle fronte en materia de axudas estatais e de axudas europeas aos Estados e a súa incidencia no funcionamento competitivo dos mercados.

Para iso abordaremos primeiro o marco temporal baixo o que a Comisión Europea está disposta a aceptar a compatibilidade de determinadas axudas estatais. A continuación, os instrumentos financeiros excepcionais deseñados pola UE para reforzar e estimular a economía europea. Finalmente, e como necesario corolario, recordaremos as pautas básicas que deberán ter en conta as administracións e operadores para deseñar as súas axudas e proxectos eficientes e desde a perspectiva da competencia.

Palabras clave: axudas de Estado, marco temporal, fondos europeos, Next Generation EU, mecanismo de recuperación e resiliencia (MRR).

1 Doctor en Derecho. Las opiniones expresadas en el presente trabajo son estrictamente personales del autor y no reflejan, necesariamente, la opinión del organismo en el que presta sus servicios.

Resumen: La actual crisis nos sitúa en una encrucijada histórica decisiva. El objetivo del presente trabajo es ofrecer una visión de los instrumentos diseñados para hacerle frente en materia de ayudas estatales y de ayudas europeas a los Estados y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados. Para ello abordaremos primero el marco temporal bajo el que la Comisión Europea está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales. A continuación, los instrumentos financieros excepcionales diseñados por la UE para reforzar y estimular la economía europea. Finalmente, y como necesario corolario, recordaremos las pautas básicas que deberán tener en cuenta las administraciones y operadores para diseñar sus ayudas y proyectos eficientes y desde la perspectiva de la competencia.

Palabras clave: ayudas de Estado, marco temporal, fondos europeos, Next Generation EU, mecanismo de recuperación y resiliencia (MRR).

Abstract: This crisis places us at a decisive historical crossroads. The objective of this paper is to offer a vision of the instruments designed to deal with it in matters of state aid and European aid to the States and their impact on the competitive functioning of markets.

Consequently, we will first address the temporal frame under which the European Commission is willing to accept the compatibility of certain state aid. Then the exceptional financial instruments designed by the EU to strengthen and stimulate the European economy. And finally, and as a necessary corollary, we will recall the basic guidelines that Administrations and operators must take into account to design their aid and efficient projects and from the perspective of Competition.

Key words: state aid, temporary framework, European Funds, Next Generation EU, Recovery and Resilience Facility (RRF).

SUMARIO: 1 El derecho de la competencia como necesaria respuesta a una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes. 2 El Marco Temporal y excepcional para las ayudas estatales en el contexto del actual brote de COVID-19. 2.1 La flexibilización del marco general que es su base jurídica. 2.2 Potenciales beneficiarios. 2.3 Líneas de actuación preferente. 2.4 Examen de las principales características de cada una de estas concretas medidas. 2.4.1 Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas. 2.4.2 Ayudas a la inversión vinculada a la lucha contra la COVID. 2.4.3 Ayudas sociales. 2.4.4 Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas. 2.5 El necesario control de las medidas autorizadas. 3 Las ayudas europeas a los Estados miembros: el instrumento de emergencia único (NGEU) y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). 3.1 El futuro Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR); la propuesta de reglamento. 4 El decisivo papel de las administraciones públicas para diseñar ayudas estatales y proyectos europeos de forma eficiente. 5 Reflexión final.

1 El derecho de la competencia como necesaria respuesta a una crisis sanitaria, económica y social sin precedentes

Nadie puede negar hoy que la actual pandemia ha creado una crisis sanitaria sin precedentes próximos en materia de salud pública que ha puesto en una situación no menos excepcional a la economía mundial. También puede considerarse pacífica la afirmación de que, en este caso, la demanda y la oferta de bienes y servicios en general se ha visto afectada de manera sensible, contrayéndose la primera y prácticamente paralizándose la segunda; ello es así, salvo para algunos concretos bienes y servicios cuya demanda sí se ha disparado, haciendo que la oferta de esos concretos bienes y servicios alzara sus precios a causa, precisamente, de la elevada demanda y

de la reducción, al menos inicial, de la oferta, provocándose una grave distorsión del funcionamiento normal de los mercados.

Es por ello lógico que el derecho de la competencia, cuya misión básica es precisamente garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados, deba ser uno de los principales instrumentos para garantizar en circunstancias tan excepcionales el beneficio de los consumidores y el restablecimiento del funcionamiento normal de los mercados.

El presente trabajo pretende ofrecer, en consecuencia, en esta singular encrucijada histórica, una visión de los instrumentos diseñados para afrontarla, centrada en los instrumentos diseñados o todavía pendientes de configurar, tanto en materia de ayudas estatales como de ayudas a los Estados, plenamente conscientes de su singular importancia no solo para superar la crisis, sino también para afrontar los retos inmediatos a los que Europa debe hacer frente, y todo ello sin que las condiciones de competencia se vean todavía más alteradas.

Desde esta perspectiva, expondremos de forma sencilla y concisa, primero, el marco temporal y excepcional bajo el que la Comisión Europea está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales; en segundo término, los instrumentos financieros europeos igualmente excepcionales diseñados por la Unión Europea para reforzar y estimular la economía europea, a partir de una serie de prioridades que ya estaban establecidas como objetivos estratégicos, en el nuevo “instrumento de emergencia único” impulsado por la Comisión Europea bajo el nombre de “Next Generation EU” (NGEU), dentro del nuevo marco presupuestario plurianual (2021-2027) y, dentro del mismo, en el denominado “Mecanismo de Recuperación y Resiliencia” (MRR), cuya aprobación definitiva aún no se ha producido, a través del que se pretende aportar ayuda financiera a los Estados miembros más afectados por la crisis (entre ellos España).

Como necesario corolario de lo anterior, expondremos también en un tercer apartado las pautas básicas que deberán tener en cuenta las administraciones públicas y los agentes privados que las demandan, tanto para diseñar sus ayudas estatales como para elaborar los proyectos que se desee que puedan financiarse con cargo a los recursos puestos a disposición por la Unión Europea a través del citado instrumento de emergencia único y, más en concreto, del MRR.

En este contexto, consideramos necesario apuntar igualmente la importancia de la continuación de los trabajos que está llevando a cabo la Comisión Europea para diseñar mecanismos efectivos a partir de la reciente publicación del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el Mercado Único”², para someter a algún tipo de control las ayudas o subvenciones que, procedentes de terceros países, afectan a la competencia en el mercado interior, ante la ineficiencia que están demostrando tener las reglas contenidas en el “Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias”

2 Nos referimos al proceso iniciado con la publicación del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”, cuya consulta pública terminó el 23 de septiembre de 2020. Acerca de este fundamental documento y su estado actual de desarrollo, *vid.* https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070.

(ASMC), aprobado en el marco de la Organización Mundial del Comercio o OMC³ (WTO, por su sigla en inglés).

2 El Marco Temporal y excepcional para las ayudas estatales en el contexto del actual brote de COVID-19

Al igual que hiciera a partir de 2008 con el denominado “Paquete bancario” aprobado por la Comisión Europea a raíz del estado de la crisis financiera⁴, la Comisión Europea ha tomado nuevamente y de forma más ágil un papel activo, adoptando un marco temporal excepcional para exponer bajo qué condiciones está dispuesta a aceptar la compatibilidad de determinadas ayudas estatales que, en otras circunstancias, no habría autorizado. Este marco es la norma básica para poder conceder ayudas autorizables por la Comisión Europea en el actual contexto de crisis, que se añade a las que pudieran acogerse en su caso ya a la regla *de minimis*⁵ o el Reglamento general de excepción por categorías⁶, que desarrolla, como veremos, algunos supuestos excepcionales derivados de catástrofes naturales. Veamos cuál es su base jurídica, sus beneficiarios y las ayudas autorizables.

2.1 La flexibilización del marco general que es su base jurídica

El necesario punto de partida de nuestro análisis es que el propio sistema general de control sobre las ayudas estatales diseñado en los artículos 107 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) está dotado de mecanismos propios que permiten que se adapte a circunstancias tan excepcionales como las de 2008 o las

3 Acerca del régimen de las subvenciones en la OMC, *vid.* LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006. Y, para un estudio monográfico de la noción de subvención en el ámbito de la OMC, expuesto comparativamente con la noción de ayuda estatal, nos remitimos, principalmente, a RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.

4 Entre otros, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 117, enero-marzo, 2010, pp. 161 a 190; y “Ayudas a la banca y crisis financiera en España”, *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 545 a 559. Para conocer el contenido de las comunicaciones aprobadas por la Comisión desde 2007 para ayudar al sector financiero, *vid.* https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html.

5 La regla *de minimis* en materia de ayudas de Estado fue admitida en primer lugar por la jurisprudencia, y la Comisión comenzó a aplicarla adoptando inicialmente un instrumento de *soft law*, las Directrices comunitarias sobre la norma *de minimis* para las ayudas estatales (DO C 68, de 6 de marzo de 1996, p. 9), hasta disponer de habilitación normativa para la adopción de reglamentos por parte de la Comisión. En la actualidad la regla *de minimis* se contiene en el Reglamento (UE) n. 1407/2013 de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (DO L 352, de 24 de diciembre de 2013, p. 1).

6 Cfr. Reglamento (UE) n. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187, de 26 de junio de 2014, p. 1). La versión consolidada se puede consultar en <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2014/651/2017-07-10>. Asimismo, *vid.* Reglamento (UE) n. 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193, de 1 de julio de 2014, p. 1) y Reglamento (UE) n. 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas a empresas dedicadas a la producción, transformación y comercialización de productos de la pesca y de la acuicultura compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 369, de 24 de diciembre de 2014, p. 37).

actuales derivadas de la pandemia. No estamos, en consecuencia, ante un aparcamiento o desbordamiento práctico de las normas europeas sobre ayudas estatales, sino ante una aplicación flexible de las mismas a un contexto de crisis de gran magnitud, que se ampara plenamente en las reglas ya existentes. Ello es especialmente relevante, pues tanto en su día el paquete bancario como el actual paquete COVID respetan el marco general vigente, cuya flexibilidad intrínseca permite que sea aplicable a circunstancias muy diferentes sin tener que obviarlo o subvertirlo.

De este modo, el 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó la primera versión de su Comunicación titulada “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”⁷ (en adelante, MTAE⁸), cuya actual redacción incorpora las modificaciones introducidas a través de cuatro revisiones sucesivas: efectuadas el 3 de abril de 2020⁹ (1RMTAE), el 8 de mayo de 2020¹⁰ (2RMTAE), el 2 de julio de 2020¹¹ (3RMTAE) y finalmente, al menos hasta la fecha, el 13 de octubre 2020¹² (4RMTAE), revisión esta última que incorporó una nueva modalidad de ayuda y amplió de forma generalizada los plazos de las ayudas ya previstas.

La flexibilidad del sistema general reside en el hecho de que el marco legal general, aunque parte de una prohibición general, que se recoge en el artículo 107.1 TFUE, de cualquier medida que reúna las condiciones enunciadas en dicho precepto, dicha regla general se combina con un doble juego de excepciones cuya aplicación corresponde en exclusiva a la Comisión Europea, a la que se dota de mayor o menor grado de discrecionalidad (más limitada en las del artículo 107.2 TFUE, pues se reduce a verificar los supuestos de hecho previstos en él; y más amplia en las recogidas en el artículo 107.3 TFUE, en las que el supuesto de hecho son, en realidad, “conceptos jurídicos indeterminados” cuya apreciación corresponde a la propia Comisión Europea apreciar

Regap



ESTUDIOS

-
- 7 DO C 91, de 20 de marzo de 2020, p. 1. Casi al mismo tiempo la Comisión aprobó también la comunicación “Marco temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19”, relativa a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o TFUE (DO C 116, de 8 de abril de 2020, p. 7). En este contexto y desde una perspectiva internacional debemos destacar también el “ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic” (Acceso web: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>) y “OECD competition policy responses to COVID-19” (Acceso web: <https://www.oecd.org/competition/competition-policy-responses-to-covid-19.htm>). Acerca de lo que es lícito, desde una perspectiva general, en materia de acuerdos entre empresas, *vid.* RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica. Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá-Colombia, 2020, pp. 155 a 182.
- 8 La versión consolidada “no oficial” del MTAE puede consultarse en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_amended_3_april_8_may_29_june_and_13_oct_2020_es.pdf.
- 9 DO C 112I, de 4 de abril de 2020, p. 1.
- 10 DO C 164, de 13 de mayo de 2020, p. 3.
- 11 DO C 2018, de 2 de julio de 2020, p. 3. Esta tercera revisión del MTAE (3RMTAE) entró en vigor el 29 de junio de 2020. Esta revisión es comentada por NICOLAIDES, Ph., “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, *State Aid Uncovered*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-geber-de-minimis-regulation-and-guidelines/> y por WILSON, T., GNATZY, P. y CRANLEY, S., “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>.
- 12 DO C 340I, de 13 de octubre de 2020, p. 1. Los 20 primeros puntos de esta comunicación son un diagnóstico de la situación a octubre de 2020.

basándose en apreciaciones más amplias y determinables caso a caso)¹³. Por ello, la prohibición general se considera, más bien, como una “incompatibilidad de principio”.

Así, 1) en el artículo 107 TFUE se formula un “concepto de ayuda estatal” bastante abierto y que exige la concurrencia de cada uno de los elementos propuestos, cuyo alcance ha ido siendo precisado por la jurisprudencia europea, conforme al cual:

“1. Salvo que los tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”.

En esta primera etapa se trata de valorar si una concreta medida puede o debe ser reputada como ayuda estatal (test de la existencia de ayuda estatal).

Tras dicha determinación, si la medida es considerada ayuda estatal, se inicia una 2.ª fase en la que se valora su eventual compatibilidad (test de la compatibilidad), distinguiéndose entre las excepciones denominadas “automáticas” o *per se*, que se enumeran en el artículo 107.2 TFUE, con el siguiente tenor:

“2. Serán compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;

b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;

c) las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división. Cinco años después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión por la que se derogue la presente letra”.

Junto a estas primeras excepciones, el artículo 197.3 recoge otro elenco con las que se conocen como “facultativas” o “discrecionales”, cuya redacción, más abierta, permite a la Comisión actuar con mayor capacidad de adaptación a las circunstancias concretas que se le presenten. Así, se afirma:

“3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;

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;

13 Acerca de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, *vid.* URRACA CAVIEDES, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 243 a 279.

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;

d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;

e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión”.

Como ocurriera durante la crisis financiera, la Comisión va a apoyar la flexibilización del marco general de las ayudas estatales para autorizar medidas excepcionales inicialmente (en la primera versión de su MTAE) en las posibilidades que ofrecen los artículos 107.2.b) TFUE (“las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional”)¹⁴ y el artículo 107.3.b) TFUE (la “grave perturbación de la economía de un Estado miembro”), ampliando su base legal y las posibilidades de excepción ya en la primera y casi inmediata primera revisión del MTAE, invocando además la excepción del artículo 107.3.c) TFUE (“las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común”).

Regap



ESTUDIOS

2.2 Potenciales beneficiarios

Las ayudas cuya compatibilidad la Comisión está dispuesta a admitir de manera temporal y excepcional en el MTAE tienen como destinatarios potenciales a un amplísimo abanico de beneficiarios que se extiende a todas las empresas no financieras de todos los sectores, tipos y tamaños¹⁵, si bien en las sucesivas revisiones se ha decidido favorecer de modo especial dando un trato preferencial a las pequeñas y medianas empresas (pymes¹⁶), incluyendo de forma expresa en alguna de las medidas a las “microempresas” y a los autónomos. No obstante, como veremos, alguna de las medidas, concretamente las medidas de recapitalización autorizables desde la segunda revisión del MTAE (2RMTAE), especialmente las que puedan otorgarse de forma individual, tienen con toda certeza como destinatarios directos a grandes empresas, como la práctica ha venido a demostrar.

La amplitud de potenciales beneficiarios que sugiere esa afirmación general que procede de la versión original del MTAE es, no obstante, matizada posteriormente ya en el MTAE original al exigir que las empresas potencialmente beneficiarias no

14 Esta excepción no fue invocada en 2008, pues la crisis no obedecía a los supuestos que prevé expresamente.

15 En el punto 3 MTAE, desde su versión original se afirma que, “(...) Más allá de los efectos inmediatos en la movilidad y el comercio, el brote de COVID-19 está afectando de manera creciente a empresas de todos los sectores y de todo tipo, tanto a pequeñas y medianas empresas (pymes) como a grandes empresas. El impacto también se percibe en los mercados financieros mundiales, en particular en lo que se refiere a la liquidez. Estos efectos no se circunscribirán a un Estado miembro concreto; tendrán un impacto negativo en la economía de la Unión en su conjunto”.

16 Según se define en el anexo I del Reglamento (UE) n. 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187, de 26 de junio de 2014, p. 1.

se hallasen en “crisis” a 31 de diciembre de 2019, constituyendo este extremo, el de “empresa en crisis”, como apuntan entre otros, NICOLAIDES¹⁷ y BUENDÍA¹⁸, uno de los aspectos más delicados y controvertidos de todo el documento, hasta el punto de haber tenido que modificar la redacción inicial del texto ya en su primera revisión, del 3 de abril de 2020¹⁹ (1RMTAE).

2.3 Líneas de actuación preferente

La relación completa de las actuales 12 medidas sobre las que la Comisión apunta pautas específicas para admitir su compatibilidad son las siguientes²⁰:

1. Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales²¹.

2. Ayudas en forma de garantías de préstamos.

3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos.

4. Ayudas en forma de garantías y préstamos canalizados a través de entidades de crédito u otras entidades financieras.

5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo.

6. Ayuda a la investigación y al desarrollo relacionada con la COVID-19 (2RMTAE).

7. Ayuda a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (2RMTAE).

8. Ayuda a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (2RMTAE).

9. Ayuda en forma de aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social (2RMTAE).

10. Ayuda en forma de subsidios salariales para los empleados a fin de evitar las reducciones de plantilla durante el brote de COVID-19 (2RMTAE).

11. Medidas de recapitalización (3RMTAE).

12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (4RMTAE).

Estas 12 medidas se pueden clasificar, atendiendo a su finalidad principal y a sus características comunes, en 4 grupos:

A. Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas (1-5);

17 En este sentido, NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, *State Aid Uncovered*, 27 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.lexion.eu/stateaidpost/identification-of-undertakings-in-difficulty/>.

18 La dificultad de identificar la empresa en crisis que pretende excluir el MTAE en su versión inicial fue también apuntada por BUENDÍA SIERRA, J.L., “Comisión Europea, competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, *Webinar – Asociación Española de Defensa de la Competencia*, 24 de abril de 2020. Acceso web: <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>.

19 En efecto, el MTAE en su versión original disponía que “las ayudas pueden concederse a empresas que no estaban en crisis (a tenor de lo dispuesto en el Reglamento general de exención por categorías) a 31 de diciembre de 2019; pueden concederse a empresas que no estén en crisis y/o a empresas que no estaban en crisis a 31 de diciembre de 2019 pero que sí lo estaban o empezaron a estarlo con posterioridad a consecuencia del brote de la COVID-19”.

20 Al igual que hiciera con el paquete bancario, la Comisión publica en la web oficial de la DGCOMP una relación actualizada de las ayudas autorizadas para conocer el alcance y diseño de cada una de estas medidas, diferenciadas por países y con acceso a su correspondiente contenido en: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html.

21 Optamos en esta ocasión por el título inicial de estas ayudas en el MTAE frente a la que se incorpora con posterioridad: “Importes limitados de ayuda”.

B. Ayudas a la inversión vinculadas a la lucha contra la COVID-19 (6-8);

C. Ayudas sociales (9-10) y

D. Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas a través de su “recapitalización” (11 y 12²²).

Las reglas de acumulación también se han visto sucesivamente modificadas, ampliando y flexibilizado las iniciales, quedando recogidas hoy en los puntos 20 y 20bis²³ de MTAE consolidado y en las menciones específicas que se contienen en alguna modalidad concreta, que son las realmente relevantes, puesto que el nuevo punto 20 se limita a señalar que “[l]as medidas de ayuda temporal cubiertas por esta Comunicación pueden acumularse entre sí de acuerdo con las disposiciones de las secciones específicas de esta comunicación. Las medidas de ayuda temporal cubiertas por la presente comunicación se pueden acumular con ayuda de conformidad con el Reglamento *de minimis* o con ayuda de conformidad con el Reglamento de exención por categorías siempre que se respeten las disposiciones y las normas de acumulación de dicho reglamento”.

2.4 Examen de las principales características de cada una de estas concretas medidas

Vamos a exponer de forma muy sucinta²⁴ las medidas siguiendo la clasificación propuesta, por lo que la lectura del MTAE en su versión consolidada resulta imprescindible. Abordaremos pues: 1) Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas (secciones 1-5); 2) Ayudas a la inversión vinculadas a la lucha contra la COVID-19 (secciones 6-8); 3) Ayudas sociales (secciones 9-10) y 4) La reconstrucción financiera de las empresas a través de su “recapitalización” (secciones 11 y 12).

2.4.1 Ayudas directas para garantizar la liquidez de las empresas

A esta primera categoría corresponden en primer lugar las ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales (sección 3.1 MTAE). Se trata de uno de los instrumentos básicos (como las tres medidas siguientes²⁵) para garantizar la liquidez de las empresas y con ello su supervivencia. Su otorgamiento,

22 La adscripción de esta nueva modalidad de ayuda junto a la recapitalización puede inferirse, a nuestro juicio, de la presentación que de la misma hace la propia Comisión en su 4RMTAE, cuando afirma: “[...] muchas empresas se enfrentan temporalmente a una menor demanda que no les permite cubrir parte de sus costes fijos. En muchos casos, se espera que la demanda se recupere en los próximos meses, pero para estas empresas puede no ser eficiente reducir su tamaño si ello conlleva costes de reestructuración significativos. Apoyar a estas empresas contribuyendo a una parte de sus costes fijos de forma temporal puede ser una forma eficaz de salvar la brecha, evitando así el deterioro de su capital, manteniendo su actividad empresarial y proporcionándoles una base sólida para su recuperación”. (Punto 11, 4RMTAE).

23 La redacción del punto 20 fue modificada en la primera revisión del MTAE y el 20bis fue incorporado en la segunda revisión, de 8 de mayo de 2020.

24 Para un examen exhaustivo de esta comunicación y su aplicación, véase, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control”, *Anuario de la Competencia 2020*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2020 (en prensa).

25 Debemos subrayar que las 4 primeras medidas que recoge el MTAE son las que se suelen autorizar en los casos de ayudas a empresas en crisis en la fase de salvamento, con las que, bajo estrictas condiciones, más severas en tales casos, se trata de garantizar la supervivencia de la empresa mientras se analiza su posible reestructuración.

con reglas específicas para la agricultura, la pesca y la acuicultura, está sujeto a las siguientes condiciones básicas²⁶:

El importe máximo de esta ayuda, en cualquiera de sus modalidades o combinación de ellas, no puede superar el límite de los 800.000 euros por empresa. Esta cifra, como las demás recogidas en el MTAE representa un límite absoluto, que no se puede superar, sin perjuicio de la acumulación con otras modalidades previstas en el propio MTAE cuando así se admita. Se exige para su otorgamiento articular un presupuesto estimado.

Por lo que se refiere al sector primario, estas ayudas pueden también concederse bajo las mismas condiciones a las empresas de transformación y comercialización de productos agrícolas²⁷, siempre que no se repercutan total o parcialmente a los productores primarios y no se fijen en función del precio o la cantidad de los productos adquiridos a los productores primarios o comercializados por las empresas interesadas. Por el contrario, en el caso de empresas que operen en el sector de la agricultura primaria, pesca y acuicultura, se establecen ciertas limitaciones²⁸, pues su importe no podrá exceder de 120.000 euros por empresa activa en los sectores de la pesca y la acuicultura²⁹ y de 100.000 euros en las de producción primaria de productos agrícolas³⁰.

En el caso de las ayudas a la producción primaria de productos agrícolas, se precisa además que no deben establecerse en función del precio o la cantidad de los productos comercializados. Mientras que las ayudas en los sectores de la pesca y la acuicultura no afectan a ninguna de las categorías de ayuda a las que hace referencia el artículo 1, apartado 1, letras a) a k), del Reglamento (UE) n. 717/2014 de la Comisión³¹.

26 Las condiciones a), b), c) y d) son de nueva redacción (3 de abril de 2020), la letra e) se mantiene desde la versión original.

27 El MTAE se remite en nota (17) a la definición contenida en el artículo 2, apartado 6, y en el artículo 2, apartado 7, del Reglamento (CE) n. 702/2014 de la Comisión, de 25 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda en los sectores agrícola y forestal y en zonas rurales compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 193, de 1 de julio de 2014, p. 1).

28 Cfr. Punto 22 MTAE, modificado el 3 de abril de 2020.

29 En nota (18) se aclara: "Según la definición del artículo 2, apartado 1, del Reglamento (UE) n. 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 190, de 28 de junio de 2014, p. 45)".

30 En nota (19) se precisa que se entiende por producción primaria de productos agrícolas todos los productos enumerados en el anexo I del TFUE con la excepción de los productos de los sectores de la pesca y la acuicultura.

31 En nota (20) se remite al Reglamento (UE) n. 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 90, de 28 de junio de 2014, p. 45). La exclusión expresa contiene todas las letras incluidas en dicho apartado 1, cuyo correspondiente contenido es: a) las ayudas cuyo importe se fije sobre la base del precio o la cantidad de los productos adquiridos o comercializados; b) las ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados miembros, en concreto las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, al establecimiento y el funcionamiento de una red de distribución o a otros gastos corrientes relacionados con la actividad exportadora; c) las ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados; d) las ayudas para la compra de buques pesqueros; e) las ayudas para la modernización o sustitución de motores principales o auxiliares de los buques pesqueros; f) las ayudas para operaciones que incrementen la capacidad de pesca de un buque o equipos que incrementen la capacidad de un buque para localizar peces; g) las ayudas para la construcción de nuevos buques pesqueros o la importación de buques pesqueros; h) las ayudas para la paralización temporal o definitiva de las actividades pesqueras, excepto si están específicamente previstas en el Reglamento (UE) n. 508/2014; i) las ayudas para la pesca experimental; j) las ayudas para la transferencia de propiedad de una empresa; k) las ayudas para la repoblación directa, a menos que esté explícitamente prevista como medida de conservación por un acto jurídico de la Unión o en caso de repoblación experimental.

La segunda medida destinada a dotar de liquidez a las empresas es la otorgable en forma de garantía de préstamos³². La ayuda no se acumulará con la que se conceda para el mismo principal subyacente del préstamo bajo la modalidad siguiente (3.3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos), salvo que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los límites establecidos en el propio MTAE para estas ayudas.

Sentada esa regla inicial, las condiciones básicas bajo las que se admitirá su compatibilidad son: los préstamos individuales se valoran en función de su duración, de forma que la prima aumentará progresivamente a medida que aumente su duración, si bien los Estados miembros pueden notificar regímenes en los que la duración, las primas de garantía y la cobertura de garantía puedan modularse para el principal de cada préstamo individual subyacente, siempre que esta prima sea superior a las primas mínimas para el primer año para cada tipo de beneficiario (ajustadas en función de la duración y cobertura de la garantía que ofrece el propio MTAE en el correspondiente cuadro), para las pymes y las grandes empresas³³.

El importe de la ayuda autorizable –que puede otorgarse, tras la 4^a RMTAE, hasta el 30 de junio de 2021– varía en función de que su vencimiento sea posterior³⁴ o anterior³⁵ a dicha fecha.

Su duración máxima es de seis años, a menos que esté modulada y la garantía pública no supere determinados límites³⁶, y, para poder ser autorizada, la garantía deberá estar relacionada con préstamos para inversiones o con préstamos para el capital circulante.

La tercera forma de aportar liquidez es la bonificación de los tipos de interés de los préstamos³⁷. La Comisión acepta que la bonificación “por un período de tiempo y un importe de préstamo limitados puede ser una solución adecuada, necesaria y específica mientras duren las actuales circunstancias”. Las ayudas en forma de deuda

32 Cfr. MTAE, puntos 24 a 25. El 8 de mayo de 2020, se añade el punto 24bis.

33 Como se expone en el correspondiente cuadro, el nivel mínimo de la prima de garantía varía de 25 pb a 100 pb para las pymes y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas.

34 Conforme al punto 25, letra d) MTAE, en los préstamos con un vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020: el importe global de los préstamos por beneficiario no superará: i. el doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa, pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista) correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. justificación adecuada proporcionada por el Estado miembro a la Comisión. El importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME13 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario (la redacción de este último punto procede de la segunda revisión del MTAE, de 8 de mayo de 2020).

35 En los préstamos con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2020 (punto 25, letra e) MTAE), el importe del principal del préstamo puede ser superior al indicado *infra*, con la debida justificación proporcionada por el Estado miembro a la Comisión, y siempre que la proporcionalidad de la ayuda siga garantizada y demostrada por el Estado miembro a la Comisión.

36 El punto 25, letra f) MTAE recoge la siguiente distinción: i. el 90 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen proporcionalmente y en condiciones idénticas a la entidad de crédito y al Estado; o ii. el 35 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen primero al Estado y solo después a las entidades de crédito (es decir, una garantía de primera pérdida); y iii. en los dos casos antes mencionados, cuando el préstamo disminuye a lo largo del tiempo –por ejemplo, porque se empieza a devolver–, el importe garantizado ha de disminuir proporcionalmente.

37 Cfr. MTAE, puntos 26 a 27bis (este último introducido en la revisión del MTAE de 8 de mayo de 2020).

subordinada³⁸ deben cumplir las condiciones respectivas en esta misma sección (sección 3.3 MTAE)³⁹.

El MTAE incorpora también una regla especial de acumulación⁴⁰, conforme a la cual estas ayudas no se pueden acumular con la ayuda otorgada para el mismo principal subyacente del préstamo en la sección anterior (ayudas en forma de garantías de préstamos), ni aquellas con estas, salvo para diferentes préstamos, siempre que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los umbrales establecidos para cada modalidad. De este modo, un beneficiario puede acogerse en paralelo a múltiples medidas siempre que el monto total de los préstamos por beneficiario no exceda los correspondientes límites establecidos⁴¹.

En consecuencia, se admite, como en el caso de las garantías de préstamos, una doble alternativa: 1) tipos de interés reducidos que sean al menos idénticos al tipo base (IBOR a 1 año o equivalente⁴², más los márgenes de riesgo de crédito establecidos en el correspondiente cuadro que incorpora el MTAE; o 2) que los Estados miembros notifiquen regímenes específicos, tomando como base las referencias recogidas en el cuadro común para ambas alternativas⁴³, aunque el vencimiento de los préstamos y el nivel de márgenes de riesgo de crédito puedan modularse⁴⁴, siempre que este margen sea superior al margen de riesgo de crédito mínimo para el primer año para cada tipo de beneficiario, ajustado en función del vencimiento de este tal y como se indica en el propio MTAE⁴⁵.

Se establece una fecha límite para su concesión –que podría variar con las circunstancias de la pandemia– y se limita a un máximo de seis años, a menos que estén modulados con arreglo a lo previsto cuando los Estados miembros hayan notificado un régimen de ayuda⁴⁶.

38 Salvo que, como indica en nota, “si dicha ayuda cumple las condiciones expuestas en la sección 3.1 de la presente comunicación”.

39 En el mismo punto 26 la Comisión cuantifica dicho riesgo, fijándolo en un tercio para las grandes empresas y la mitad del importe para las pymes, tal como se define en el punto 27, letra d, incisos i) o ii). Por encima de estos límites máximos, la deuda subordinada debe evaluarse con arreglo a las condiciones establecidas para las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 expuestas en la sección 3.11, con el fin de garantizar la igualdad de trato.

40 Cfr. nuevo punto 26bis, incorporado en la segunda revisión del MTAE (9 de mayo de 2020).

41 Cfr. nuevo punto 26bis (8 de mayo de 2020).

42 La Comisión se remite a lo publicado por ella misma, con fecha 1 de enero de 2020. En nota 23 se informa que se trata de tipos de base calculados de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DO C 14, de 19 de enero de 2008, p. 6) y publicados en la página web de la DG Competencia en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html.

43 En dicho cuadro se fija que el tipo de interés mínimo debe ser al menos igual a la tasa base el 1 de enero de 2020 más un margen de riesgo que varía de 25 pb a 100 pb para las pymes y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas, dependiendo del vencimiento del préstamo (1-6 años).

44 La comunicación ofrece aquí también un ejemplo de cómo fijar un margen de riesgo de crédito a tanto alzado para toda la duración del préstamo.

45 En nota (26) se aclara que el tipo de interés global mínimo (tipo base más márgenes de riesgo de crédito) debe ser de al menos 10 pb anuales.

46 La modalidad alternativa prevista en el punto 27, letra b.

El importe global de los préstamos se fija en función de la fecha del vencimiento del préstamo con posterioridad⁴⁷ o antes⁴⁸ de la fecha límite para su concesión.

El coste cubierto se limita a las necesidades de inversión o a las de capital circulante.

En el caso de las garantías y préstamos canalizados a través de entidades financieras (sección 3.4)⁴⁹, se admite finalmente que sean ya las tres modalidades anteriores de ayuda y no solo las dos últimas (ahora epígrafes 3.1 a 3.3, inclusive), las que no solo pueden ser aportadas directamente por los Estados miembros, sino que pueden articularse a través de instituciones de crédito y otras instituciones financieras, si bien sometida esta última posibilidad a condiciones específicas para evitar que parte de la ayuda pase a estas instituciones.

Finalmente se ofrecen reglas especiales respecto de la ayuda en forma de seguro de créditos a la exportación a corto plazo⁵⁰, admitiéndose que, en las actuales circunstancias de mayor riesgo y problemas de liquidez, otro de los ámbitos más afectados es el de la exportación y, por lo tanto, los seguros de crédito a la exportación.

2.4.2 Ayudas a la inversión vinculada a la lucha contra la COVID

Las 3 siguientes medidas (secciones 3.6 a 3.8) persiguen objetivos complementarios entre sí y se articulan de manera muy semejante como ayudas a la inversión directamente relacionada con la lucha contra la COVID-19⁵¹.

La primera medida se dirige a estimular la inversión en I+D en sus diversas fases, en la lucha directa contra la COVID-19⁵² tratando de atajar los problemas sanitarios que produce y reducir la duración de la enfermedad y, por ello, de su impacto económico. De este modo se autorizan ayudas a la inversión destinada a desarrollar medidas defensivas o a encontrar un remedio contra el virus. Las condiciones específicas para la compatibilidad de estas ayudas son básicamente las siguientes:

47 Vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020 (punto 27, letra d): i. El doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. El 25% del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. Este punto ha sido modificado en la revisión de 8 de marzo de 2020, para exigir no solo que la justificación sea adecuada, sino que sea además "proporcionada por el Estado miembro a la Comisión (por ejemplo, en relación con las características de cierto tipo de empresas), el importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME16 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario.

48 Vencimiento anterior al 31 de diciembre de 2020: el importe del principal del préstamo por beneficiario puede ser superior al establecido en el punto 27, letra d, si existe una justificación adecuada y siempre que siga estando asegurada la proporcionalidad de la ayuda.

49 Cfr. MTAE, puntos 28 a 31. Nueva redacción.

50 Cfr. MTAE, puntos 32 a y 33. Nueva redacción.

51 Epígrafes 3.6 a 3.8, puntualmente retocado en la segunda revisión. De momento son escasas las ayudas de este tipo que se han autorizado, siendo habitual que una misma decisión comprenda varias modalidades de ayuda a la inversión. A título ilustrativo, *vid.* EUROPEAN COMMISSION, *SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products*, State Aid Cases, Portugal, abril de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57035.

52 Cfr. MAE, puntos 34 y 35.

Los beneficiarios son, en consecuencia, empresas⁵³ directamente relacionadas con la lucha contra la COVID-19⁵⁴ (sectores sanitario y farmacéutico), incluidas las que hayan recibido una etiqueta de calidad sello de excelencia concerniente específicamente al COVID-19 en el marco del instrumento para las pymes del Programa Horizonte 2020⁵⁵.

La ayuda puede otorgarse como en las recogidas en el apartado 3.1 MTAE, en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales, siendo la fecha límite para su concesión el 30 de junio de 2021 (4RMTAE).

La Comisión establece una relevante distinción temporal al diferenciar entre los proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020, es decir, tras manifestarse la pandemia, o que hayan recibido un sello de excelencia concerniente específicamente al COVID-19; y los proyectos iniciados antes del 1 de febrero de 2020, es decir, aquellos no dirigidos específicamente a combatir la pandemia pero que pueden reconducirse a la lucha contra el virus, que es lo que se quiere incentivar. Estos últimos, en principio, no se habrían concebido directamente para la COVID-19, pero pueden reconducirse a su estudio. A los primeros se les reconoce directamente un efecto incentivador capaz de justificar su compatibilidad, mientras que los segundos solo podrían beneficiarse de esta ayuda si se acredita que es necesaria para acelerar o ampliar el alcance del proyecto y se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación de su alcance.

Se consideran costes subvencionables todos los necesarios para el proyecto mientras siga en curso, señalando de forma exhaustiva pero no cerrada cuáles se pueden incluir⁵⁶.

La intensidad de ayuda por beneficiario puede llegar hasta el 100 % de los costes subvencionables en el caso de la investigación fundamental, reduciéndose al 80 % para la investigación industrial y el desarrollo experimental, si bien este límite inicial

53 Téngase en cuenta que, bajo determinadas condiciones, instituciones como las universidades o centros públicos de investigación quedan fuera de la noción de empresa, o determinadas actividades de investigación no se reputan, en sentido estricto, como actividades económicas, por lo que su financiación pública podría escapar del ámbito de aplicación del artículo 107.2 TFUE. A este respecto, *vid.* CCAE (DO C 263, de 19 de julio de 2016, p. 1; en especial, apartado 2.4. Asistencia sanitaria y 2.5. Actividades educativas y de investigación). Para un comentario de dichas previsiones puede verse nuestro trabajo RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., "El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)", Beneyto Pérez, J.M. y Maílo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 225 a 229 y CCAE, apartado 2.

54 En nota al pie (31), el MTAE precisa a este respecto que se incluye la investigación relacionada con la COVID-19 y otros antivirales, la investigación sobre vacunas, medicamentos y tratamientos, productos sanitarios y equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y ropa y equipos de protección, y sobre innovaciones de procesos pertinentes con vistas a una producción eficiente de los productos necesarios. Mas recientemente, NICOLAIDES, Ph., "The Concept of SME, Indirect Control by Public Bodies and New Problems for Public Universities and Research Organisations", *State Aid Uncovered*, 3 de noviembre de 2020. Acceso web: https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/the-concept-of-sme-indirect-control-by-public-bodies-and-new-problems-for-public-universities-and-research-organisations/?utm_source=NL&utm_medium.

55 A este respecto, *vid.* <https://eshorizonte2020.es/> y <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172f4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vgnextoid=72e4cd8da41c1410vgnVCM1000001d04140aRCRD>.

56 El MTAE ofrece en su punto 35, letra c), la siguiente relación ilustrativa: incluidos, entre otros, los costes de personal, los costes en concepto de equipos digitales e informáticos, de herramientas de diagnóstico, de herramientas de recogida y tratamiento de datos, de servicios de I+D, y de ensayos preclínicos y clínicos (fases de ensayo I-IV), los relacionados con la obtención, validación y defensa de patentes y otros activos inmateriales, la obtención de las evaluaciones de la conformidad o las autorizaciones necesarias para la comercialización de vacunas y medicamentos, productos sanitarios, equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y equipos de protección individual nuevos y mejorados; los ensayos de fase IV son subvencionables siempre que permitan nuevos avances científicos o tecnológicos.

puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales, llegando así hasta el 95 %, si más de un Estado miembro apoya el proyecto de investigación o si se lleva a cabo en colaboración transfronteriza con organizaciones de investigación u otras empresas, fomentándose así ese tipo de colaboración transfronteriza.

La segunda modalidad de ayuda que se incorpora al MTAE vinculada a la lucha contra la COVID-19 (1RMTAE) se dirige a impulsar la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala⁵⁷ necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de productos relacionados con la COVID-19⁵⁸. Esta última distinción debe considerarse una oportuna cautela dirigida a limitar el efecto distorsionador de esta ayuda en la fase final, la producción en masa, por lo que el estímulo se dirige a las fases anteriores.

Se incorporan igualmente importantes precisiones respecto de la fecha de inicio de los proyectos, atendiendo a que sean anteriores o no al 1 de febrero de 2020, reconociendo nuevamente solo a los primeros de manera automática el carácter incentivador que justifica su compatibilidad. Si la ayuda es necesaria para acelerar o ampliar el alcance del proyecto, podrá también concederse a proyectos anteriores a dicha fecha (1 de febrero de 2020), si bien su importe se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

Asimismo, el proyecto deberá ejecutarse en un plazo máximo de seis meses⁵⁹, corriendo a cargo del Estado miembro concedente acreditar que se ha culminado. La finalización en plazo se estimula penalizando con la obligación del reembolso del 25 % por cada mes de retraso en el caso de subvención directa o ventaja fiscal, salvo que se acredite que se debió a factores ajenos al control del beneficiario. En el caso de ayudas en forma de anticipos reembolsables, se estimula el cumplimiento del plazo transformándolos en subvención, penalizando el retraso con el reembolso por tramos anuales iguales en el plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

La ayuda cubre hasta el 75 % de los costes subvencionables, que, en el caso de las subvenciones directas o de ventajas fiscales, podrá incrementarse en quince puntos porcentuales adicionales (hasta el 90 %) si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja

57 Cfr. MTAE, puntos 36 y 37 (primera revisión, de 3 de abril de 2020).

58 De manera expresa se cita en el punto 37.d): la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de medicamentos (incluidas las vacunas) y tratamientos, sus productos intermedios, ingredientes farmacéuticos activos y materias primas relacionados con la COVID-19; los productos sanitarios, los equipos hospitalarios y médicos (incluidos los respiradores y la ropa y el equipo de protección, así como las herramientas de diagnóstico) y las materias primas necesarias; los desinfectantes y sus productos intermedios y las materias primas químicas necesarias para su producción; así como las herramientas de recogida/tratamiento de datos.

59 Resulta evidente que había que fijar una fecha límite, pero en algunas materias como la I+D, puede ser poco realista, por lo que es previsible que esta fecha pueda interpretarse de forma amplia y no rigurosa en función de los resultados obtenidos en dicho período. Cierto es que el fijar una fecha no solo era necesario, sino que puede llevar a incrementar los medios disponibles y eso es precisamente lo que persigue esta ayuda.

fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro, porcentaje que también se aplica a las ayudas en forma de anticipo reembolsable⁶⁰.

Finalmente, el MTAE incorpora también la posibilidad de diseñar ayudas a la inversión para la fabricación de productos relacionados con la COVID-19⁶¹, que se pueden otorgar igualmente en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales o anticipos reembolsables que deben concederse antes del 30 de junio de 2021 (4RMTAE).

De forma similar a lo previsto respecto de las dos anteriores modalidades de ayuda vinculadas a la lucha contra la pandemia, se distingue entre los proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020 y los posteriores y con iguales consecuencias, pues respecto de estos últimos se limita el importe de la ayuda a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

El plazo de ejecución de los proyectos que pueden beneficiarse de esta ayuda vuelve a ser el común de los seis meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda, reconociendo igualmente a las autoridades nacionales la capacidad para acreditarlo. Para garantizar su cumplimiento, también se opta por el reembolso del 25% del importe de la subvención directa o de la ventaja fiscal por cada mes de retraso, salvo, nuevamente, la concurrencia de factores ajenos al control del beneficiario. En el caso de ayudas en forma de anticipos reembolsables, se transforman en subvenciones que, en caso contrario, deberán reembolsarse también en tramos anuales iguales en un plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

La ayuda se puede extender hasta el 80% de todos los costes de la inversión necesarios para la producción de los productos cuya producción se precisa y de los ensayos en línea de las nuevas instalaciones de producción, que puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales adicionales si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro. Si la ayuda se concede en forma de anticipo reembolsable y la inversión se completa en el plazo de dos meses, o si, sin conseguirlo, cuenta con el apoyo de más de un Estado miembro, también puede beneficiarse de dicho incremento.

2.4.3 Ayudas sociales

El “carácter social” de las medidas que incorpora el MTAE en su primera revisión (1RMTAE) podría permitir considerarlas como “medidas generales” y, por tanto, excluirlas del ámbito de aplicación de artículo 107.1 TFUE por carecer de carácter selectivo⁶². No obstante, para evitar su eventual carácter selectivo, la Comisión fija las

60 A diferencia de la medida anterior (inversión en I+D COVID-19), esta ayuda no podrá combinarse con otras ayudas a la inversión por los mismos costes subvencionables, si bien puede concederse al mismo tiempo o separadamente, como medida de ayuda independiente, una garantía de pérdidas bajo unas estrictas condiciones. Debemos tener en consideración que el beneficiario se queda con una instalación nueva o ampliada gracias a la ayuda.

61 Cfr. MTAE, puntos 38 y 39.

62 Así se recoge en los puntos 40 y 42 incorporados en la 1RMTAE cuando afirma que, “Si estos regímenes de apoyo se aplican al conjunto de la economía, no entran dentro del ámbito de aplicación del control de las ayudas estatales. Si confieren a las empresas una ventaja selectiva, lo que puede ocurrir si se circunscriben a determinados sectores, regiones o tipos de empresas, constituyen ayudas en el sentido del artículo 107, apartado 1, del TFUE”.

condiciones bajo las que, aun en dicho caso, está dispuesta a admitir como compatibles sobre la base del artículo 107.3.b) TFUE.

Tal es el caso de los regímenes que consistan en aplazamientos temporales del pago de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social aplicables a las empresas (incluidas las personas que trabajan por cuenta propia) especialmente afectadas por el brote de COVID-19 (sección 3.0, 1RMTAE), aunque se otorguen por ejemplo en sectores o regiones específicos o en función de su tamaño.

La Comisión va a aplicar el mismo criterio a las obligaciones fiscales y de seguridad social⁶³ destinadas a aliviar las dificultades de liquidez a las que se enfrentan los beneficiarios, incluidos, entre otros, el aplazamiento de los pagos a plazos, un acceso más fácil a los planes de pago de la deuda tributaria y la concesión de períodos sin devengo de intereses, la suspensión de la recaudación de la deuda tributaria y las devoluciones de impuestos aceleradas.

La compatibilidad solo se admitirá para las ayudas que se concedan antes del 30 de junio de 2021, que, en el caso de los aplazamientos, no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2022.

Del mismo modo y previendo su posible carácter selectivo, la Comisión admite en una nueva sección, la 3.10, incorporada como la anterior en la 1RMTAE e igualmente al amparo del artículo 107.3.b) TFUE, la compatibilidad de las ayudas en forma de subsidios salariales⁶⁴ si el subsidio salarial se concede por un período máximo de doce (12) meses después de la solicitud de la ayuda a los empleados que, de otro modo, habrían sido despedidos como consecuencia de la suspensión o reducción de las actividades empresariales debido al brote de COVID-19, y siempre que el personal beneficiario permanezca empleado de manera continua durante la totalidad del período para el que se concede la ayuda. Se exige igualmente que su importe no supere el 80 % del salario bruto mensual (incluidas las cotizaciones patronales a la Seguridad Social) del personal beneficiario. Los Estados miembros también pueden notificar, en particular en interés de las categorías de salarios bajos, métodos de cálculo de la intensidad de la ayuda alternativos, por ejemplo, el uso de la media salarial nacional o el salario mínimo, siempre que se mantenga la proporcionalidad de la ayuda.

El subsidio puede combinarse con otras medidas de apoyo al empleo generalmente disponibles o selectivas, siempre que el apoyo combinado no suponga una compensación excesiva de los costes salariales del personal afectado. Los subsidios salariales pueden combinarse además con aplazamientos del pago de impuestos y aplazamientos de los pagos a la Seguridad Social.

63 Cfr. MTAE, puntos 40 y 41. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE.

64 Cfr. MTAE, puntos 42 y 43. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE.

2.4.4 Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas⁶⁵

La novedad más importante de la segunda revisión del MTAE (2RMTAE), de 8 de mayo de 2020⁶⁶, es, sin duda, la admisión de ayudas para la recapitalización (temporal) de empresas⁶⁷. Su redacción, llena de cautelas y limitaciones, algo flexibilizadas en la 4RMTAE, pone en evidencia el medido juego de equilibrios que la Comisión⁶⁸ ha tenido que alcanzar para hacer frente a una crisis todavía potencialmente más excepcional y grave que la de 2008.

El MTAE establece una serie de condiciones que apuntan a la excepcionalidad y temporalidad de la intervención pública y se precisan múltiples aspectos. Dichas previsiones se refieren a: 1) su aplicabilidad; 2) las condiciones de subvencionabilidad y entrada; 3) tipos de medidas o instrumentos de recapitalización; 4) importe de la recapitalización; 5) remuneración y salida del Estado; 6) reglas específicas de gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia y, finalmente, 7) la exigencia de estrategia de salida del Estado de la participación resultante de la recapitalización y obligaciones de información.

Es preciso destacar algunas cuestiones previas esenciales, como que las medidas que se regulan son consideradas por la Comisión, de partida, como “ayudas estatales”, esto es, reúnen las condiciones establecidas en el artículo 107.1 TFUE, entre las que está la de que suponga una ventaja para el beneficiario. Tratándose de aportaciones de capital, es de aplicación el ahora denominado “principio del operador privado”

65 Nuevos apartados 3.11 y 3.12 del MTAE, incorporados respectivamente en la 3RMTAE y 4MTAE.

66 La Comisión ya tuvo ocasión de examinar ayudas en forma de deuda subordinada del accionista con anterioridad a esta segunda revisión del MTAE; concretamente, en el caso de la ayuda notificada por Francia a Air France, cuya compatibilidad fue admitida por la Comisión sobre la base del artículo 197.3.b) TFUE (EUROPEAN COMMISSION, *SA.57082, COVID-19 Cadre temporaire 107(3)(b). Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*, State Aid Cases, France, mayo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082).

67 No debemos olvidar que, además de la recapitalización de empresas con fondos públicos, existen alternativas como las de carácter regulatorio. A este respecto podemos citar la iniciativa llevada a cabo por la Autoridad de Conducta Financiera (*Financial Conduct Authority-FCA*) del Reino Unido por la que se aprueban una serie de medidas destinadas a ayudar a las empresas que cotizan en bolsa a recaudar capital adicional en respuesta a la crisis del coronavirus, al tiempo que conserva un grado adecuado de protección de los inversores, flexibilizando los requisitos reglamentarios exigibles desde el 8 de abril de 2020 hasta nuevo aviso. *Vid.* FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis*, News Financial Conduct Authority, 8 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>.

68 Resultaría de interés poder comparar la propuesta de revisión presentada por la Comisión con el texto finalmente aprobado. Son también útiles las informaciones sobre los debates suscitados durante su aprobación. *Vid.* “EU states seek flexibility in recapitalization rules available”, *mlex Insight Report*, 16 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1180761&siteid=190&rdir=1>. Acerca del proceso de negociación, *vid.* WILSON, T. y GNATZI, P., “COVID-19 and EU State aid recapitalisation”, *Kluwer Competition Law Blog*, 15 de mayo de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>, quien señala que la Comisión había trasladado su propuesta inicial de una segunda revisión del MTAE a consulta a los Estados miembros que permitía a los gobiernos recapitalizar empresas mediante el uso de instrumentos de capital y/o capital híbrido, así como otorgar préstamos subordinados. Dicho texto fue sometido a varias rondas de consultas con los Estados miembros y algunos manifestaron que las condiciones propuestas para las medidas de recapitalización eran demasiado amplias y estrictas. Citando la prensa especializada, las enmiendas propuestas por la Comisión suscitaron fuertes críticas por parte de Suecia, que consideró que los gobiernos nacionales deberían decidir sobre las estrategias de salida para la participación del Estado y que una salida prematura podría conducir a adquisiciones extranjeras no deseadas de inversores que intentarían beneficiarse de la pandemia. Además, Suecia argumentó que las restricciones de comportamiento, como la prohibición de fusiones y adquisiciones, dificultarían que las empresas se recuperasen de la crisis. El proceso de consulta también tuvo lugar en un contexto de Estados miembros del norte que buscaban relajar las normas de ayuda estatal. Por ejemplo, Austria (sin éxito) pidió una suspensión temporal de esta durante la lucha contra la COVID-19.

(OEM)⁶⁹, conforme al cual la ventaja deriva de que la aportación no sería efectuada en términos equivalentes por un operador privado que actuase con la lógica del mercado⁷⁰. Desde esta perspectiva, se precisaría un análisis previo, que podría excluir el carácter de ayuda y, por lo tanto, la sujeción a las condiciones de este MTAE, las aportaciones públicas de capital cuando este ya esté participando en el capital de la empresa o se trate de una empresa pública⁷¹.

El MTAE incluye desde su 2RMTAE (con algunas modificaciones introducidas en la 4RMTAE) previsiones sobre los siguientes aspectos de estas medidas: 1. Aplicabilidad; 2. Condiciones de subvencionabilidad y entrada del capital público; 3. Tipos de medidas de recapitalización; 4. Importe de la recapitalización; 5. Remuneración y salida del Estado; 6. Gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia y; 7. Estrategia de salida y obligaciones de información.

La 4RMTAE incorporó también, como ya anticipamos, una nueva modalidad de ayuda compatible; en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (nueva sección 3.12). Sus condicionantes, de forma sumaria, son los siguientes:

1. La ayuda antes del 30 de junio de 2021 y por los costes fijos no cubiertos sopor-tados durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2021, incluidos aquellos en que se incurra en una parte de dicho período (“período subvencionable”).

69 La primera versión de este principio fue la de “Principio del Inversor probado en una economía de mercado” (PIPEM o MEIP, en su versión inglesa), siendo aplicado precisamente a las participaciones públicas en el capital de las empresas. Acerca del origen y evolución del PIPEM, *vid.*, RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n. 24, Santiago de Compostela, 2003. Acceso web: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf>. La Comisión desarrolla este principio de forma extensa en los puntos 73 a 114 de su CCAE (DO C 262, de 19 de julio de 2016, p. 1). No obstante, esta expresión se puede leer ya en la STPI de 8 de julio de 2005, Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, asunto T-198/2001, Rec. 2004 p. 11-20202717, en la que se examinaba un caso de aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO C 368, de 23 de diciembre de 1994, p. 12). Este término es empleado también por el Reglamento (UE) n. 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas *de minimis* (DO L 352, de 24 de diciembre de 2013, p. 11, considerando 13); las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo (DO C 19, de 22 de enero de 2014, p. 4, apartado 2.1); las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas (DO C 99, de 4 de abril de 2014, p. 3, apartado 3.4), y la comunicación de la Comisión invitando a presentar observaciones en aplicación del artículo 108.2 TFUE en el asunto Ayuda estatal n. SA.33909 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP) - Supuesta ayuda a Ryanair y a otras compañías aéreas y posibles ayudas a los aeropuertos de Girona y Reus (DO C 120, de 23 de abril de 2014, p. 24).

70 Debemos destacar que, pese a los recelos de la Comisión ante esta modalidad de intervención, existen casos en los que la Comisión llega a la conclusión, tras investigar una recapitalización controvertida, de que esta no constituye ayuda estatal, incluso en sectores sensibles como la banca. Podemos citar ejemplos recientes como el de la Decisión SA.47178 Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos, S.A., de 10 de marzo de 2017, o la más reciente de NordLB, “State aid: Commission concludes that recapitalisation of German NordLB is market conform”, *Press release*, de 5 de diciembre de 2019. Acceso web: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684. En otras ocasiones fueron los tribunales quienes corrigieron la apreciación de la Comisión de que la medida contenía ayuda estatal, como en la STJUE de 3 de abril de 2014, asunto C 224/12 P, Comisión/Reino de los Países Bajos y ING Groep NV (ECLI:EU:C:2014:213), que confirmó en casación la STGUE de 2 de marzo de 2012, Países Bajos e ING Groep/Comisión (T 29/10 y T 33/10; ECLI:EU:T:2012:98), que había anulado parcialmente de la Decisión 2010/608/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2009, relativa a la ayuda estatal C 10/09 (ex n. 138/09) ejecutada por los Países Bajos para el mecanismo de suscripción de reserva de activos no líquidos y el Plan de reestructuración de ING (DO L 274, de 19 de octubre de 2010, p. 139).

71 Respecto de la condición de empresa pública, *cfr.* artículo 2º, letra b) e la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318, de 17 de noviembre de 2006, p. 17) y su correspondiente transposición nacional.

2. Se concede en virtud de un régimen a empresas que sufren una disminución del volumen de negocios durante el período subvencionable de al menos el 30 % en comparación con el mismo período de 2019.

3. Dichos costes son los costes fijos soportados por las empresas durante el período subvencionable que no estén cubiertos por la contribución a los beneficios (es decir, los ingresos menos los costes variables) durante el mismo período y que no estén cubiertos por otras fuentes, como seguros, medidas de ayuda temporal cubiertas por esta comunicación o ayudas de otras fuentes. La intensidad máxima es el 70 % de los costes fijos no cubiertos, excepto en el caso de las microempresas y las pequeñas empresas, respecto de las que el límite se eleva al 90 %.

4. La ayuda global no será en ningún caso superior a los 3 millones de euros por empresa, y puede concederse en forma de subvenciones directas, garantías y préstamos, siempre que el valor nominal total de tales medidas se mantenga por debajo del citado límite máximo global, aclarándose que “todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo”.

5. La ayuda “no podrá acumularse con otras ayudas por los mismos costes subvencionables, ni podrá beneficiar a empresas que ya estaban en crisis el 31 de diciembre de 2019 (criterio general común), salvo que, como se introdujo en la 3RMTAE, se trate de microempresas o pequeñas empresas”.

2.5 El necesario control de las medidas autorizadas⁷²

Como corolario de las amplias facultades concedidas a los Estados miembros, el MTAE establece numerosos instrumentos de control que se suman a la previa aprobación de los respectivos planes que se reserva la Comisión⁷³.

De este modo, se impone a los Estados la doble obligación de informar 1) al público (entiéndase otros Estados miembros y competidores) y 2) a la propia Comisión.

Asimismo, se trata de que la mayor información posible sea de acceso público; por ello, se imponen cargas específicas a los Estados miembros.

La Comisión, por su parte, garantiza, en estrecha cooperación con los Estados miembros afectados, la rápida adopción de decisiones tras la notificación clara y completa de las medidas contempladas en esta comunicación. Los Estados miembros deberán informar a la Comisión de sus intenciones y notificar los planes para la introducción de tales medidas de la forma más rápida y exhaustiva posible. La Comisión prestará orientación y asistencia a los Estados miembros en este proceso.

72 Estas medidas y las disposiciones generales se recogen en sendas secciones tras la 4RMTAE con los puntos 88 a 96.

73 Buena prueba de la importancia de estas medidas es que su redacción ha sido revisada en las dos modificaciones del MTAE original.

3 Las ayudas europeas a los Estados miembros: el instrumento de emergencia único (NGEU) y el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR)

La magnitud de la crisis sanitaria y económico-social, especialmente en países como España e Italia, ha llevado a la Unión Europea a diseñar instrumentos específicos, que vienen a sumarse a los ya existentes, cuyas posibilidades han sido aprovechadas en todo lo que era posible dado lo avanzado de su ejecución presupuestaria (período 2014-2020)⁷⁴.

Con esa finalidad, ya a finales de mayo de 2020, la Comisión propuso un paquete a gran escala de medidas (“Plan de recuperación para Europa”⁷⁵) que combinaba el nuevo marco financiero plurianual de la UE (MFP) para el venidero período 2021-2027, por un importe que se fijaba en 1,1 billones de euros y la creación de un “instrumento de emergencia único” denominado “Next Generation EU” (NGEU)⁷⁶ por un valor previsto de 750.000 millones de euros, para ayudar a los Estados miembros a reducir el impacto socioeconómico de la pandemia, recuperarse y retomar la senda del crecimiento sostenible.

Tras el respaldo político imprescindible, que se obtuvo *in extremis* en el Consejo Europeo del 17-21 de julio de 2020⁷⁷, se están siguiendo los pasos necesarios para convertir dicho acuerdo en instrumentos jurídicos reales y eficaces, cuyo alcance final está por lo tanto todavía sin precisar definitivamente.

Con las cautelas que exige hablar sobre documentos no aprobados definitivamente, lo cierto es que una pieza esencial del plan impulsado por la Comisión es la creación del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Se está trabajando con una propuesta de reglamento⁷⁸ reelaborada por la Comisión y sobre la que habrán de pronunciarse los colegisladores (Parlamento Europeo y Consejo)⁷⁹.

De acuerdo con la información disponible⁸⁰, la referida propuesta se integra en el marco de su estrategia anual de crecimiento sostenible 2021, donde la Comisión estableció orientaciones para aplicar el MRR, confirmando el objetivo de la UE de proseguir una nueva estrategia de crecimiento basada en el Pacto Verde Europeo y la

74 En efecto, con ocasión de la crisis fondos como los estructurales, los de cohesión o FEDER han sido canalizados a los Estados miembros para atender las necesidades más urgentes, tanto sanitarias como económicas.

75 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es.

76 Cfr. https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe/pillars-next-generation-eu_es.

77 Cfr. Conclusiones del Consejo Europeo, 17 a 21 de julio de 2020. Acceso web: <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2020/07/21/european-council-conclusions-17-21-july-2020/>.

78 Cfr. “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia”, Bruselas, 28 de mayo de 2020, COM(2020) 408 final, 2020/0104(COD). Acceso web: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0408R\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52020PC0408R(02)&from=ES).

79 A la hora de redactarse el presente trabajo ya se ha pronunciado el Tribunal de Cuentas Europeo, en su Dictamen n. 6/2020, de 9 de septiembre de 2020. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818> (con arreglo a los artículos 287, apartado 4, y 322, apartado 1, letra a), del TFUE).

80 Entre otras fuentes, *vid.* https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es.

sostenibilidad competitiva. Por ello, la Comisión recomienda encarecidamente a los Estados miembros que incluyan inversiones y reformas en materia ecológica y digital para crear empleos y crecimiento sostenibles.

3.1 El futuro Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR); la propuesta de reglamento

El MRR se creará por medio de un reglamento, cuya propuesta, como ya señalamos, está en tramitación. Se adoptará al amparo de las previsiones especiales contenidas en el artículo 175, párrafo 3 TFUE, conforme al cual, “Si se manifestare la necesidad de acciones específicas al margen de los fondos y sin perjuicio de las medidas decididas en el marco de las demás políticas de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar dichas acciones con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones”.

Como se señala en el texto de la propuesta, la creación del MRR “pretende contribuir al refuerzo de la cohesión a través de medidas que permitan a los Estados miembros afectados recuperarse de manera más rápida y sostenible de la crisis de la COVID-19 y adquirir (una mayor) resiliencia”.

La propuesta precisa⁸¹ los objetivos del MRR, su financiación, las modalidades de la financiación de la Unión y las normas para la concesión de dicha financiación.

El ámbito de aplicación previsto⁸² incluye los relacionados con la cohesión económica, social y territorial, las transiciones ecológica y digital, la salud, la competitividad, la resiliencia, la productividad, la educación y las capacidades, la investigación y la innovación, el crecimiento inteligente, sostenible e inclusivo, el empleo y la inversión, y la estabilidad de los sistemas financieros.

En coherencia con lo anterior, su objetivo general⁸³ es “promover la cohesión económica, social y territorial de la Unión, mejorando la resiliencia y la capacidad de ajuste de los Estados miembros, mitigando las repercusiones sociales y económicas de la crisis y apoyando las transiciones ecológica y digital, contribuyendo de esta forma a restaurar el potencial de crecimiento de las economías de la Unión, fomentar la creación de empleo tras la crisis de la COVID-19 y promover el crecimiento sostenible”.

Este objetivo general se traduce en la propuesta de la Comisión en el objetivo específico del MRR, que no es otro que “proporcionar a los Estados miembros ayuda financiera para que alcancen los objetivos intermedios y las metas de reforma e inversión establecidos en sus planes de recuperación y resiliencia. Se perseguirá este objetivo específico en estrecha cooperación con los Estados miembros en cuestión”.

81 Por razones prácticas, no abordaremos alguna de las cuestiones que incluye la propuesta, como la financiación y la revisión y control, pues se refieren a una fase posterior. No obstante, no cabe duda de que los criterios de revisión han de ser tenidos en cuenta en el diseño de los proyectos, cuya aprobación, como se verá, viene determinada por los criterios que fije la Comisión Europea.

82 Cfr. artículo 3 PR.

83 Cfr. artículo 4 PR.

La Comisión prevé para su ejecución⁸⁴ la gestión directa de conformidad con el Reglamento financiero⁸⁵, y la ayuda concedida con arreglo al mismo se sumará a la proporcionada conforme a otros fondos y programas de la Unión ya existentes. En consecuencia, se prevé expresamente que los proyectos de reforma y de inversión podrán recibir ayuda de otros programas e instrumentos de la Unión siempre que, como es lógico, dicha ayuda no cubra el mismo coste (artículo 8 PR).

Respecto de la asignación de la contribución financiera, el PR⁸⁶ prevé que durante un período que finalizaría el 31 de diciembre de 2022, la Comisión pondrá a disposición para su asignación el importe de 334.950 millones de euros contemplado en el artículo 5, apartado 1, letra a). Cada Estado miembro podrá presentar solicitudes, hasta llegar a la contribución financiera máxima prevista en el artículo 10, para ejecutar sus planes de recuperación y resiliencia.

En un segundo período, que comenzaría después del 31 de diciembre de 2022 y hasta el 31 de diciembre de 2024, “en función de la disponibilidad de recursos financieros”, la Comisión podrá organizar convocatorias en consonancia con el calendario del Semestre Europeo. Para ello, publicará un calendario indicativo de las convocatorias que se vayan a organizar en dicho período e indicará, para cada una de ellas, el importe disponible para su asignación. Cada Estado miembro podrá presentar propuestas para recibir hasta el importe máximo que le corresponda del importe disponible para asignación, tal como se contempla en el anexo I, con el fin de ejecutar su plan de recuperación y resiliencia.

A tal fin⁸⁷, “Hasta el 31 de diciembre de 2024, la Comisión podrá conceder al Estado miembro que lo solicite ayudas en forma de préstamo para la ejecución de sus planes de recuperación y resiliencia”. Los Estados miembros podrán solicitar un préstamo “cuando presenten los planes de recuperación y resiliencia contemplados en el artículo 15 o en cualquier otro momento hasta el 31 de agosto de 2024, si bien en este último caso “la solicitud irá acompañada de un plan revisado que incluya objetivos intermedios y metas adicionales”.

La Comisión fija en su PR⁸⁸ que, en todo caso, en las solicitudes de préstamo se deberán especificar los siguientes puntos:

- a) los motivos para las ayudas en forma de préstamo, justificadas por necesidades financieras más elevadas relacionadas con reformas e inversiones adicionales;
- b) las reformas e inversiones adicionales de conformidad con el artículo 15;
- c) el coste más elevado del plan de recuperación y resiliencia de que se trate en comparación con el importe de la contribución financiera máxima contemplada en

84 Cfr. artículo 7 PR.

85 El actual Reglamento Financiero de la UE es el Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 1296/2013, (UE) n. 1301/2013, (UE) n. 1303/2013, (UE) n. 1304/2013, (UE) n. 1309/2013, (UE) n. 1316/2013, (UE) n. 223/2014 y (UE) n. 283/2014 y la Decisión n. 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n. 966/2012 PE/13/2018/REV/1 (DO L 193, de 30 de julio de 2018, p. 1). Acerca de la regulación financiera de la UE, puede consultarse: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/FinancialProvisionsRegulation.aspx>.

86 Cfr. artículo 11 PR.

87 Cfr. artículo 24 PR.

88 Cfr. artículo 24.3 PR.

el artículo 10 o con la contribución financiera asignada al plan de recuperación y resiliencia sobre la base del artículo 17, apartado 3, letra b).

Mención especial merecen las previsiones que recoge la PR en su capítulo III a los Planes de recuperación y resiliencia, respecto de las condiciones para su admisibilidad, presentación como anexo a su Programa Nacional de Reformas, previéndose como fecha límite el 30 de abril de 2021 y exigiéndose, como es lógico, que esté debidamente motivado y justificado. En concreto, se señala en el artículo 15.3 PR que “deberán figurar en él los siguientes elementos básicos:

a) una explicación de cómo está previsto hacer frente a los retos y prioridades específicos de cada país señalado en el contexto del Semestre Europeo;

b) una explicación de cómo el plan reforzará el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica del Estado miembro en cuestión, atenuará las repercusiones económicas y sociales de la crisis y contribuirá a mejorar la cohesión y la convergencia económicas, sociales y territoriales;

c) una explicación de cómo está previsto que las medidas del plan contribuyan a las transiciones ecológica y digital o a hacer frente a los retos derivados de ellas;

d) los objetivos intermedios y metas previstas, así como un calendario indicativo para la realización de las reformas a lo largo de un período máximo de cuatro años y de las inversiones a lo largo de un período máximo de siete años;

e) los proyectos de inversión previstos, junto con el correspondiente período de inversión;

f) una estimación del coste total de las reformas y las inversiones incluidas en el plan de recuperación y resiliencia (denominado también «coste total estimado del plan de recuperación y resiliencia»), respaldada por una justificación adecuada y una explicación de su proporcionalidad respecto de las repercusiones previstas en la economía y el empleo;

g) cuando proceda, información sobre financiación de la Unión existente o prevista;

h) las medidas de acompañamiento que puedan ser necesarias;

i) una justificación de la coherencia del plan de recuperación y resiliencia;

j) las disposiciones tomadas por el Estado miembro de que se trate para la ejecución efectiva del plan de recuperación y resiliencia, incluidos los objetivos intermedios y las metas propuestas y los correspondientes indicadores;

k) cuando proceda, la solicitud de ayudas en forma de préstamo y los objetivos intermedios adicionales contemplados en el artículo 12, apartados 2 y 3, con sus elementos; y

l) cualquier otra información pertinente.

La Comisión se reserva⁸⁹, lógicamente a nuestro entender, la potestad de evaluar los planes nacionales de recuperación y resiliencia “en estrecha cooperación con el Estado miembro de que se trate”, al que podrá formular observaciones o solicitar información adicional, siendo igualmente relevante la previsión de que, a la hora de evaluarlo y de determinar el importe que se asignará al Estado miembro de que se trate, la Comisión “tendrá en cuenta la información analítica sobre dicho Estado miembro

89 Cfr. artículo 17 PR.

que esté disponible en el contexto del Semestre Europeo, así como la justificación y los elementos facilitados por el Estado miembro en cuestión que se contemplan en el artículo 15, apartado 3, y cualquier otra información pertinente y, en concreto, la incluida en su Programa Nacional de Reformas y en el Plan Nacional de Energía y clima y, si procede, información sobre el apoyo técnico que se haya recibido a través del Instrumento de Apoyo Técnico”.

Hasta el momento de redactarse este trabajo solo es público el informe emitido por el Tribunal de Cuentas Europeo (TCE)⁹⁰. De sus observaciones destacaremos únicamente cómo la institución subraya⁹¹ el hecho de que el MRR se ejecutaría en paralelo a otros programas en el marco del instrumento NGEU⁹², la financiación del Banco Europeo de Inversiones y del Mecanismo Europeo de Estabilidad para empresas y Estados miembros, y el Programa temporal de compras de emergencia frente a la pandemia del BCE. Para el TCE, esa cofinanciación implica que el futuro MRR se suma a otras iniciativas de las demás instituciones europeas que se mantienen en funcionamiento.

Se destaca asimismo⁹³ que, al ser sus objetivos muy generales y abarcar una amplia gama de ámbitos de actuación, “no todos estos objetivos pueden abordarse en la misma medida, y la consecución de algunos objetivos puede ir en detrimento de otros (por ejemplo, cohesión económica frente a transición ecológica). Por otra parte, no existe una cuantificación de los resultados previstos a escala de la UE ni de la asignación de fondos a diferentes objetivos, lo que podría reducir la eficiencia del MRR.

Sobre la vinculación del MRR con objetivos de alto nivel de la UE, como la recuperación sostenible y la convergencia económica y social, así como con el Pacto Verde Europeo y la transformación digital, considera el TCE que dicha conexión “podría reforzarse aún más en la práctica mediante, por ejemplo, indicadores comunes obligatorios”, lo que reduciría el riesgo de una conexión débil entre los objetivos intermedios y las metas establecidos en los planes de recuperación y resiliencia (PRR) individuales y los objetivos más generales a escala del MRR o incluso a escala de la UE.

Finalmente, debemos destacar que el TCE apunta, no obstante, el “riesgo de doble financiación y competencia entre distintos programas”, porque, como destaca, “el sistema cubrirá proyectos que pueden potencialmente acogerse a ayudas en el marco de otros ámbitos de actuación, como la cohesión, el transporte, la energía y la investigación”, por lo que considera esencial la existencia de “mecanismos de coordinación eficaces entre los distintos programas e instrumentos de la Unión para garantizar, entre otras cosas, la complementariedad, la coherencia y la estrecha cooperación para alcanzar los objetivos establecidos, por lo que acoge con satisfacción la intención de la Comisión de desarrollar estos mecanismos en consulta con los Estados miembros.

90 Cfr. Dictamen n. 6/2020, de 9 de septiembre de 2020. Acceso web: <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=54818>.

91 Cfr. Punto 04, del dictamen.

92 El TCE cita expresamente: los fondos estructurales y de cohesión y las propuestas modificadas para el FEIE e InvestEU, y otros instrumentos de la UE relacionados con la respuesta a la COVID-19 (por ejemplo, el Instrumento Europeo de Apoyo Temporal para Atenuar los Riesgos de Desempleo en una Emergencia (SURE).

93 Cfr. puntos 09 a 12.

4 El decisivo papel de las administraciones públicas para diseñar ayudas estatales y proyectos europeos de forma eficiente

Nadie discute hoy que las ayudas públicas son un instrumento legítimo de política económica. En el caso de la Unión Europea, persiste todavía un potencial conflicto de intereses entre las ayudas otorgadas por los Estados miembros y las que son financiadas u otorgadas directamente por las propias instituciones europeas, pues en realidad las primeras persiguen esencialmente preservar los respectivos intereses nacionales, mientras que las segundas se dirigen a un más difuso interés general de la Unión Europea en su conjunto. Es en esta compleja y delicada dialéctica en la que se desarrolla la labor que desempeña la Comisión Europea y, de modo singular, la Dirección General de la Competencia (DGCOMP, básicamente, junto a otras DG de carácter sectorial).

Pero esta realidad de fondo no es ni mucho menos lo más relevante en materia de ayudas públicas, como la presente crisis pone en clara evidencia, sino que su otorgamiento responda a genuinos criterios económicos basados en los principios de transparencia, eficacia y eficiencia, entre otros, como el de legalidad, que imprescindiblemente deben ser tenidos en cuenta tanto por la UE como por cada uno de los Estados miembros.

Esta premisa nos sitúa en una cuestión clave no siempre abordada con claridad: más allá de la disponibilidad presupuestaria y de que la medida resulte autorizable, cuando es preciso, por la Unión Europea, cualquier decisión sobre otorgamiento de ayudas públicas (europeas o nacionales) debe respetar las reglas básicas de cualquier actuación de los poderes públicos, tenga o no carácter normativo. Se trata, en definitiva, de los que nuestra Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas⁹⁴, denomina “Principios de buena regulación”, a cuya lectura nos remitimos, pues, *mutatis mutandis*, pueden y deben ser aplicables al otorgamiento de cualquier ayuda pública.

Por ello, y aunque el principio de libre competencia no aparezca citado en dicho precepto, la libre competencia está garantizada cuando la actuación administrativa se ajusta a dichos principios. La garantía del funcionamiento competitivo de los mercados es, en consecuencia, un objetivo básico general y de manera singular del otorgamiento de ayudas públicas.

Desde esta perspectiva, es preciso destacar el importante papel que pueden y deben desempeñar las autoridades de competencia nacionales (y, en nuestro caso, también autonómicas), junto con los jueces y tribunales cuya competencia en la materia es igualmente relevante, aunque poco conocida⁹⁵.

94 BOE n. 236, de 2 de octubre de 2015.

95 A este respecto, *vid.* Comunicación de la Comisión – Hacia una aplicación efectiva de las decisiones de la Comisión por las que se ordena a los Estados miembros que recuperen las ayudas estatales ilegales e incompatibles (DO C 272, de 15 de noviembre de 2007, p. 4) y Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por

En el caso de España, sin embargo, el papel de las autoridades de competencia es limitado, aunque puede ser relevante⁹⁶. Resulta evidente que tanto el diseño de las ayudas estatales al amparo del MTAE como el diseño de proyectos que puedan acogerse al amparo del MRR plantea a las administraciones el reto de asignar lo más eficientemente posible los recursos disponibles y los que puedan obtenerse de la financiación europea, y hacerlo con la menor distorsión de la competencia posible.

Para ello, es preciso reconocer que las ayudas tanto de Estado como a los Estados son, como ya señalamos, un instrumento de política económica del que tradicionalmente han venido haciendo uso los poderes públicos, cuya existencia no solo es legítima, sino en muchas ocasiones –como la que vivimos en la actualidad– necesaria.

Al objeto de garantizar la máxima eficiencia económica en su eventual otorgamiento, diversas instituciones han expuesto metodologías adecuadas a la especial naturaleza de este instrumento de política económica. Entre nosotros, además de los impulsados por la Comisión Europea⁹⁷, debemos destacar los esfuerzos de la ya desaparecida Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y su sucesora, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que se han plasmado no solo en sus informes anuales en materia de ayudas públicas, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LDC⁹⁸, sino a través de informes específicos, entre los que merece destacarse el Informe de la CNMC identificado como PRO/CNMC/001/2016. Se trata de un documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, publicado el 9 de junio de 2016⁹⁹, en el que se exponen los criterios básicos, más desarrollados que los esbozados de forma sencilla y práctica en 2008 por la CNC en su Primer informe anual tanto para la evaluación *ex ante* como *ex post* de las ayudas públicas¹⁰⁰.

En el Primer informe anual sobre ayudas públicas 2008, se apuntaba ya que el otorgamiento de ayudas públicas únicamente encuentra su justificación en la existencia de un –fallo de mercado–¹⁰¹ o de un objetivo de interés general que se trata de incentivar

los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 85, de 9 de abril de 2009, p. 1) y las reflexiones contenidas en VELASCO DE PEDRO, L.A., et al. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

96 Cfr. artículo 11 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y sus equivalentes autonómicos.

97 Nos referimos, entre otros documentos, a la Comunicación de la Comisión “Plan de acción de ayudas estatales”, que bajo el expresivo subtítulo “Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009” [Bruselas, 7 de junio de 2005, COM(2005) 107 final] ofrecía unas primeras indicaciones metodológicas sobre la evaluación de las ayudas estatales, impulsando lo que denominaba “enfoque económico reajustado”, con el fin de asegurar «una evaluación correcta y más transparente de los falseamientos de la competencia y del comercio asociados con las medidas de ayuda estatal (...)» (punto 22) y las contenidas en el ya aludido Plan de Modernización de 2012, a las que haremos referencia más adelante.

98 Sigue siendo válido el análisis exhaustivo que de este precepto de la LDC hace ARPIO SANTACRUZ, J.L., “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 351 a 378.

99 Acceso web: <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>.

100 La Comisión Nacional de la Competencia (hoy Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia o CNMC) lo expuso ya en su Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2020 (p. 22).

101 A estos efectos, exponía la CNC que se consideran fallos de mercado la existencia de externalidades negativas o positivas –dentro de las que se pueden incluir los bienes públicos– y la información asimétrica. Por externalidad se entiende “el beneficio (externalidad positiva) o coste (externalidad negativa) que imponen las acciones de un operador a terceros que no participan en la actividad o transacción en cuestión”. Por su parte, un “bien público” es aquel “cuyo consumo por un agente no excluye de su consumo a otros agentes ni reduce la cantidad disponible del mismo. Por ello, la provisión de un bien público genera una externalidad positiva sobre la colectividad. A su vez, la información asimétrica se presenta cuando

a través de este instrumento. No obstante, su simple presencia o invocación solo actúa como –condición necesaria pero no suficiente– para justificar su otorgamiento. Así, se afirmaba expresamente que, –cuando existe un fallo de mercado, la asignación de recursos resultante puede generar ineficiencias que una ayuda pública puede tratar de corregir. Por ello el instrumento de ayuda debe formular expresa y precisamente cuál es el problema que pretende solucionar–.

En ausencia de verdaderos fallos de mercado, el otorgamiento de ayudas públicas puede encontrar también justificación, como ya anticipamos, en la consecución de otros objetivos públicos de interés común, para cuya consecución las administraciones públicas pueden querer intervenir en los mercados, con el objetivo de alcanzar resultados o asignaciones que se consideran más –equitativos– y cuyas potenciales consecuencias negativas sobre la eficiencia en la asignación de los recursos públicos encontraría justificación en sus efectos –distributivos–.

Es en este contexto donde el conocido como «test de eficiencia» adquiere un papel especialmente relevante. Este primer informe ofrecía ya una sencilla metodología que se basaba en la respuesta a tres interrogantes que el organismo público que diseñara una ayuda pública debía responder previamente a su otorgamiento. En estos casos es preciso desarrollar un verdadero “test de eficiencia”, debiendo sopesarse adecuadamente que “las ventajas derivadas del interés común que se persigue han de demostrarse inequívocamente superiores al perjuicio en el funcionamiento eficiente de los mercados que con frecuencia conlleva”.

Este test se basaba en la respuesta a tres interrogantes, aparentemente sencillos, que el organismo público que diseña una ayuda pública debe responder previamente a su otorgamiento:

1. ¿Está la medida dirigida a un objetivo de interés común bien definido?
2. ¿Resulta pertinente conseguir este objetivo de interés común mediante una ayuda pública? En tal caso, ¿está la ayuda bien concebida para conseguir dicho objetivo?, subdividido en tres cuestiones adicionales:
 - i. ¿Es la ayuda estatal un instrumento político apropiado?
 - ii. ¿Hay un efecto de incentivo o, en otras palabras, cambia la ayuda el comportamiento de las empresas o de los inversores?
 - iii. ¿Es la medida de ayuda proporcionada o, en otras palabras, podría el mismo cambio de comportamiento obtenerse con menos ayuda?
3. ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de modo que el equilibrio general sea positivo?

Este análisis ha sido sustituido, como recuerda la CNMC¹⁰², por lo que denomina la Comisión Europea –y recoge la CNMC– la aplicación de unos –principios comunes–;

- i. Contribución a un objetivo bien definido de interés general.
- ii. Necesidad de intervención estatal (fallos de mercado, por ejemplo).
- iii. Adecuación del instrumento.

los agentes participantes en una transacción poseen distinta información sobre las variables relevantes en la toma de decisiones tales como los precios, cantidades u otras condiciones comerciales”.

102 Cfr. CNMC, *Informe Anual sobre las Ayudas Públicas en España*, 2016 (IAP/CNMC/001/2016), p. 7.

- iv. Efecto incentivador.
- v. Proporcionalidad (la ayuda debe estar limitada al mínimo necesario).
- vi. No efectos negativos innecesarios sobre competencia o mercado interior.
- vii. Transparencia.

No cabe duda, sin embargo, de que, incluso desde esta rigurosa perspectiva de eficiencia económica en la actual situación de pandemia y sus inevitables consecuencias económicas, más que de “fallo de mercado”, podría hablarse realmente de que “no existe mercado” o que, al menos, el mercado está reaccionando ante una situación tan anómala que las reglas ordinarias de su funcionamiento se han vuelto, en muchos casos y respecto de determinados sectores, inaplicables, bien porque ha parado la producción o prestación de servicios en condiciones normales o porque determinados sectores se encuentran ante un incremento exponencial de la demanda que les otorga un poder inimaginable en otras circunstancias. Por ello, el MTAE, y ahí está uno de sus aciertos, articula medidas específicas dirigidas a objetivos muy precisos: garantizar la liquidez de las empresas viables, estimular la I+D ligada a la pandemia, atender necesidades sociales y laborales causadas directamente por las medidas adoptadas para la lucha contra la misma (de modo singular los confinamientos y las limitaciones de aforo y presencia de trabajadores (y la subsistencia financiera de las empresas viables que ven mermado su capital para hacer frente a pérdidas).

En el caso de las ayudas europeas a los Estados, salvo que cofinancien ayudas otorgadas por los Estados, la perspectiva no debería ser muy diferente.

Existe una disponibilidad de recursos cuya asignación, dentro de los límites asignados a los potenciales Estados beneficiarios, está condicionada a la presentación de proyectos concretos que respondan a los objetivos del fondo o mecanismo correspondiente, de manera singular.

El MRR, tal y como hemos señalado, responde precisamente a ese objetivo: impulsar la recuperación económica y estimular objetivos específicos de interés europeo. Por ello, la eficiencia se sitúa primordialmente, y como ocurre con las demás ayudas públicas, en el diseño adecuado de proyectos viables que puedan financiarse con cargo a los fondos puestos a disposición por la UE (MRR), eligiendo entre ellos aquellos cuyos efectos sean más positivos tanto desde la perspectiva del Estado (o, en el caso de España, de la comunidad autónoma que los presente y mejor satisfagan el objetivo impulsado por la UE).

La lógica exige presentar tantos proyectos como la asignación de recursos prevista haga posible, teniendo en cuenta, no obstante, no tanto agotar dichos fondos como asignarlos eficientemente y valorando sus efectos positivos para la economía directamente beneficiada (en nuestro caso, España) y el conjunto de la UE.

El hecho de que los proyectos hayan de ser evaluados por la propia UE supone ya un parámetro de referencia a la hora de diseñar los proyectos y cuantificar su importe, valorando su incidencia real en el ámbito territorial en el cual el proyecto vaya a desarrollarse.

Regap



ESTUDIOS

Desde esa perspectiva, la evaluación de las ayudas estatales propuesta por la CNC y la CNMC puede ser de utilidad al aportar elementos de valoración adicionales pero necesarios.

5 Reflexión final

No cabe duda –aunque a menudo se olvide– de que el arte de la política se basa en la realización de elecciones acertadas. En los sistemas democráticos los ciudadanos eligen a los políticos para que estos, investidos de la potestad del mandato recibido, hagan elecciones; es decir, elijan qué decisiones tomar, en qué momento y cómo tomarlas. En época de pandemia, la situación no solo es la misma, sino que las condiciones de las elecciones que es necesario realizar se hacen más extremas y sus consecuencias, más graves. Cuando se opta por una medida y se le asignan fondos públicos, es preciso recordar que esa elección afecta a otras; para ello basta recordar cómo numerosos manuales de economía definen a esta disciplina: la “ciencia de la escasez”, ya que se sostiene que esta se ocupa de cómo se asignan unos recursos que por definición son limitados para unos fines que pueden ser ilimitados. Este es, sin duda, un momento decisivo en el que se tienen que tomar decisiones a corto plazo, pero también y, sobre todo, a medio y largo plazo. Todos nos jugamos mucho, pues está en juego no solo nuestro presente, sino también nuestro futuro.

Bibliografía

- ARPIO SANTACRUZ, J.L., “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, Beneyto Pérez, J.M. y Mailló González-Orús, J. (dirs.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, Bosch, Barcelona, 2009.
- BUENDÍA SIERRA, J.L., “Comisión Europea, competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, *Webinar – Asociación Española de Defensa de la Competencia*, 24 de abril de 2020. Acceso web: <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>.
- CNMC, *Informe Anual sobre las Ayudas Públicas en España*, 2016.
- EUROPEAN COMMISSION, SA.57035, *COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products*, State Aid Cases, Portugal, abril de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57035.
- EUROPEAN COMMISSION, SA.57082, *COVID-19 Cadre temporaire 107(3)(b). Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France*, State Aid Cases, France, mayo de 2020. Acceso web: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082.
- FINANCIAL CONDUCT AUTHORITY, *Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis*, News Financial Conduct Authority, 8 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>.

- LUENGO HERNÁNDEZ DE MADRID, G., *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, *State Aid Uncovered*, 27 de abril de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/stateaidpost/identification-of-undertakings-in-difficulty/>.
- NICOLAIDES, Ph., “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, *State Aid Uncovered*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/>.
- NICOLAIDES, Ph., “The Concept of SME, Indirect Control by Public Bodies and New Problems for Public Universities and Research Organisations”, *State Aid Uncovered*, 3 de noviembre de 2020. Acceso web: https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/the-concept-of-sme-indirect-control-by-public-bodies-and-new-problems-for-public-universities-and-research-organisations/?utm_source=NL&utm_medium.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., *La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas*, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías n. 24, Santiago de Compostela, 2003. Acceso web: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicaseneleapialdelasempresas.pdf>.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, n. 117, enero-marzo, 2010.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas a la banca y crisis financiera en España”, *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr.h.c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, vol. 12, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá-Colombia, 2020.
- RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A., “Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control”, *Anuario de la Competencia 2020*, Fundación ICO, Marcial Pons, Madrid, 2020 (en prensa).
- RUBINI, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, Oxford, 2009.
- URRACA CAVIEDES, C., “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, Beneyto Pérez, J.M. y Maillo González-Orús, J. (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, vol. 2, tomo 2, Bosch, Barcelona, 2017.

VELASCO DE PEDRO, L.A., *et al.* (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

WILSON, T. y GNATZI, P., “COVID-19 and EU State aid recapitalisation”, *Kluwer Competition Law Blog*, 15 de mayo de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>.

WILSON, T., GNATZY, P. y CRANLEY, S., “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, *Kluwer Competition Law Blog*, 7 de julio de 2020. Acceso web: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>.