



## EL RÉGIMEN DE AYUDAS PÚBLICAS: CARACTERÍSTICAS Y VENTAJAS EN EL PROCESO DE RECUPERACIÓN ECONÓMICA EN TIEMPOS DE PANDEMIA COVID19

### THE PUBLIC AID REGIME: CHARACTERISTICS AND ADVANTAGES IN THE PROCESS OF ECONOMIC RECOVERY IN TIMES OF PANDEMIC COVID19

JOSÉ ANTONIO RODRÍGUEZ MIGUEZ<sup>1</sup>

---

#### RESUMEN

En el presente trabajo abordamos la regulación sobre ayudas públicas, sus características y ventajas para la recuperación económica a partir de una necesaria delimitación conceptual, su fundamento económico y sus diferentes ámbitos normativos, centrándose en su importancia en el actual contexto de crisis creado por la pandemia de Covid-19.

Con este objetivo expondremos de forma sucesiva su regulación en tres ámbitos diferentes: el multilateral, el regional y el nacional.

En su dimensión multilateral, nos centraremos en las reglas que se recogen en el marco de la «Organización Mundial de Comercio (OMC)», donde haremos una revisión crítica de su situación actual y su posible reforma, destacando la respuesta unilateral de la Unión Europea, adoptando reglas propias para controlar las subvenciones procedentes de terceros países en el mercado europeo.

A continuación, analizaremos las reglas sobre ayudas públicas «ayudas de Estado» recogidas en el «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», destacando las medidas especiales de carácter temporal y excepcional adoptadas por las instituciones europeas con motivo de la actual pandemia, tanto respecto de las ayudas otorgadas por los Estados miembros, como de las ayudas europeas destinadas a apoyar a esos Estados miembros para la recuperación económica. En un epígrafe posterior ofreceremos la regulación interna española en materia de ayudas

públicas, así como la que en la actualidad está en elaboración en el Parlamento británico, para regular las subvenciones en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea.

Concluiremos el presente trabajo con una reflexión final acerca de sus ventajas y dificultades para afrontar el reto de la recuperación económica, partiendo de la necesidad de que su eventual otorgamiento se rija por criterios de eficiencia económica en la administración de los recursos públicos que se transfieren al mercado, por medio de ayudas públicas.

#### ABSTRACT

In this paper we address the regulation of public aid, its characteristics and advantages for economic recovery based on a necessary conceptual delimitation, its economic foundation and its different regulatory areas, focusing on its importance in the current context of crisis created by the pandemic of Covid-19.

With this objective in mind, we will successively expose its regulation in three different areas: multilateral, regional and national.

In its multilateral dimension, we will focus on the rules contained in the framework of the World Trade Organization (WTO), where we will make a critical review of its current situation and its possible reform, highlighting the unilateral response of the European Union, adopting its own rules to control subsidies from third party countries in the European market.

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho por la Universidad de A Coruña, España. Responsable de Investigación en la Comisión Gallega de la Competencia (Instituto Gallego de Consumo y Competencia). Correo: jarmiguez@gmail.com Las opiniones expresadas en el presente trabajo son personales del autor sin que quepa atribuir las al organismo en el que presta sus servicios.

Next, we will analyze the rules on public aid “State aid” contained in the “Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)”, highlighting the special temporary and exceptional measures adopted by the European institutions due to the current pandemic, both with regard to aid granted by the Member States, as well as the European aid intended to support those Member States for economic recovery. In a later section we will offer the Spanish domestic regulation on public aid, as well as the regulation currently being drafted

by the British Parliament to regulate subsidies in United Kingdom after its exit from the European Union.

We will conclude this paper with a final reflection on its advantages and difficulties in facing the challenge of economic recovery, based on the need for their eventual granting to be governed by criteria of economic efficiency in the administration of public resources that are transferred to the market, through public aid.

## PALABRAS CLAVE

Ayudas públicas | Subvenciones |  
NextGenerationEU | Eficiencia económica |  
Derecho de la Competencia

## KEYWORDS

Public Aid | Subsidies | NextGenerationEU |  
Economic Efficiency | Competition Law

## SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 27 de septiembre de 2021 y aprobado para su publicación el 13 de octubre de 2021.

## CONTENIDO

**1.** Presentación y consideraciones introductorias; **1.1.** Una necesaria aclaración de conceptos; **1.2.** El substrato económico de las ayudas públicas; **1.3.** Los diferentes ámbitos normativos de control; **2.** Las ayudas públicas en el comercio internacional; **2.1.** La OMC y las Subvenciones en el Comercio Internacional; **2.2.** La COVID-19 y la crisis de la OMC: La iniciativa europea para controlar las ayudas de terceros países; **3.** Las ayudas públicas en la Unión Europea: la respuesta europea a la crisis; **3.1.** El marco general de las ayudas de Estado en la Unión Europea; **3.2.** El marco temporal excepcional para hacer frente a la crisis y la Covid-19; **3.3.** Las ayudas públicas europeas excepcionales a los Estados Miembros; **3.3.1.** Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE); **4.** El control nacional de las ayudas públicas: los casos de España y el Reino Unido; **4.1.** El limitado control de las ayudas públicas en el denominado Sistema Español de Defensa de la Competencia; **4.2.** El Proyecto de Ley de Control de Subvenciones del Reino Unido; **5.** Una necesaria reflexión de conjunto: eficiencia económica y libre competencia; **6.** Bibliografía.

## 1. PRESENTACIÓN Y CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Constituye para mí una satisfacción poder atender a la amable invitación del Círculo de Derecho Administrativo (CDA), asociación civil conformada por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), para participar en la edición del número 21 de la Revista de Derecho Administrativo (RDA) que, coordinada por los profesores Tania Zúñiga Fernández y Juan Luis Crucelegui Gárate, se dedica a la Regulación Económica, Competencia, Digitalización y Derecho Administrativo Económico.

El tema que se me ha asignado para mi colaboración y bajo el que escribo estas páginas, es de singular importancia tanto desde la perspectiva del Derecho Administrativo como del Derecho de la Competencia, especialmente en los tiempos actuales, con una grave crisis sanitaria a nivel mundial

y una no menos grave crisis económica: el régimen de ayudas públicas, características y ventajas en el proceso de recuperación económica en tiempos de pandemia Covid-19.

Con el objetivo de abordarlo de la forma más clara y completa posible, iniciaremos nuestra exposición exponiendo, en primer lugar, una serie de cuestiones básicas, como son las relativas al concepto de «ayuda pública» y sus diferentes usos y acepciones, el substrato económico sobre el que se asienta dicha noción y los diferentes ámbitos normativos que regulan el control de su otorgamiento: el multilateral, en torno, principalmente, a la Organización Mundial del Comercio (OMC, o WTO, por sus siglas en inglés); el de la Unión Europea, como ejemplo más sobresaliente de la dimensión regional del control de las ayudas públicas y, finalmente el nacional, centrándonos en el caso español y en el que, parece, va a establecerse en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea.

Una vez asentadas estas premisas, vamos a exponer las características y ventajas de las ayudas públicas en el proceso de recuperación económica que se está iniciando, con la finalidad de abarcar su alcance tras la crisis económica generada por la pandemia creada por la Covid-19 en los tres ámbitos normativos apuntados: el multilateral, el regional y el nacional.

Para ello, a partir del segundo epígrafe abordaremos de forma sucesiva los tres niveles normativos ya apuntados, comenzando por el multilateral, centrándonos en el marco de la OMC, donde el término «ayuda pública» es reemplazado por el de «subvención»; valorando de forma crítica su funcionamiento, su posible reforma y la respuesta de la Unión Europea adoptando reglas propias para controlar las subvenciones procedentes de terceros países en el mercado europeo.

A continuación, en un tercer epígrafe analizaremos las reglas sobre ayudas estatales recogidas en el «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», destacando las medidas especiales adoptadas con motivo de la pandemia, tanto respecto de las ayudas estatales, como de las ayudas europeas a los Estados miembros; para referirnos a continuación, en un nuevo epígrafe, a dos modelos de control de ayudas públicas de dimensión nacional, exponiendo las líneas principales del nivel español y del que en la actualidad se está desarrollando en el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea.

Tras exponer las características básicas del control de las ayudas públicas en estos tres ámbitos normativos, haremos una reflexión final de sus ventajas y dificultades para afrontar el reto de la recuperación económica, partiendo de la necesidad de que su eventual otorgamiento se rijan por criterios de eficiencia económica en la administración de los recursos públicos que se transfieren al mercado por medio de «ayudas públicas» o «subvenciones».

Es preciso subrayar en este punto inicial de nuestra exposición que, a pesar de que el título del presente trabajo tenga un carácter general respecto de las posibles reacciones ante la Covid-19, sólo la Unión Europea ha sabido o podido adaptar la aplicación de su regulación general sobre ayudas públicas a las excepcionales circunstancias creadas por la pandemia de Covid-19, tanto para atajar sus efectos inmediatos en lo más crudo de la crisis sanitaria (confinamientos domiciliarios de la población, cierre de instalaciones y paralización de toda actividad no esenciales...) como para apoyar la recuperación económica posterior ante las consecuencias económicas generadas por la misma pandemia.

La importancia de la regulación de la Unión Europea -y por ello del tratamiento que le damos en el presente trabajo- es doble pues, por una parte, ofrece un verdadero sistema de control basado en la prohibición de las ayudas incompatibles con el mercado interior, de acuerdo con la descripción de las características de una ayuda estatal del Artículo 107,1 TFUE, y por otra la flexibilidad del sistema sobre la base de las excepciones de los artículos 107.2 y 3 TFUE, así como las previsiones del Artículo 106 TFUE respecto de los denominados, como veremos: “Servicios de Interés Económico General”

(SIEG). Esta flexibilidad ha permitido que el sistema se aplique a circunstancias como las actuales sin merma de su eficacia ni rigor.

En los demás niveles o ámbitos normativos examinados en el presente trabajo (comercio internacional y nacional) no se advierte una reacción similar. En el caso de la OMC la falta de una reacción específica en la aplicación de las reglas sobre subvenciones sometidas a su conocimiento pone en evidencia, a nuestro juicio, la inconsistencia real y práctica del sistema diseñado en 1994, apuntalando los argumentos de quienes sugieren su necesaria reforma. A estos efectos, la nueva regulación, todavía en tramitación, de la que se va a dotar el Reino Unido tras el Brexit puede ser una referencia de gran utilidad por cuanto esta nueva regulación se está abordando en el marco de esta crisis sin precedentes, lo que llevará al legislador británico, a buen seguro, entendemos, a tenerla muy en cuenta a la hora de diseñar el nuevo modelo.

Esta realidad, la falta de reacción de los distintos modelos de control, con la advertida excepción de la regulación de la Unión Europea, nos lleva ya a señalar de modo crítico la necesidad de que se revisen sus respectivas metodologías y bases jurídicas con el objetivo de que su otorgamiento y control sea realmente eficiente, algo que debe predicarse como justificación básica y previa a cualquier decisión de diseñar y otorgar ayudas públicas, como en general, antes de adoptar cualquier actuación por parte de los poderes públicos. Es cierto, sin embargo, que estas cualidades son más difíciles de conseguir en el ámbito internacional, donde los intereses y las partes son más numerosas que cuando se desciende a la normativa regional (Unión Europea) o nacional.

Centrándonos ya en las nociones introductorias, la primera de ellas es la que hace referencia a la necesaria aclaración de conceptos a la hora de hablar de «ayudas públicas»; y los términos no siempre equivalentes que se utilizan para referirse a ellas en distintos ámbitos normativos.

### **1.1. Una necesaria aclaración de conceptos**

Con carácter general, resulta necesario iniciar cualquier exposición sobre ayudas públicas haciendo unas precisiones terminológicas de la delimitación del alcance y contenido de «ayuda pública». De este modo, lo primero que hay que señalar es que el término «ayuda pública» alude, por una parte, a la existencia de una *ventaja o beneficio* que sólo es relevante desde la perspectiva de la competencia cuando favorece a genuinos operadores económicos; esto es, a empresas, en el sentido amplio con el que este concepto es empleado en el Derecho de la Competencia (cf. Europeo y español)<sup>2</sup>.

Por su parte, con el término «pública», se alude a que los recursos que se emplean en su otorgamiento son directa o indirectamente a una Autoridad o Poder Público, cuestión que, como veremos, no siempre es fácil de determinar, pero que resulta determinante. La imputación de dicha medida al Estado, entendida en su sentido más amplio, esto es, incluyendo los diferentes niveles de Administración; caso de existir, como en España, una estructura compleja, extendiéndose dicha imputabilidad a cualquiera de las instituciones instituidas o creadas por las mismas.

En la competencia del comercio internacional, que gira hoy en torno a la Organización Mundial de Comercio (OMC, "WTO"), el término empleado para referirse a las «ayudas públicas» es el de «subvención», término que en el ámbito de la Unión Europea se identifica con una singular modalidad de «ayuda pública», concepto general que en el Derecho Europeo es reemplazado por el de «ayuda de Estado» o «ayuda estatal». Téngase en cuenta, no obstante, que, como analizaremos más adelante, el término «subvención» es el que emplea el «Proyecto de Ley de Control de Subvenciones», que se

---

2 Cfr. Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO C 262, 19.7.2016, p. 1; en concreto, Apartado 2: «2. CONCEPTO DE EMPRESA Y DE ACTIVIDAD ECONÓMICA») y Disposición adicional cuarta. Definiciones, 1º, LDC.

está tramitando en el Reino Unido para regular la concesión de ayudas públicas en dicho país tras su salida de la Unión Europea (Brexit)<sup>3</sup>.

En España, sin embargo, el término habitual es el de «ayuda pública».

Como veremos, la razón estriba en que, en el Derecho Europeo, el examen de la eventual concesión de ayudas estatales se plantea entre los Estados miembros y la Comisión Europea, siendo una cuestión interna de cada uno de ellos, la Administración concreta que de forma directa o a través de figuras instrumentales, las conceda.

## 1.2. El substrato económico de las ayudas públicas

Otra cuestión que resulta relevante abordar, también con carácter preliminar; es la que recuerda que, aunque las ayudas públicas se configuran como un instrumento jurídico de forma muy variada y a menudo compleja, tal evidencia no debe llevar a ignorar que las mismas son, además y de manera esencial, un instrumento de política económica del que tradicionalmente se han servido las Administraciones Públicas para desempeñar las misiones a ellas encomendadas. Por ello no es extraño que en unas circunstancias tan excepcionales como las presentes, marcadas por una crisis sanitaria que ha generado una crisis económica y social sin precedentes contemporáneos, las ayudas públicas estén desempeñando un papel esencial para atender necesidades inmediatas y acometer la recuperación económica y social en los Estados miembros, en el caso de la Unión Europea, de las propias instituciones comunes.

Un claro ejemplo de lo que apuntamos se advierte –como tendremos ocasión de destacar con un mínimo de detalle-, comparando el “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19”, cuya primera versión fue aprobada por la Comisión Europea de forma casi inmediata, en marzo de 2020<sup>4</sup>; y con pretensiones mucho más ambiciosas a largo plazo, el “Plan de recuperación para Europa”<sup>5</sup>, impulsado por aquélla, pero con la participación de las demás Instituciones de la Unión Europea.

Esta dualidad jurídica y económica implica que no deba examinarse su diseño y articulación únicamente a su legalidad presupuestaria formal; sino valorando además sus efectos económicos sobre el comercio internacional, en el caso de la OMC; o sobre el funcionamiento competitivo de los mercados, como ocurre en la Unión Europea, que puede llegar a prohibirla; o en el caso de España, a desaconsejar su otorgamiento, si tal medida es sometida a la consideración de la correspondiente Autoridad de competencia.

Asentada así la legitimidad del eventual otorgamiento de las ayudas públicas, especialmente para hacer frente a contingencias inusitadas, como las que acontecen en nuestros días, –o las que supuso la crisis financiera de 2008–, es preciso dar un paso más y poner de relieve que además de las previsiones que rijan su posible otorgamiento desde la perspectiva de la legalidad presupuestaria, se tenga en cuenta su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados o, en su caso, su efecto distorsionador sobre el comercio internacional, lo que exige que su concesión esté justificada económicamente<sup>6</sup>.

3 Este Proyecto de Ley fue presentado por el Department for Business, Energy & Industrial Strategy al Parlamento Británico para su tramitación el 30 de junio de 2021. Sin perjuicio de las referencias que hagamos más adelante, vid. Policy paper Subsidy Control Bill 2021: bill documents. En: <https://www.gov.uk/government/publications/subsidy-control-bill-2021-bill-documents>

4 Para una visión completa del texto original de la Comunicación de la Comisión y sus diferentes reformas, vid. State aid rules and coronavirus. En: [https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus_en)

5 Para una visión general, vid. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-recovery-plan/>

6 A este respecto, y sin perjuicio de lo que señalaremos más adelante, y aunque existen diversas metodologías para efectuar dicho análisis, nos centraremos en las aportaciones que acerca de esta cuestión han realizado

### 1.3. Los diferentes ámbitos normativos de control

A este respecto, y aunque de manera implícita ya hemos anticipado esta cuestión, es preciso subrayar también en estas líneas introductorias que en la regulación y/o control de las ayudas públicas es posible distinguir al menos tres niveles: el internacional, el regional y el estrictamente nacional.

El ámbito internacional es el marcado por la actual Organización Mundial de Comercio (OMC, "WTO"), cuyo origen se remonta, en realidad, al «Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio» (más conocido por su acrónimo en inglés como "Acuerdo GATT", de 1947); al que debe reconocérsele el mérito de haber sido la primera norma que planteó la necesidad de control del potencial «efecto distorsionador de las subvenciones nacionales»; en ese caso, sobre el comercio internacional que se trataba de regular. A su evolución en el marco de la actual OMC (surgida como organización internacional con motivo de la reforma de los acuerdos del GATT de 1994 «Ronda Uruguay del GATT»), nos referiremos en el próximo epígrafe, en el que además analizaremos su régimen actual y las propuestas de reforma de este.

El segundo nivel es el regional. En el mismo (aun existiendo diversos acuerdos de esta naturaleza «vid. Comité de Acuerdos Comerciales Regionales (CACR)»<sup>7</sup>), el que cobra mayor protagonismo es, sin duda, el de la Unión Europea; pues ya desde el primero de los tratados fundacionales, el hoy desaparecido Tratado por el que se constituía la Comunidad Europea del Carbón y el Acero «Tratado CECA, de 1951», ya contenía previsiones sobre ayudas (en ese Tratado, también denominadas «subvenciones»), hasta el actual «Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)», que contiene una efectiva y eficiente regulación de las ayudas estatales sobre la base de un control que, en principio, es previo o «ex ante» a su otorgamiento, supeditado a un examen acerca de su compatibilidad con el interés de la Unión Europea, pues se realiza desde la perspectiva del Derecho de la Competencia como instrumento al servicio de la efectiva construcción del Mercado Interior Europeo.

El tercer nivel es el estrictamente nacional. Debemos advertir en este epígrafe introductorio, que a expensas del sistema que diseñó finalmente el Reino Unido tras su salida de la Unión Europea (BREXIT), se limitó (LA UE o RU) en sus relaciones con terceros países al marco de la OMC o de posibles tratados bilaterales (cf. UE o Estados Unidos). Así pues, no existe un verdadero control nacional de las ayudas públicas en ningún país que tenga un efecto equivalente al de la Unión Europea y, ni tan siquiera, al de la OMC, tratándose, como veremos en el caso de España, de un control que se contempla desde la perspectiva de la «Promoción de la Competencia (Advocacy), de escasa relevancia práctica respecto de aquellas medidas que queden fuera del ámbito de control de la propia UE. También lo expondremos de forma muy esquemática.

## 2. LAS AYUDAS PÚBLICAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

La preocupación por la incidencia negativa que las «ayudas públicas» podía ocasionar en el comercio internacional, llevó a que los Estados signatarios de los Acuerdos del GATT, ya en su primera redacción de 1947, se ocuparan de las mismas utilizando el término «subvención», que pervive en dicho contexto hasta la actualidad.

Como ya hemos anticipado, en materia de ayudas públicas, el primer ámbito de regulación es el internacional, donde la primogenitura hay que asignársela a los «Acuerdos del GATT de 1947» y, en su evolución posterior, tras la creación de la (OMC, "WTO"), si bien, circunscrito al comercio

---

tanto la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), como con posterioridad, su sucesora, la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

7 Acerca de los "Acuerdos comerciales regionales", vid.:  
[https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/region\\_s/region\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm)

internacional y con un grado de eficiencia muy limitado, como tendremos ocasión de apuntar en nuestra, necesariamente, breve exposición general.

Las subvenciones en el comercio internacional se regían inicialmente sólo por los «artículos VI y XVI del GATT de 1947», dedicados respectivamente a los «derechos antidumping y derechos compensatorios» y a las «subvenciones» que, como recuerda Didier<sup>8</sup>, han permanecido sin apenas modificación en la actual versión del GATT de 1994<sup>9</sup>. El «artículo VI» legitimaba a las partes contratantes a adoptar unilateralmente medidas compensatorias a las importaciones de productos que se beneficiaran de subvenciones, mientras que el «artículo XVI» se limitaba a establecer la obligación de las partes contratantes de notificar toda «subvención que tenga directa o indirectamente por efecto aumentar las exportaciones de un producto cualquiera del territorio de dicha parte contratante o reducir las importaciones de este producto en su territorio». Sin embargo, tanto estos preceptos como los que componían el Acuerdo para la interpretación y aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT<sup>12</sup> se caracterizaban por la imprecisión de los conceptos.

Al amparo de dicho marco internacional se adoptó el «Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1979 (ASMC 1979)», que, como veremos, fue reemplazado por un nuevo acuerdo en 1994, ya en el ámbito de la OMC.

## 2.1. La OMC y las Subvenciones en el comercio Internacional

Como ya anticipamos en las consideraciones introductorias, el término “subvención” es el empleado tradicionalmente empleado en el comercio internacional, sin que pueda considerarse plenamente equivalente al de “Ayuda de Estado” en el ámbito de la Unión Europea.

La actual regulación de las subvenciones en el contexto de la OMC se contiene en el «Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1994 (ASMC 1994)»<sup>10</sup>, que incorpora, junto a otras notables mejoras<sup>11</sup>, una definición de «subvención»<sup>12</sup>, de la que se creía hasta la fecha, consensuada entre las diversas sensibilidades presentes en su negociación, liderada principalmente por los Estados Unidos y la Unión Europea<sup>13</sup>.

---

8 En este sentido, Didier, P. (1995) *Le code anti-subsventions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté*, en *Cahiers de Droit Europeen*, Bélgica, nº 5-6, pp. 679-750 en particular p. 682.

9 La versión en castellano del Acuerdo general sobre aranceles y comercio de 1994, conocido como GATT 1994, se recoge en el BOE, nº 20, supl., de 24/01/1995.

10 Este acuerdo se aprobó en el acta final de la Ronda Uruguay del GATT, incorporándose en su anexo 1A (BOE, núm. 20, supl., de 24.1.1995). El texto del ASMC 1994 se puede descargar además en: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/24-scm.pdf](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm.pdf). Este Acuerdo reemplazó al anterior, adoptado por los miembros del GATT en 1979 (ASMC 1979).

11 A diferencia de su predecesor de 1979, el ASMC 1994 no se limita al control de las subvenciones que causen un perjuicio en el mercado del país importador, sino que va a regular también las subvenciones interiores («Domestic subsidies») que frenen las exportaciones hacia el país que concede la subvención («Import substitution») y aquéllas que frenen las exportaciones de un miembro hacia terceros países en beneficio de las exportaciones subvencionadas («Third country displacement»). Para ello, como apunta Didier, P. («Le code...», op. Cit., en concreto, pp. 679 -680), el ASMC 1994 prevé claramente y sin la anterior ambigüedad, que las subvenciones generales o interiores, aunque no resulten prohibidas de plano (*per sé*), pueden ser objeto de una acción, con algunas excepciones, al igual que las clásicas subvenciones a la exportación.

12 Uno de los trabajos más interesantes en la materia es el que se recoge en la monografía de Rubini, L. (2009) *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press.

13 La ausencia de dicha definición había llegado a convertirse en uno de los “talones de Aquiles” del sistema diseñado sobre la base del GATT 1947, recogido en el ASMC 1979. La complejidad práctica de las subvenciones, unida al frecuente empleo de este instrumento por parte de alguno de los principales actores del comercio internacional, sobre todo para apoyar a sectores económicos especialmente sensibles, como la siderurgia o la agricultura, han venido a dificultar las iniciativas tendentes a someter las subvenciones

En efecto, la Ronda de Uruguay del GATT de 1994 incorpora una definición de «subvención» en el Artículo 1 ASMC 1994<sup>14</sup> que, en realidad, es una descripción amplia, ilustrada con ejemplos, de conductas atribuibles a los Estados, que pueden incidir negativamente en la armonía del comercio internacional<sup>15</sup>.

La importancia de las reglas de la OMC en materia de subvenciones ha cobrado un nuevo valor con motivo del Brexit, pues se ha sugerido que, al salir el Reino Unido de la Unión Europea, los eventuales litigios sobre ayudas estatales que con anterioridad se sometían a las reglas de la misma, lo serán a partir de dicha salida, por las previstas en el ASMC 1994<sup>16</sup>.

De este modo, y a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a 1994, el artículo 1 ASMC 1994 ofrece una «Definición de subvención», si bien con efectos limitados al propio acuerdo (ASMC). Dicha definición incorpora los siguientes elementos, notablemente inspirados en la regulación de la Unión Europea:

1.- Que exista una contribución financiera de un gobierno o de cualquier organismo público en el territorio de un Miembro, aclarando que ello se da:

i) cuando la práctica de un gobierno implique una transferencia directa de fondos (por ejemplo, donaciones, préstamos y aportaciones de capital) o posibles transferencias directas de fondos o de pasivos (por ejemplo, garantías de préstamos);

ii) cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirían (por ejemplo, incentivos tales como bonificaciones fiscales)<sup>17</sup>;

iii) cuando un gobierno proporcione bienes o servicios -que no sean de infraestructura general- o compre bienes;

---

a una regulación internacional estricta. Vid. Montaña Mora, M., (1997) "El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay", en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, D-27, 1997, pp. 239-280, en particular p. 241.

14 Para un análisis general de la regulación de las subvenciones en el marco de la OMC, vid. Luengo Hernández de Madrid, G. (2000) *Derecho de las subvenciones en la OMC*, Marcial Pons, Madrid. 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: Rubina, L., *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*, Oxford University Press, 2009.

15 Las discrepancias respecto a lo que debe considerarse subvención en el marco de la OMC respecto de las ayudas que pueden resultar autorizadas en el marco del TFUE se ha planteado en diversas ocasiones, incluso con demandas recíprocas, por parte, principalmente de Estados Unidos y la Unión Europea: Un buen ejemplo son los casos relativos a Boeing y al consorcio europeo fabricante de los Airbus, suscitados en el marco de la OMC. Acerca de estos casos, vid. en la web de la OMC (<http://www.wto.org/indexsp.htm>): Dispute DS316 (European Communities - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft) y Dispute DS353 (United States - Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft - Second Complaint).

16 Vid. A este respecto, las conclusiones, todavía provisionales, de Peretz, G./Bacon, K. (2016) "Paper on post-Brexit options for State aid" en United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA), 16 November 2016, disponible en: <http://uksala.org/paper-on-post-brexit-options-for-state-aid/>. Este comentario forma parte de los trabajos en curso en el seno del Brexit Competition Law Working Group (BCLWG), grupo de expertos bajo la dirección de Sir John Vickers, que analiza el proceso del Brexit y sus efectos y consecuencias, cuyas actividades se pueden consultar en <http://www.bclwg.org/> Vid. Asimismo, Nicolaidis, Ph. (2016) "Brexit and State Aid: The Day After", *State Aid Uncovered Blog*, Lexion, 27.06.2016. En: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/6529>

17 De conformidad con las disposiciones del artículo XVI del GATT de 1994 (Nota al artículo XVI), y las disposiciones de los anexos I a III del presente Acuerdo, no se considerarán subvenciones la exoneración, en favor de un producto exportado, de los derechos o impuestos que graven el producto similar cuando éste se destine al consumo interno, ni la remisión de estos derechos o impuestos en cuantías que no excedan de los totales adeudados o abonados.

iv) cuando un gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas en los incisos i) a iii) supra que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y la práctica no difiera, en ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos;

2.- Cuando haya alguna forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios en el sentido del artículo XVI del GATT de 1994; y con ello se otorgue un beneficio.

Asimismo, se aclara, en el punto 2º de dicho artículo 1 ASMC 1994 que la subvención, definida conforme al punto anterior solo estará sujeta a las disposiciones de la Parte II o a las disposiciones de las Partes III o V cuando sea específica con arreglo a las disposiciones del artículo 2.»

Por su parte, el Artículo 2 ASMC 1994 recoge el criterio de la especialidad, que guarda, como veremos, indudable conexión con el Principio de selectividad consagrado en la regulación de la Unión Europea. Esto es, que tenga destinatarios o beneficiarios concretos y determinados o determinables<sup>18</sup>.

Esta definición de «subvención» se complementa con tres listas que ofrece el propio ASMC 1994 en las que se distingue entre «subvenciones prohibidas (arts. 3 y 4)», «subvenciones recurribles (arts. 5 a 7)» y «subvenciones no recurribles (art. 8)»; que se corresponden, de acuerdo con el tradicional método del «semáforo», con los colores rojo, ámbar y verde.

No cabe duda de que poder disponer de un concepto razonablemente definido de «subvención», supuso un avance muy importante; y que el mismo fuera, en buena medida, comparable al de ayuda estatal, no lo fue menos. Sin embargo, el procedimiento diseñado en el ASMC 1994 y las medidas que se pueden adoptar para reaccionar frente a subvenciones contrarias a la OMC dista mucho de ser tan eficientes como las diseñadas en la UE. A este respecto, y aunque son muy numerosos los

---

18 El tenor literal del Artículo 2 ASMC 1994 es el siguiente: "2.1. Para determinar si una subvención, tal como se define en el párrafo 1 del artículo 1, es específica para una empresa o rama de producción o un grupo de empresas o ramas de producción (denominados en el presente Acuerdo "determinadas empresas") dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, se aplicarán los principios siguientes:

a) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, limite explícitamente el acceso a la subvención a determinadas empresas, tal subvención se considerará específica.

b) Cuando la autoridad otorgante, o la legislación en virtud de la cual actúe la autoridad otorgante, establezca criterios o condiciones objetivos que rijan el derecho a obtener la subvención y su cuantía, se considerará que no existe especificidad, siempre que el derecho sea automático y que se respeten estrictamente tales criterios o condiciones.

Los criterios o condiciones deberán estar claramente estipulados en una ley, reglamento u otro documento oficial de modo que se puedan verificar.

c) Si hay razones para creer que la subvención puede en realidad ser específica aun cuando de la aplicación de los principios enunciados en los apartados a) y b) resulte una apariencia de no especificidad, podrán considerarse otros factores. Esos factores son los siguientes: la utilización de un programa de subvenciones por un número limitado de determinadas empresas, la utilización predominante por determinadas empresas, la concesión de cantidades desproporcionadamente elevadas de subvenciones a determinadas empresas, y la forma en que la autoridad otorgante haya ejercido facultades discrecionales en la decisión de conceder una subvención. Al aplicar este apartado, se tendrá en cuenta el grado de diversificación de las actividades económicas dentro de la jurisdicción de la autoridad otorgante, así como el período durante el que se haya aplicado el programa de subvenciones.

2.2.- Se considerarán específicas las subvenciones que se limiten a determinadas empresas situadas en una región geográfica designada de la jurisdicción de la autoridad otorgante. Queda entendido que no se considerará subvención específica a los efectos del presente Acuerdo el establecimiento o la modificación de tipos impositivos de aplicación general por todos los niveles de gobierno facultados para hacerlo.

2.3.- Toda subvención comprendida en las disposiciones del artículo 3 se considerará específica.

2.4.- Las determinaciones de especificidad que se formulen de conformidad con las disposiciones del presente artículo deberán estar claramente fundamentadas en pruebas positivas.»

casos de disputas sobre subvenciones<sup>19</sup>, resultan especialmente esclarecedoras para los problemas que plantea el actual diseño del ASMC 1994, las disputas que en forma paralela enfrentaron a Estados Unidos y la Unión Europea por las subvenciones que recibieron Boeing<sup>20</sup>, en un caso, y Airbus<sup>21</sup>, por otro.

## **2.2. La COVID-19 y la crisis de la OMC: La iniciativa europea para controlar las ayudas de terceros PAÍSES**

La actual pandemia ha dado lugar a un inmenso número de medidas que podrían calificarse de ayudas o subvenciones, conforme a las normas de la OMC destinadas no sólo a atender a la emergencia sanitaria, como a sus consecuencias económicas y sociales para empresas y trabajadores. No tenemos constancia de que esta excepcional circunstancia haya tenido reflejo efectivo en el funcionamiento de la OMC en la materia<sup>22</sup>.

Al margen de esta cuestión, sin duda relevante pero excepcional, lo cierto es que ya con anterioridad, los mecanismos diseñados en el marco de la OMC para resolver, entre otras disputas, las suscitadas en el marco del ASMC 1994, habían demostrado estar necesitados de una reforma, acerca de la que se ha comenzado a hablar. Se trata de una cuestión de gran calado que, sin embargo, atendiendo al carácter del presente trabajo, no podemos abordar en detalle<sup>23</sup>. Baste señalar, no obstante, que, en la propuesta de Reglamento relativa a las subvenciones extranjeras en el Mercado Único, se apuntan claramente dificultades del actual marco de la OMC para dar satisfacción a las complejas circunstancias del comercio internacional y, en particular, a los problemas suscitados por las subvenciones procedentes de terceros países en la UE.

A este respecto, se constata en dicha propuesta cómo desde 2017, la UE ha participado activamente en conversaciones multilaterales con los Estados Unidos y Japón, cuyo papel fue decisivo en la creación de la OMC y en la actual redacción del ASMC 1994, con el objetivo de mejorar la cooperación multilateral en una serie de áreas clave, en el marco de las atribuciones conferidas a la OMC. Concretamente se destaca que el Consejo Europeo había otorgado a la Comisión un mandato «para perseguir la modernización de los objetivos para hacer que la OMC sea más pertinente y adaptable a un mundo cambiante, y fortalecer la eficacia de la OMC<sup>24</sup>».

---

19 Resulta de especial interés para conocer los casos planteado la edición actualizada de “Resúmenes de una página por caso” que acaba de publicar la OMC, disponible, de momento sólo en inglés: WTO, WTO Dispute Settlement: One-Page Case Summaries 1995–2020, 2021 Edtoin. Esta publicación puede descargarse en: [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/dispu\\_settl\\_1995\\_2020\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/dispu_settl_1995_2020_e.pdf)

20 Acerca del Caso Boeing en el ámbito de la OMC, véase la información recogida por la Comisión Europea en: <https://trade.ec.europa.eu/wtodispute/show.cfm?id=354&code=1>

21 Acerca del Caso Airbus en el ámbito de la OMC, véase la información recogida por la Comisión Europea en: <https://trade.ec.europa.eu/wtodispute/show.cfm?id=268&code=2>

22 Una búsqueda al respecto y una consulta a la propia OMC nos ha llevado únicamente a una página en el servidor oficial de dicha Organización: COVID-19 las propuestas, en la que se recopilan las propuestas y declaraciones de los Miembros de la OMC en relación con la COVID-19 y el comercio mundial. Disponible en: [https://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/covid19\\_s/proposals\\_s.htm](https://www.wto.org/spanish/tratop_s/covid19_s/proposals_s.htm)

23 En relación con dicha reforma, véase la nota de prensa de la Comisión Europea, «Reforma de la OMC: la UE presenta propuestas para impulsar el funcionamiento del Órgano de Apelación», de 26 de noviembre de 2018. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP\\_18\\_6529](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_6529). Asimismo, Schneider-Petsinger, M., «Reforming the World Trade Organization. Prospects for transatlantic cooperation and the global trade system», en: Research Paper, US and the Americas Programme, September 2020». Disponible en: <https://www.chathamhouse.org/sites/default/files/publications/research/2020-09-11-reforming-wto-schneider-petsinger.pdf> y DDG Wolff: «WTO reform is both necessary and feasible». Disponible en: [https://www.wto.org/english/news\\_e/news20\\_e/ddgaw\\_24nov20\\_e.htm](https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/ddgaw_24nov20_e.htm)

24 En la nota al pie número 9 de la citada propuesta de Reglamento se remite al documento *European Commission, Concept paper: WTO modernisation (September 2018)*. Este documento puede consultarse en [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc\\_157331.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/september/tradoc_157331.pdf) y la nota de prensa de su

Entre los hitos que se citan en dicha propuesta debemos destacar que, en enero de 2020, los altos representantes comerciales de la UE, los EE. UU. y Japón acordaron la necesidad de fortalecer la Organización Mundial del Comercio (OMC) y sus normas sobre subvenciones industriales<sup>25</sup>.

Además de esos esfuerzos conjuntos por reforzar la OMC, especialmente en materia de subvenciones, la Unión Europea ha optado también por acciones unilaterales, ya producido el Brexit. Nos referimos de manera especial a las medidas para controlar las subvenciones procedentes de terceros países en la Unión Europea, que quedan fuera de la actual regulación de la OMC a las que nos vamos a referir brevemente a continuación. Con ello, la UE manifiesta claramente su intención de comenzar a trabajar en el desarrollo de la normativa de la OMC para evitar las distorsiones competitivas debidas a la intervención estatal en la economía, incluidas las subvenciones industriales, como se indica en el anexo de la Comunicación sobre el comercio Revisión de políticas<sup>26</sup>.

Es sin duda, la crisis del actual marco regulatorio de las subvenciones en la OMC o, más propiamente, la incapacidad de los instrumentos diseñados en 1994 para hacer frente a los retos del presente lo que ha llevado a la Unión Europea a diseñar su propio marco normativo para controlar los efectos desfavorables que para la economía (y en buena medida, la independencia de la propia Unión Europea) derivan de determinadas subvenciones que procedentes de terceros países entran en la Unión Europea).

La preocupación de la Comisión Europea se hizo evidente – y entendemos que no por casualidad, en plena pandemia, con la publicación, el 17 de junio de 2020, del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el Mercado Único”<sup>27</sup>. Con dicho documento, la Comisión pretendía abrir un debate público que le permitiera recabar las opiniones y aportaciones de todas las partes interesadas sobre las diferentes alternativas que pudieran elegirse para hacer frente a un grave problema que con esta publicación se trasladaba a la sociedad de manera clara al someterlo formalmente a una consulta pública<sup>28</sup>, que estuvo abierta desde su publicación hasta el 23 de septiembre de 2020, con el fin de que le permitiera elaborar posibles propuestas legislativas en este ámbito.<sup>29</sup>

El Libro Blanco parte de una serie de evidencias<sup>30</sup> que de forma simple pueden resumirse en el hecho de que así como las ayudas o subvenciones (tomando la terminología de la OMC) concedidas por

---

presentación en: [file:///C:/Users/arodmig/Downloads/European\\_Commission\\_presents\\_comprehensive\\_approach\\_for\\_the\\_modernisation\\_of\\_the\\_World\\_Trade\\_Organisation.pdf](file:///C:/Users/arodmig/Downloads/European_Commission_presents_comprehensive_approach_for_the_modernisation_of_the_World_Trade_Organisation.pdf)

25 Se trata de la Declaración conjunta de la Reunión Trilateral de Ministros de Comercio de Japón, los Estados Unidos y la Unión Europea Washington, D.C., 14 de enero de 2020 (Joint Statement of the Trilateral Meeting of the Trade Ministers of Japan, the United States and the European Union). Este documento se puede consultar en: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc\\_158567.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2020/january/tradoc_158567.pdf)

26 La Comisión cita expresamente en la nota 11 de la citada propuesta el Annex to the Commission Communication, Trade Policy Review – An Open, Sustainable and Assertive Trade Policy (COM(2021) 66 final). Este documento puede consultarse en: [https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc\\_159439.pdf](https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2021/february/tradoc_159439.pdf)

27 Nos referimos al proceso iniciado con la publicación del “Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”, cuya consulta pública remató 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](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070)

28 Los resultados de dicha consulta pública se pueden consultar aquí: los [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/WP\\_foreign\\_subsidies2020\\_summary\\_public\\_consultation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/WP_foreign_subsidies2020_summary_public_consultation.pdf) y las Contribuciones a la consulta pública y Documentos anexos a las contribuciones en: [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign\\_subsidies.html](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies.html)

29 La DGCOMP ha abierto un sitio especial en su servidor web de competencia dedicado a este tema: [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign\\_subsidies.html](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/foreign_subsidies.html)

30 Con carácter previo a la lectura del propio Libro Blanco resulta de interés detenerse también en la lectura de la Nota de Prensa de la Comisión Europea de 17 de junio de 2020, “La Comisión adopta un Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”. Las menciones entrecomilladas que

los Estados miembros siempre han estado sujetas a las normas sobre ayudas estatales de la UE para evitar el falseamiento de la competencia, las subvenciones concedidas por gobiernos de países no miembros de la UE a empresas de la UE que parecen tener un impacto negativo cada vez mayor en la competencia en el mercado único, están fuera del control de las ayudas estatales de la UE.

Como señala además la propia Comisión Europea en la nota de prensa que acompañó a la publicación del Libro Blanco<sup>31</sup>, “existe un número creciente de casos en los que las subvenciones extranjeras parecen haber facilitado la adquisición de empresas de la UE o falseado las decisiones de inversión, las operaciones de mercado o las políticas de fijación de precios de sus beneficiarios, o la contratación pública, en detrimento de empresas no subvencionadas”, recordando expresamente que:

(...) las normas de defensa comercial existentes se refieren únicamente a las exportaciones de bienes procedentes de terceros países y, por tanto, no abordan todos los falseamientos causados por las subvenciones extranjeras concedidas por países no pertenecientes a la UE. Cuando las subvenciones extranjeras adoptan la forma de flujos financieros que facilitan las adquisiciones de empresas de la UE o apoyan directamente el funcionamiento de una empresa en la UE o facilitan la presentación de ofertas en un procedimiento de contratación pública, se constata la existencia de una laguna normativa.

Es, por tanto, a juicio de la Comisión, más una laguna normativa que un fallo del sistema de la OMC antes aludido, de ahí que también, entendemos, dicho sistema debería reformularse.

El Libro Blanco proponía diversas soluciones y pedía nuevas herramientas para colmar esa laguna normativa detectada y proponía diversos enfoques. La propuesta de Reglamento<sup>32</sup> finalmente presentada<sup>33</sup> tiene como finalidad básica colmar la laguna detectada respecto del control de las subvenciones otorgadas por terceros países en la Unión Europea. Pero su incidencia, para la Comisión, es todavía más amplia de lo que podría pensarse limitando el ámbito de las subvenciones a aquellas medidas que escapan a los artículos 107 a 109 TFUE, puesto que, como se detalla en la parte expositiva de la propuesta:

Esta propuesta aborda las distorsiones en el mercado interior causadas por las subvenciones extranjeras que caen fuera de la UE sobre ayudas estatales, control de concentraciones y normas antimonopolio. Complementa y es plenamente coherente con las normas de

---

siguen, salvo que se indique lo contrario, proceden de la misma. Esta nota puede consultarse en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_20\\_1070](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_1070). En dicha nota se exponen los antecedentes de esta aproximación a las subvenciones extranjeras en la UE señalando como Contexto de la presentación del Libro Blanco: “En las conclusiones del Consejo Europeo del 21 y 22 de marzo de 2019 se encomendó a la Comisión que identificara nuevos instrumentos para hacer frente a los efectos falseadores de las subvenciones extranjeras en el mercado único.

En su Comunicación «Una nueva estrategia industrial para Europa», de 10 de marzo de 2020, la Comisión confirmó que a mediados de 2020 adoptaría un Libro Blanco sobre un Instrumento de subvenciones extranjeras, a fin de abordar los efectos de falseamiento causados por las subvenciones extranjeras en el mercado único.”

- 31 Nos referimos a la ya citada Nota de Prensa de 17 de junio de 2020 titulada “La Comisión adopta un Libro Blanco sobre las subvenciones extranjeras en el mercado único”, disponible en [file:///C:/Users/arodmig/Downloads/La\\_Comisi\\_n\\_adopta\\_un\\_Libro\\_Blanco\\_sobre\\_las\\_subvenciones\\_extranjeras\\_en\\_el\\_mercado\\_nico.pdf](file:///C:/Users/arodmig/Downloads/La_Comisi_n_adopta_un_Libro_Blanco_sobre_las_subvenciones_extranjeras_en_el_mercado_nico.pdf)
- 32 La propuesta de Reglamento se puede consultar en: [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal\\_for\\_regulation.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/proposal_for_regulation.pdf) y el Informe de evaluación de impacto, presentado junto a la misma, en: [https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact\\_assessment\\_report.pdf](https://ec.europa.eu/competition/international/overview/impact_assessment_report.pdf)
- 33 Para un primer comentario de esta propuesta de reglamento, véase: Modrall, J. (2021) “Anti-Subsidy Regulation – A New Big Stick in the EU Regulatory Arsenal”, *Kluwer Competition Law Blog*, May 6, 2021, disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/05/06/anti-subsidy-regulation-a-new-big-stick-in-the-eu-regulatory-arsenal/>

competencia existentes. Aborda los efectos perjudiciales de distorsión subvenciones extranjeras en los casos de concentraciones y contratación pública ex ante, sin limitar la capacidad de la UE para intervenir ex post en otras situaciones del mercado, incluso en concentraciones y procedimientos de contratación pública.

A nadie se le oculta la delicada cuestión que la Comisión ha decidido abordar ahora sí a través de una norma de aplicación directa como es un reglamento, en un contexto de pandemia y de guerra comercial en diferentes frentes (Estados Unidos/China, Estados Unidos/Unión Europea), así como las eventuales consecuencias de dicha política europea activa respecto de las empresas que sostiene con dichos fondos empleos en Europa. Sin olvidar, obviamente, las diferencias políticas existentes entre los actuales bloques económicos respecto de los que se suscita el conflicto.

La propuesta justifica que se acuda a un instrumento tan poderoso como un reglamento afirmando<sup>34</sup> que solo un instrumento legislativo puede abordar eficazmente los problemas identificados. Un reglamento es necesario, ya que es directamente aplicable en los Estados miembros, establece el mismo nivel de derechos y obligaciones para los particulares, y permite la aplicación coherente y eficaz de las normas en toda la UE. La idea que entendemos late además sobre la elección de este instrumento es que ningún Estado, ni tan siquiera los que se reputan “paraísos fiscales” o aquellos tentados a recibir más subvenciones de esta naturaleza puedan hacerlo de forma diferente.

La Comisión es clara y explícita además al ofrecer las cuatro alternativas que se habrían barajado antes de acometer la elaboración de un reglamento.

Sin poder entrar en detalle y tal y como resume la propia Comisión en la nota de prensa que acompañó la publicación de la propuesta de nuevo Reglamento<sup>35</sup>, en la misma se propone la introducción de tres herramientas o instrumentos. Dos basados en la notificación y una herramienta general de investigación de mercado. Lo resume esquemáticamente del modo siguiente:

Una herramienta basada en la notificación para investigar las concentraciones que impliquen una contribución del Gobierno de un país tercero, cuando el volumen de negocios en la UE de la empresa que vaya a adquirirse sea igual o superior a 500 millones de euros y las contribuciones financieras extranjeras asciendan como mínimo a 50 millones de euros;

una herramienta basada en la notificación para investigar las ofertas en licitaciones públicas que impliquen una contribución financiera del Gobierno de un país tercero, cuando el valor del contrato de la licitación sea igual o superior a 250 millones de euros; y una herramienta para investigar todas las demás situaciones del mercado y las concentraciones y los procedimientos de contratación pública de menos valor, que la Comisión puede investigar por propia iniciativa (ex officio) y solicitar ad hoc.

La propuesta acaba de iniciar su andadura y no dudamos que como las que ha iniciado a tramitar la Unión Europea en relación con la revolución digital son decisivas para el futuro no sólo de la Unión Europea, sino de la sociedad cuya evolución solo atisbamos a percibir.

### **3. LAS AYUDAS PÚBLICAS EN LA UNIÓN EUROPEA: LA RESPUESTA EUROPEA A LA CRISIS**

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la atención por las ayudas de Estado y su incidencia en el funcionamiento competitivo de los mercados ha sido desde un principio una pieza clave de

34 Apartado 2, “LEGAL BASIS, SUBSIDIARITY AND PROPORTIONALITY”, punto “Choice of instrument”, Prop. Reg, p. 7.

35 Cfr la nota de prensa titulada “La Comisión propone un nuevo Reglamento para hacer frente a las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado único\*”, de 5 de mayo de 2021, disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip\\_21\\_1982](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_1982)

la construcción europea. Esta idea y su articulación se recogía ya en el primero de los Tratados fundacionales, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (Tratado CECA o TCECA), de 1951, hoy derogado, que se limitaba a prohibirlas, de forma radical y absoluta en el ámbito cubierto por el mismo, que no era otro que el del carbón y el acero<sup>36</sup>. Pero ha sido en el marco general del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), de 1957 y sus evoluciones posteriores hasta el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) donde ha adquirido los perfiles actuales que, sin apenas cambios en la redacción de los preceptos básicos deben buena parte de su evolución a la labor de la Comisión Europea bajo la supervisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

### 3.1. El marco general de las ayudas de Estado en la Unión Europea

La experiencia adquirida con el Tratado CECA hizo que el Tratado CEE, aprobado sólo seis años después, reemplazara la prohibición absoluta e incondicionada prevista inicialmente en aquel, por la que con acierto se denominó "incompatibilidad de principio"<sup>37</sup> de aquellas medidas que calificadas como ayudas estatales al reunir las condiciones del artículo 107.1 TFUE, esto es, 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 la medida en que afectasen a los intercambios comerciales entre los Estados miembros y salvo que el propio Tratado dispusiera otra cosa.

Tras la aprobación del actual TFUE, los preceptos básicos son los arts. 107 a 108 TFUE<sup>38</sup>, si bien, esta regulación general se complementa con las reglas especiales que el propio TFUE recoge para el sector agrario, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) y las actividades relacionadas con los intereses generales de la seguridad y la defensa<sup>39</sup>.

Las previsiones del Derecho originario se han desarrollado tanto por normas de Derecho derivado (reglamentos, directivas y decisiones) como acudiendo a la técnica del *Soft Law*, algo muy común en el ámbito del Derecho europeo de la competencia; es decir, a través de la publicación de comunicaciones e incluso cartas dirigidas a los Estados miembros, en las que la Comisión expone cómo procede a aplicar las previsiones en materia de ayudas estatales, de acuerdo con los criterios

---

36 Debemos destacar, sin embargo, que el Tratado CECA no regulaba todas las ayudas a la siderurgia, ya que existían subsectores de la misma que se acogieron desde un principio al Tratado CE. Vid. la Comunicación de la Comisión relativa a la delimitación de determinados sectores siderúrgicos no regulados en el Tratado CECA (DO C 320, de 13.12.1988, pág. 3).

37 Como apunta HERMITTE, MARIE ANGÈLE. («Aides des Etats membres-compatibilité des aides des Etats membres avec le Droit communautaire», en *JCE*, vol. III, fasc. 675, 1989, pág. 2), esta incompatibilidad de principio adquiere en el Derecho comunitario un sentido particular, ya que no significa tanto que las excepciones a la incompatibilidad sean raras, sino más bien que son concedidas por la Comisión de manera individualizada, en la medida en que son el instrumento de una política económica de reestructuración del tejido industrial según las normas más competitivas. En términos parecidos, KEPPELNE, JEAN PAUL (*Guide des aides d'Etat en Droit communautaire. Reglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999, págs. 8 y 9) señala como en la práctica la incompatibilidad fue más la excepción que la regla general.

38 Tras la desaparición del TCECA el 23 de julio de 2002, al no decidir los Estados miembros alterar el plazo de cincuenta años que se había previsto para su vigencia, son las normas contenidas en el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), sucesor del TCEE, las que regulan las ayudas estatales en el marco de la Unión Europea. Vid. Rodríguez Miguez, J. A. (2003), "Panorámica del Derecho comunitario de la competencia tras la desaparición del Tratado CECA", en *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados*, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo, núm. 22, diciembre 2003, pp. 11-15.

39 Para un análisis en detalle de estas reglas especiales, vid. *tarios*, pp. 351-378. Arpio Santacruz, J. L. (2014) "Las Ayudas Públicas", en García-Cruces, J. A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 419-602.

que la jurisprudencia europea ha ido estableciendo<sup>40</sup>. No debemos olvidar, sin embargo, que como ha reconocido la propia jurisprudencia, lo consignado en estas comunicaciones no representa un auténtico «puerto seguro» si se oponen al Derecho primario o secundario en la materia<sup>41</sup>.

La Unión Europea y, más concretamente, la Comisión Europea, respondió de manera inmediata a la crisis sanitaria y a sus efectos previsibles sobre la economía, acudiendo a un instrumento de *Soft Law* en materia de ayudas estatales, haciéndolo de forma más amplia y rápida que como ya lo había hecho en 2008 ante la crisis financiera que también devino en aquella ocasión en una crisis económica y social.

Dado el carácter de este trabajo abordaremos brevemente esta respuesta, tanto en lo que respecta a la flexibilización de las reglas sobre ayudas otorgadas por los Estados (“Ayudas estatales”, propiamente dichas), como en las medidas adoptadas para conceder apoyo financiero a los Estados Miembros (a las que denominamos “Ayudas a los Estados”).

En las actuales circunstancias de crisis derivada de la pandemia, como ya ocurriera en 2008 con la crisis financiera, el control de las ayudas estatales vuelve a ser esencial desde la perspectiva de la competencia para el mantenimiento del Mercado interior y, en buena medida, el futuro de la propia Unión Europea.

En efecto, a pesar de la rotundidad del artículo 107.1 TFUE su redacción recogió la lección aprendida en la crisis de los sectores del carbón y del acero de los años posteriores a la aprobación del Tratado CECA de forma tal que el sistema general se dotó de una gran flexibilidad de la que la Comisión ya supo hacer uso en 2008 y que de forma más rápida e intensa ha hecho uso a partir de 2020 para reaccionar ante la pandemia.

En efecto, ya desde 1957 la prohibición general del citado artículo 107.1 TFUE se completa en sus dos apartados siguientes, el 2º y el 3º, con una serie de excepciones dirigidas a aquellas medidas que aun siendo calificadas como ayudas estatales al reunir las condiciones enunciadas en aquel serán autorizadas de forma “casi automática” (artículo 107.2 TFUE), o podrán serlo (artículo 107.3 TFUE), si la Comisión Europea aprecia que se dan las condiciones previstas en cada una de las respectivas excepciones que, aun reconociendo un alto grado de discrecionalidad, habrán de ser interpretadas de forma restrictiva por la Comisión<sup>42</sup>. Es por ello necesario recordar que, así como el concepto de ayuda estatal puede ser apreciado por los tribunales nacionales, la compatibilidad de las ayudas es una competencia exclusiva de la Comisión Europea, aunque su apreciación se somete a la revisión judicial<sup>43</sup>.

---

40 La legislación en materia de ayudas estatales puede consultarse en la web oficial de la DGCOMP, en la dirección: [http://ec.europa.eu/competition/state\\_aid/legislation/legislation.html](http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html)

41 Así se infiere del pronunciamiento del TJ en sede prejudicial en su sentencia 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros*, Asunto C 226/11, apartado 33.

42 Acerca de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, vid. Urraca Cavboedes, C. (2017), “El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales”, en Beneyto Pérez, J. M./Maillo González-Orus, J.: *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, pp. 243-279.

43 Así se recoge claramente en el punto 10 de la reciente “Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 305, de 30.7.2021, p. 1): 10) De ello se deduce que la aplicación del sistema de control de las ayudas estatales, del que la disposición del artículo 108, apartado 3, del TFUE constituye un elemento fundamental, corresponde tanto a la Comisión como a los órganos jurisdiccionales nacionales, ya que sus funciones respectivas son complementarias pero distintas. Si bien la Comisión tiene competencia exclusiva para evaluar la compatibilidad de las medidas de ayuda con el mercado interior, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar los derechos de los particulares ante una posible infracción del artículo 108, apartado 3, del TFUE (14).”

De este modo, conforme al artículo 107.2 TFUE “serán compatibles con el mercado interior”, esto es, deben ser autorizadas si se dan los correspondientes supuestos de hecho:

- 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; y
- 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.

El grado de discrecionalidad es mayor para la Comisión en los supuestos que se recogen en el Artículo 107.3 TFUE, conforme al cual, la Comisión -y solo ella- podrá declarar compatibles las ayudas previamente declaradas en una serie de supuestos especialmente abiertos desde su redacción inicial de 1957 cuya esencia ha permanecido inalterada. Estos supuestos son, en la redacción prácticamente inalterada desde 1957, los siguientes:

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

Como tendremos ocasión de ver, la Comisión va a aprovechar la amplitud de los términos, cuya literalidad hemos reproducido, de ambas categorías de excepciones para autorizar como compatibles una pluralidad de ayudas en el contexto de la crisis sanitaria y económica generada por la Covid-19, como en su día hizo con la crisis financiera, demostrando que la flexibilidad es una de las características intrínsecas del sistema de control europeo de las ayudas estatales, tanto para atajar la crisis, como para promover la recuperación de la crisis económica generada por aquélla.

Además del tratamiento singular que se prevé para el sector agrario, el transporte, las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés económico general (SIEG) y las actividades

relacionadas con los intereses generales de la seguridad y la defensa<sup>44</sup>, el sistema se articula a través del mecanismo general de la preceptiva notificación previa a la Comisión Europea<sup>45</sup> que, no obstante, se ha ido flexibilizando progresivamente a través de la admisión en sede de ayudas estatales de instrumentos tomadas de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE como la regla “de minimis”<sup>46</sup> y las “exenciones por categorías”<sup>47</sup>.

Es preciso destacar además que, junto al papel predominante de la Comisión Europea en el control de las ayudas estatales, ha adquirido cada vez mayor protagonismo el que pueden desempeñar las autoridades judiciales nacionales, en lo que se conoce como «Aplicación privada» («Private Enforcement») o «Aplicación judicial» en materia de ayudas de Estado<sup>48</sup>.

### 3.2. El marco temporal excepcional para hacer frente a la crisis y la Covid-19

Al igual que hiciera a partir de 2008 con el denominado “Paquete bancario”<sup>49</sup> aprobado por la Comisión Europea a raíz del estado de la crisis financiera<sup>50</sup>, la Comisión Europea flexibilizó de

---

44 Para un análisis en detalle de estas reglas especiales, vid. *tarios*, pp. 351-378. Arpio Santacruz, J. L. (2014) op. cit., en concreto, págs. 429-448.

45 A diferencia de lo que ocurrió con los artículos 101 y 103 TFUE, la Comisión no dispuso de habilitación para desarrollar el Artículo 108 TFUE hasta la aprobación del Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, conocido como “Reglamento de habilitación”, (DO L 142, de 14.5.1998, p. 1), hoy reemplazado por el Reglamento (UE) 2015/1588 del Consejo, de 13 de julio de 2015, sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de ayudas estatales horizontales (DO L 248 de 24.9.2015, p. 1). Y no dispuso tampoco de más reglas de procedimiento que la contenidas en el Artículo 108 TFUE, y las aportaciones de la jurisprudencia hasta la aprobación del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 (DO L 83, de 27.3.1999, p. 1.), hoy reemplazado por Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DO L 248 de 24.9.2015, p. 9).

46 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 6.3.1996, 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 24.12.2013, p. 1).

47 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 26.6.2014, 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 1.7.2014, 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 24.12.2014, p. 37).

48 Cfr. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 305, de 30.7.2021, p. 1). Esta comunicación ha desarrollado notablemente este campo.

49 Cfr. Rodríguez Miguez, J. A.: (2013) “Ayudas a la Banca y Crisis Financiera en España”, en *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h. c. José Antonio Gómez Segade*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 545 a 559 y Rodríguez Miguez, J. A. (2013) “Una aproximación a los rescates bancarios desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales. ¿un crimen sin castigo?”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n° 35, marzo, 2013, IUSTEL, Madrid, pp. 58-67.

50 Entre otros, Rodríguez Miguez, J. A. (2013) “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso Credit Lyonnais a la luz de la actual crisis mundial”, en *Revista de Derecho*

forma rápida y progresiva las reglas aplicables a las ayudas estatales en el contexto de la pandemia adoptando un marco temporal y excepcional que le ha permitido nuevamente autorizar medidas que en otras circunstancias habrían sido prohibidas o sometidas a severas limitaciones. 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”<sup>51</sup> o el Reglamento General de Excepción por Categorías<sup>52</sup> que desarrolla, como veremos, algunos supuestos excepcionales derivados de catástrofes naturales. Veamos cuál es su base jurídica, sus beneficiarios y las ayudas autorizables.

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”<sup>53</sup> (en adelante, “MTAE”<sup>54</sup>), cuya actual redacción incorpora las modificaciones introducidas a través de seis revisiones sucesivas: efectuadas

---

Bancario y Bursátil, n° 117, Lex Nova, enero-marzo, 2010, pp. 161-190 y (2013) “Ayudas a la Banca y Crisis Financiera en España”, en 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](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html)

- 51 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 6.3.1996, 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 24.12.2013, p. 1).
- 52 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 26.6.2014, 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 1.7.2014, 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 24.12.2014, p. 37).
- 53 DO C 91, de 20.3.2020, p. 1. Casi al mismo tiempo la Comisión aprobó también la Comunicación titulada “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 8.4.2020, 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” (<https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>) y OECD competition policy responses to COVID-19 (<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 entrew empresas, vid. Rodríguez Miguez, J. A. (2020) “Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias”, en *Misión Jurídica: Revista de derecho y ciencias sociales*, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Vol. 12, Bogotá, Colombia, 2020, pp. 155-182.
- 54 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](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)

el 3.4.2020<sup>55</sup> (1RMTAE), el 8.5.2020<sup>56</sup> (2RMTAE), el 2.7.2020<sup>57</sup> (3RMTAE), el 13.10.2020<sup>58</sup> (4RMTAE), el 1.2.2021 (5RMTAE) y al menos hasta ahora, el 18.11.2021 (6RMTAE)<sup>59</sup>.

Conforme al mismo, la Comisión ha podido autorizar inicialmente medidas excepcionales sobre la base de los artículos 107.2.b) TFUE (“las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional”)<sup>60</sup>, y del 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 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”). La posibilidad de excepcionar ayudas regionales en el marco Covid al amparo del artículo 107.3.c) TFUE no se hizo expresa y efectiva hasta la 6RMTAE al introducir las medidas 13 y 14 al catálogo de ayudas que pueden ser consideradas compatibles.

La relación completa<sup>61</sup> de las actuales 12 medidas sobre las que la Comisión apunta pautas específicas para admitir su compatibilidad son las siguientes<sup>62</sup>:

1. Importes limitados de ayuda (puntos 21 a 23Ter<sup>63</sup> 6MTAE. 18.11.2021)
2. Garantías de préstamos (puntos 24 a 25Bis 6RMTAE. 18.11.2021)
3. Bonificación de los tipos de interés de los préstamos (Puntos 26 a 27Bis 6RMTAE. 18.11.2021)
4. Garantías y préstamos canalizados a través de entidades financieras (Puntos 20 a 31 6RMTAE. 18.11.2021)

---

55 DO C 1121 de 4.4.2020, p. 1.

56 DO C 164, 13.5.2020, p. 3.

57 DO C 2018, de 2.7.2020, p. 3. Esta tercera revisión del MTAE (3RMTAE) entró en vigor el 29 de junio de 2020. Esta revisión es comentada por Nicolaidis, P. (2020) “Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines”, en *State Aid Uncovered Blog*, Lexion, 7. July 2020. Disponible en: <https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/> y por Wilson, T./Gnatzy, P./Cranley, S. (2020) “The EC’s third amendment to the State aid Temporary Framework”, en *Kluwer Competition Law Blog*, July 7, 2020. Texto disponible en: <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>

58 DO C 340 I, de 13.10.2020, p. 1. Los 20 primeros puntos de esta Comunicación son un diagnóstico de la situación a octubre de 2020.

59 En esta 6RMTAE, la Comisión revisaría nuevamente el marco temporal (6RMTAE), prolongando los plazos de alguna de las medidas ya incorporadas al mismo, así como añadiendo dos nuevos instrumentos de ayuda cuya compatibilidad se admite si se cumplen las condiciones establecidas por la Comisión. La consulta de la versión consolidada, no oficial, del marco temporal tras la 6RMTAE puede hacerse en la web oficial de la DGCOMP, en la dirección: [https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en) (solo disponible en inglés). Para un breve comentario de esta 6RMTAE, véase Nicolaidis, Ph (2021) “6th Revision of the Temporary Framework for Covid-19 State Aid”, *State Aid Blog*, Lexion, 23. November 2021, disponible en [https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/6th-revision-of-the-temporary-framework-for-covid-19-state-aid/?utm\\_source=NL&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=BlogA](https://www.lexion.eu/en/stateaidpost/6th-revision-of-the-temporary-framework-for-covid-19-state-aid/?utm_source=NL&utm_medium=email&utm_campaign=BlogA)

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

61 La 6RMTAE ha incorporado dos nuevos instrumentos de ayuda en los que ya no podemos entrar. Se trata de: 13. Apoyo a la inversión hacia una recuperación sostenible y 14. Apoyo a la solvencia.

62 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 que resulta 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](https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/covid_19.html)

63 La numeración que se indica se corresponde con la 6RMTAE. Las 5 primeras medidas provienen del MTAE original, de la 6 a la 10 de la 1RMTAE, la 11 de la 2RMTAE, la 12 de la 4RMTAE y las 13 y 14 de la 6RMTAE.

5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo (Puntos 32 y 33 6RMTAE. 18.11.2021)
6. Inversiones en Investigación y desarrollo relacionado con la COVID-19 (1 RMTAE. Puntos 34 y 35 6MTAE. 18.11.2021)
7. Inversiones en Infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (1RMTAE. Puntos 35 y 37 6RMTAE. 18,11,2021)
8. Inversiones para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (Puntos 38 y 39 6RMTAE. 18.11.2021)
9. Aplazamientos de pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social (1RMTAE. Puntos 40 y 41 6RMTAE. 18.11.2021)
10. Subsidios salariales durante el brote de COVID-19 (1RMTAE. Puntos 42 a 43Bis 6MTAE. 18.11.2021)6MTAE. 18.11.2021)
11. Medidas de recapitalización (2RMTAE. Puntos 44 a 85 6RMTAE. 18.11.2021)<sup>64</sup>
12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos (5RMTAE. Punto 87 6RMTAE. 18.11.2021)
13. Apoyo a la inversión hacia una recuperación sostenible (6RMTAE. Puntos 88 a 976RMTAE. 18.11.2021)
14. Apoyo a la solvencia (6RTAE- Puntos 98 a 102 6RMTAE. 18.11.2021)6RMTAE).

Estas 14 medidas, en cuyo detalle no podemos entrar<sup>65</sup>, se pueden clasificar atendiendo a su finalidad principal y a sus características comunes en 4 grupos:

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

<sup>64</sup> Estas medidas se hicieron esperar un poco. La Comisión asume la noción amplia de capital, que fue la tesis que sostuvimos en Rodríguez Miguez, J. A. (2003) *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, España. Disponible en: <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf> y que mantenemos en Rodríguez Miguez, J. A.: "Clarifying the Applicability of the Private Investor Test. Annotation on the Judgment of the General Court (Third Chamber) of 16 January 2018 in Case T-747/15 EDF v Commission", en *European State Aid Law Quarterly (ESTAL)*, Lexxion, n° 2, 2018, Vol. 17, pp. 290-297. <https://estal.lexxion.eu/article/ESTAL/2018/2/13>.

<sup>65</sup> Existen pocos comentarios de ese MTAE y su actualización resulta compleja dadas las sucesivas reformas, por lo que en este aspecto son una buena fuente de información los posts de especialistas que comentan cada una de las revisiones. Algunas de ellas son citadas en este trabajo. Como comentarios generales podemos citar: Álvarez Suárez, M./Domínguez Viera, J./Garrosa Fernández, P. (2020) "Ayudas de estado y COVID-19. Nuevos desafíos para el mercado interior", en *Economía industrial*, N° 417 (Ejemplar dedicado a: Emprendimiento digital), Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, España, pp. 163-173. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8005356> asimismo creo oportuno citar mis propios trabajos: Rodríguez Miguez, J. A. (2020) "Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control", en *Anuario de la Competencia 2019*, Fundación IC O/Universidad Autónoma de Barcelona, Madrid, 2020, pp. 167 a 204 ISBN: 9788449028410. <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/fb8e6f7f08b881c26d5de3057cd4456a18986e50.pdf> "Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis", *Revista da Escola Galega de Administración Pública-REGAP*, ISSN-L: 1132-8371, N° 60, julio-diciembre, Santiago de Compostela, 2020, pp. 369 a 400. Disponible en: <https://egap.xunta.gal>

- 2) Ayudas a la inversión vinculados a la lucha contra el COVID-19 (6-8) y hacia una recuperación sostenible (13)
- 3) Ayudas sociales (9-10) y
- 4) Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas y su solvencia (11, 12 y 14)<sup>66</sup>.

No cabe en este trabajo precisar el contenido de cada una de estas medidas, baste señalar que suponen una ampliación respecto de las posibilidades anteriores a la crisis y que esta circunstancia hace que su vigencia sea temporal, aunque haya sido ampliada en el tiempo. Asimismo, se establecen cautelas respecto de las empresas en crisis al 31.12.2019, con salvaguardas específicas, a partir de la 3RNTAE a favor de las microempresas y las PYMES.

Resulta evidente que los Estados miembros no tienen la misma capacidad económica para aprovechar este Marco Temporal. Esta afirmación, incuestionable en términos cuantitativos no debe hacernos ignorar que lo realmente decisivo en la utilización lo más eficiente que se pueda de los fondos de que se pueda disponer, sin olvidar, como veremos de inmediato, los nuevos fondos que, procedentes de la UE, recibirán algunos países miembros<sup>67</sup>.

### 3.3. Las ayudas públicas europeas excepcionales a los Estados Miembros

La magnitud de la crisis sanitaria y sus consecuencias económico-sociales han llevado a la Unión Europea a reconducir los instrumentos financieros ya existentes y a diseñar instrumentos específicos, que vienen a sumarse a los anteriores, cuyas posibilidades han sido aprovechadas en todo lo que era posible dado lo avanzado de su ejecución presupuestaria (período 2014/2020)<sup>68</sup>.

Con esa finalidad, se ha preparado el nuevo marco presupuestario 2021/2027, dotándolo de instrumentos financieros nuevos destinados a banalizar nuevos fondos a través de las prioridades presupuestarias que se habían aprobado, con el objetivo de que permitan recuperar la economía europea, especialmente de los países más castigados por la pandemia.

De este modo, ya en mayo de 2020, la Comisión propuso un paquete a gran escala de medidas ("Plan de recuperación para Europa"<sup>69</sup>) 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)<sup>70</sup> 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.

66 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).

67 Para un seguimiento de la aplicación del MTAE puede consultarse la web de la Comisión Europea en la dirección: [https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework\\_en](https://ec.europa.eu/competition-policy/state-aid/coronavirus/temporary-framework_en)

68 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.

69 Cfr. [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe\\_es](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe_es)

70 Cfr. [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe/pillars-next-generation-eu\\_es](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/health/coronavirus-response/recovery-plan-europe/pillars-next-generation-eu_es)

Tras obtener el respaldo político imprescindible, que se obtuvo *in extremis* en el Consejo Europeo del 17-21 de julio de 2020<sup>71</sup>, se inicia el camino del Plan con el que la Comisión apuesta por la inversión, tanto pública como privada para remediar los daños de la pandemia a través de dos elementos fundamentales, que sumarán previsiblemente 1,8 billones de euros según la información actual:

- El Instrumento de Recuperación (temporal) Next Generation EU, por valor de 750.000 millones de euros, financiado a través de deuda emitida en los mercados financieros; y
- Un marco financiero plurianual (MFP) para 2021-2027 remodelado y reforzado, a través de los instrumentos ya existentes, junto con la creación de nuevas medidas y programas, incluyendo el mecanismo «Next Generation EU».

El instrumento financiero europeo más importante es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR) para cuya creación se aprobó por el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.<sup>72</sup>

El Mecanismo<sup>73</sup> facilita a los 27 Estados miembros apoyo a través de transferencias directas y préstamos para incrementar las inversiones públicas y acometer reformas que contribuyan a la recuperación de la economía y el empleo y se orienten a abordar los principales retos económicos y sociales post Covid.

Está dotado con 672.500 millones de euros para apoyar las reformas e inversiones emprendidas por los países de la UE desde febrero de 2020. A través de este mecanismo, España accederá a un total de 140.000 millones de euros entre 2021 y 2026, de los cuales cerca de 70.000 millones serán en forma de transferencias.

La asignación a cada uno de los países se ha calculado a partir de indicadores demográficos, del PIB per cápita, la tasa de desempleo media de los últimos 5 años y la caída económica como consecuencia de la pandemia. Los fondos del MRR se conceden en dos tramos: un 70% sobre indicadores anteriores a la emergencia sanitaria y el restante 30% que se decidirá en 2022 en función de la evolución económica entre 2020 y 2021.

Para poder acogerse al MRR, los Estados miembros deben presentar Planes nacionales de recuperación y resiliencia en los que se definen programas de actuación con el objetivo de intensificar el potencial de crecimiento, la creación de empleo y la resiliencia económica y social, así como de acelerar las transiciones ecológica y digital.

Los Planes deben incluir estrategias detalladas para afrontar los retos específicos de cada Estado miembro identificados en los más recientes informes del Semestre Europeo. Además, estos planes deben cumplir con las siguientes condiciones:

- Deben dedicar al menos el 37% del gasto total a inversiones y reformas que apoyen los objetivos de la acción por el clima.
- Deben dedicar un mínimo del 20% del gasto a apoyar la transición digital.

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

72 DO L 57, de 18.2.2021, p.17. <https://www.boe.es/doue/2021/057/L00017-00075.pdf>

73 Seguimos en este punto la información recogida en: <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/fondos-europeos.aspx>

- Todas las inversiones y reformas deben respetar el principio de no causar daños significativos al medio ambiente.
- Deberán proponer medidas firmes para proteger los intereses financieros de la Unión, especialmente para prevenir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses.

### **3.3.1. Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT–UE)**

Nueva iniciativa, dotada con 47.500 millones de euros, que continúa y amplía las medidas de respuesta y reparación de las crisis aplicadas a través de la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus y la Iniciativa de Inversión en Respuesta al Coronavirus Plus. Estos recursos se ejecutarán a través del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), el Fondo Social Europeo (FSE) y el Fondo de Ayuda Europea para las Personas Más Desfavorecidas (FEAD).

Next Generation EU también aportará fondos adicionales a otros programas o fondos europeos, como Horizonte 2020, *InvestEU*, el Fondo Europeo Agrario de Desarrollo Rural (FEADER) o el Fondo de Transición Justa (FTJ).

Además del Next Generation EU, el Consejo Europeo aprobó el Marco Financiero Plurianual 2021-2027 para un total de 1,8 billones de euros incluyendo el MRR. Todo ello se suma a los 540.000 millones de euros en provisión de liquidez puesta en marcha en primavera de 2020 mediante tres instrumentos:

- SURE, cuyo objetivo es la protección de los trabajadores y del que España recibirá 21.000 millones de euros para financiar los ERTE, la prestación extraordinaria para autónomos y las incapacidades laborales derivadas de la pandemia.
- Fondo paneuropeo de garantías del Banco Europeo de Inversiones (BEI) orientado a fortalecer la solvencia de las empresas.
- Mecanismo Europeo de Estabilidad (MEDE) mediante la línea de crédito para los Estados miembros para gastos asociados a la pandemia.

En el caso de España, se aprobó el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, con el objetivo de “establecer las disposiciones generales precisas para facilitar la programación, presupuestación, gestión y ejecución de las actuaciones financiables con fondos europeos, en especial los provenientes del Instrumento Europeo de Recuperación, aprobado por el Consejo Europeo del pasado 21 de julio de 2020 con la finalidad de impulsar el crecimiento económico y la creación de empleo, recuperar y reparar los daños de la crisis ocasionada por la pandemia del SARS-CoV-2, y promover un proceso de transformación estructural mediante el impulso de la inversión pública y privada y el apoyo al tejido productivo, la aceleración de la doble transición ecológica y digital, y el refuerzo y aumento de la resiliencia y de la cohesión económica, social y territorial en el marco del mercado único europeo.”<sup>74</sup>

El Reino de España ha presentado ya a la Unión Europea su Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia: “España Puede” (y ya se ha autorizado en diciembre de 2021 el pago del primer tramo de fondos) que se estructura en torno a cuatro ejes transversales que vertebrarían la transformación del conjunto de la economía española, alineándose con las agendas estratégicas de la UE, la

<sup>74</sup> Cfr. Artículo 1.1 del Real Decreto-Ley 36/2020. Para un análisis de esta norma y del proceso de gestión de estos fondos son interesantes, entre otras, las siguientes direcciones: <https://www.pwc.es/es/fondos-europeos-next-generation.html>

Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas: la transición ecológica, la transformación digital, la igualdad de género y la cohesión social y territorial. Estos ejes guiarán todo el proceso de recuperación, inspirando las reformas estructurales y las inversiones que se pongan en marcha, con el objetivo último de recuperar el crecimiento, fomentar la creación de empresas y acelerar la generación de empleo<sup>75</sup>.

El pasado 16 de junio de 2021, la Comisión Europea hacía publicar la aprobación del plan de recuperación y resiliencia de España por valor de 69 500 millones de euros<sup>76</sup>, publicándose el 1 de julio de 2021 una "Guía básica plan de recuperación, transformación y resiliencia"<sup>77</sup>, estando a la fecha de redacción de estas líneas iniciados los trámites para obtener la financiación europea.

No debemos olvidar que estas ayudas financiadas con fondos europeos, como cualquier otra medida deben pasar el filtro y las excepciones previstas para las ayudas de Estado<sup>78</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión ha impulsado una reforma del Reglamento General sobre Exenciones por Categorías en materia de Ayudas de Estado (RGEC)<sup>79</sup> permitiendo a los Estados miembros aplicar determinadas medidas de ayuda sin un examen previo de la Comisión. Las normas revisadas se refieren en concreto a: i) las ayudas concedidas por las autoridades nacionales a proyectos financiados a través de determinados programas de gestión centralizada de la UE con arreglo al nuevo marco financiero plurianual; y ii) determinadas medidas de ayuda estatal que apoyan la transición ecológica y digital y son, al mismo tiempo, pertinentes para la recuperación de los efectos económicos de la pandemia de coronavirus.

#### **4. EL CONTROL NACIONAL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS: LOS CASOS DE ESPAÑA Y EL REINO UNIDO**

Al margen de la dimensión internacional (global o regional) del control de las ayudas públicas que hemos examinado, circunscrito como hemos destacado a ámbitos específicos como el comercio internacional, de la mano de la OMC, con notables limitaciones conceptuales y de diseño o, en áreas geográfica y políticamente definidas como la Unión Europea, lo cierto es que no ha existido ni existe todavía un régimen comparable que examine la legalidad de su otorgamiento a lo estrictamente nacional más allá de las reglas internas que en cada país definan los mecanismos de disposición de recursos públicos o la articulación de medidas cuyo origen se encuentre en decisiones de los órganos del poder ejecutivo y legislativo.

Solamente en España se ha fijado un cierto control desde la perspectiva de la denominada promoción de la competencia (*Advocacy*), de alcance muy limitado y parece que se puede establecer uno más eficiente en el Reino Unido, tras su salida de la Unión Europea. A ambos modelos nos vamos a referir brevemente.

---

75 Acerca del Plan español "España Puede", vid., <https://www.lamoncloa.gob.es/temas/fondos-recuperacion/Paginas/plan-de-recuperacion.aspx>

76 Cfr. la nota de prensa titulada "Preguntas y respuestas: la Comisión Europea aprueba el plan de recuperación y resiliencia de España por valor de 69 500 millones de euros", de 16 de junio de 2021. Disponible en: [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda\\_21\\_2988](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_2988)

77 Esta guía está disponible en: <https://www.hacienda.gob.es/RSC/OIReScon/estudios-guias-protocolos/guia-basica-plan-recuperacion.pdf>

78 Sin perjuicio de lo ya expuesto, resulta interesante por su carácter multimedia, DELOITTE, «Las Ayudas de Estado y el Next Generación EU». Disponible en: <https://www2.deloitte.com/es/es/pages/finance/articles/ayudas-estado-next-generation-eu.html>

79 Cfr. Reglamento (UE) 2021/1237 de la Comisión de 23 de julio de 2021 por el que se modifica el Reglamento (UE) N° 651/2014, 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 270, de 29.07.2021, p. 39).

#### 4.1. El limitado control de las ayudas públicas en el denominado Sistema Español de Defensa de la Competencia

Como ya tuvimos ocasión de señalar<sup>80</sup>, las ayudas públicas aparecen por primera vez en la regulación española sobre competencia en la ya derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 1989), que les dedica su artículo diecinueve, bajo la rúbrica de "Competencia del Tribunal". Este único precepto, que integraba el Capítulo III dedicado expresamente a las "ayudas públicas", cerraba el Título I, "De la Libre competencia", aunque sin incluirlas entre las conductas prohibidas, como, por otro lado, ocurre también hoy en la vigente, aunque reformada LDC, la ya citada Ley 15/2007, de 4 de julio, de Defensa de la Competencia, así como en diversas normas autonómicas que siguiendo la estela de la Ley gallega 6/2004, de 12 de julio, reguladora de los Órganos de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia, primera Ley autonómica en la materia, ya recogía un precepto equivalente para la Autoridad de Competencia de Galicia que, como la de la LDC dista mucho de ser comparable al Europeo.

De este modo, en la actualidad la norma básica es el artículo 11 LDC<sup>81 82</sup> único que integra su Capítulo III ("*De las ayudas públicas*"), cuyo alcance es ciertamente limitado y, en todo caso, inferior

---

80 En este sentido, Rodríguez Miguez, J. A., (2009) "La regulación de las ayudas públicas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia" en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 300 (Monográfico Ley de Defensa de la Competencia), enero, 2010, págs. 45 a 57 y Arpio Santacruz, J. L. (2009). "El sistema de supervisión de las ayudas públicas", en BENEYTO, J. M. y MAILLO, J. (eds.): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, pp. 351-378.

81 El tenor literal de dicho precepto es el siguiente: "Artículo 11. Ayudas públicas.

1. La Comisión Nacional de la Competencia, de oficio o a instancia de las Administraciones Públicas, podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de:

a) Emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales.

b) Dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia.

2. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia emitirá un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España que tendrá carácter público en los términos previstos en el artículo 27.3.b) de la presente Ley.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia remitirá a las Cortes Generales, a través de su Oficina Presupuestaria, un informe anual sobre las ayudas públicas concedidas en España. La Oficina pondrá dicha información a disposición de los Diputados, Senadores y las Comisiones parlamentarias

3. A los efectos de la realización de los informes y propuestas previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, el órgano responsable de la notificación a la Comisión Europea deberá comunicar a la Comisión Nacional de la Competencia:

a) los proyectos de ayudas públicas incluidos en el ámbito de aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.

b) las ayudas públicas concedidas al amparo de Reglamentos comunitarios de exención, así como los informes anuales recogidos en el artículo 21 del Reglamento (CE) n.º 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, en el momento de su notificación a la Comisión Europea.

La Comisión Nacional de la Competencia habilitará los mecanismos de información y comunicación necesarios para que la información recibida esté a disposición de los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas.

4. Sin perjuicio de lo anterior, la Comisión Nacional de la Competencia podrá requerir cualquier información en relación con los proyectos y las ayudas concedidas por las Administraciones públicas y, en concreto, las disposiciones por las que se establezca cualquier ayuda pública distinta de las contempladas en los apartados a) y b) del punto anterior.

5. Los órganos de Defensa de la Competencia de las Comunidades Autónomas podrán elaborar, igualmente, informes sobre las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial, a los efectos previstos en el apartado 1 de este artículo. Estos informes se remitirán a la Comisión Nacional de la Competencia a los efectos de su incorporación al informe anual. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de las funciones en este ámbito de la Comisión Nacional de la Competencia.

al control que desde la Comisión Europea se puede hacer sobre esas mismas medidas cuando afectan al mercado interior.<sup>82</sup>

No es posible prever si el texto finalmente aprobado incorporará notables cambios frente al proyecto en tramitación, pero no parece previsible. Se trata, no obstante, y eso es lo que debemos subrayar nuevamente, de una regulación nacional propia de las ayudas públicas que aspira a desarrollar un cierto control de eficiencia, lo que es un paso sin duda positivo.

La norma que se adoptó tras la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) en 2013<sup>83</sup> es la que regula hoy las atribuciones de este organismo, Autoridad de Competencia nacional en España, que actúa también como regulador en determinados sectores económicos como la energía o las telecomunicaciones<sup>84</sup>.

Pese a los esfuerzos desarrollados primero por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), como luego por la CNMC, a través de sus respectivas direcciones generales de Promoción de la Competencia, sus resultados son más bien escasos en materia de control de ayudas públicas, aunque debemos destacar por su interés los Informes Anuales sobre Ayudas Públicas elaborados desde 2008, a cuya consulta nos remitimos con carácter general<sup>85</sup>, así como a algún informe especial, al que haremos referencia, como el Informe PRO/CNMC/001/16: Documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas, de 9 de junio de 2016<sup>86</sup>.

---

6. Lo establecido en este artículo se entenderá sin perjuicio de los artículos 87 a 89 del Tratado de la Comunidad Europea y del Reglamento (CE) N° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, y de las competencias de la Comisión Europea y de los órganos jurisdiccionales comunitarios y nacionales en materia de control de ayudas públicas”.

82 Dicho precepto se complementa con los artículos 7 (“Informes y propuestas”) y 8 (“Mecanismos de comunicación de las ayudas públicas”), que integran el Capítulo III (“De las ayudas públicas”), el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (modificado por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores.

83 Cfr. Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

84 Cfr. Artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (“Funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de carácter general y para preservar y promover la competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos”) que a estos efectos dispone:

“1. Para garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en beneficio de los consumidores y usuarios, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia realizará las siguientes funciones:

(...)

e) Aplicar lo dispuesto en la Ley 15/2007, de 3 de julio, en materia de ayudas públicas.”

Esta norma se completa con la previsión contenida en su artículo 20., relativo a las “Funciones del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que dispone:

“El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es el órgano de decisión en relación con las funciones resolutorias, consultivas, de promoción de la competencia y de arbitraje y de resolución de conflictos previstas en esta Ley. En particular, es el órgano competente para:

(...)

9. Adoptar los informes a que se refieren las letras a), b) y c) del artículo 5.2 de esta Ley, los informes, estudios y trabajos sobre sectores económicos y en materia de competencia y los informes en materia de ayudas públicas”.

85 Cfr. CNMC, Ayudas Públicas, en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/ayudas-publicas>

86 La versión en español e inglés de este interesantísimo documento se puede descargar en <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>

## 4.2. El Proyecto de Ley de control de Subvenciones del Reino Unido

La salida del Reino Unido de la Unión Europea ha sido, sin duda junto a la pandemia uno de los sucesos que han marcado el 2020 y los comienzos de 2021 en que el Brexit se ha hecho efectivo. Uno de los puntos cruciales de las negociaciones previas a la adopción del marco que regulará las relaciones entre el Reino Unido y la Unión Europea, en Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido<sup>87</sup> fue, precisamente, el relativo al control de las ayudas públicas en el escenario Post-Brexit<sup>88</sup>.

Este Acuerdo puede considerarse, al menos en parte, el punto de partida de la normativa interna que en materia de subvenciones está preparando el Reino Unido, como lo es, aunque entendemos que, en menor medida, el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC de 1994, sobre el que ya hemos hablado (ASMC, 1994).

Este es el contexto en el que se debe encuadrar el Proyecto de ley sobre control de Subvenciones, presentado el pasado 30 de junio de 2021 por el *Department for Business, Energy & Industrial Strategy* para su tramitación en el Parlamento británico y que está destinado a establecer la regulación interna del Reino Unido para el otorgamiento de ayudas públicas en dicho país y en el que es perceptible, como destacaremos, la referencia al sistema de control de las ayudas estatales europeo recogido en el TFUE, cuyas líneas básicas ya hemos expuesto.

Esta aproximación al modelo europeo y el propio establecimiento de un control interno sobre ayudas públicas desde la perspectiva de la competencia es una novedad que es preciso subrayar y valorar muy positivamente en todo lo que representa. Al menos como punto de partida.

Aunque no nos es posible desarrollar en este trabajo el alcance y contenido de este importante documento sí podemos ofrecer las líneas básicas con las que se presenta el proyecto de ley y para ello, tomando como referencia para nuestro breve comentario del proyecto de Ley sobre el Control de Subvenciones lo apuntado por el departamento proponente en la nota informativa que acompañó a su presentación en el Parlamento británico<sup>89</sup>, estos serían los aspectos más destacados del nuevo proyecto<sup>90</sup>:

Así y con carácter preliminar debemos destacar el hecho de que el proyecto de ley de control de subvenciones se presentó al Parlamento el 30 de junio de 2021. En él se expone la propuesta legislativa del gobierno para un nuevo régimen de control de subvenciones en el Reino Unido. Lo primero que debemos subrayar es que el proyecto no procede del departamento encargado de los asuntos económicos ni presupuestarios (*Treasury Department*), sino del Departamento de Empresa,

---

87 Para la consulta de este documento y los demás relacionados, nos remitimos a la web oficial de la Unión Europea, en la entrada titulada "Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido Proteger los intereses de la Unión Europea y garantizar la competencia leal y la cooperación ininterrumpida en los ámbitos de interés mutuo". Disponible en: [https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement\\_es](https://ec.europa.eu/info/relations-united-kingdom/eu-uk-trade-and-cooperation-agreement_es)

88 Sin perjuicio de volver sobre estos autores y los demás que han publicado, principalmente en forma de post sobre el Brexit y el Post-Brexit en relación con las ayudas públicas, véanse: Biondi, A (2020) "Brexit and State Aid Control: Four Quartets" en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3216684](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3216684) y Branton, J./Rose, A. (2020) "UK Subsidy Control: how will public funding change now the UK has taken back control of State aid regulation?", en *United Kingdom State Aid Law Association (OLSALA)*. December 30, 2020. Disponible en <https://uksala.org/uk-subsidy-control-how-will-public-funding-change-now-the-uk-has-taken-back-control-of-state-aid-regulation-by-jonathan-branton-and-alexander-rose-dwf-law/>

89 Cfr. Policy paper: Subsidy Control Bill 2021: bill documents. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/subsidy-control-bill-2021-bill-documents> Hacemos una traducción libre de la breve nota resumen de referencia.

90 La nota referida además del texto del Proyecto de ley ofrece un enlace para descargar el Informe de evaluación de impacto de la norma propuesta y el Informe del Comité de Política Regulatoria ("Regulatory Policy Committee").

Energía y Estrategia Industrial, lo que apunta más a la idea de promoción económica que a la de control de eficiencia, sin que ambos objetivos sean a priori ni excluyentes ni incompatibles.

Partiendo de esta observación inicial, el departamento proponente subraya como los rasgos más destacados del proyecto presentado, los siguientes<sup>91</sup>:

1º.- Proporciona un marco legal para que las autoridades otorguen subsidios de acuerdo con unos principios de control que se hacen explícitos. A este respecto se destaca que esta nueva norma establece un deber legal a las autoridades de considerar estos principios y solo otorgar un subsidio si el subsidio es consistente con estos principios. Esta primera característica parece positiva y representa, sin duda un avance positivo.

2º.- Introduce una serie de prohibiciones para evitar que las autoridades otorguen subvenciones con efectos económicos distorsionadores o perjudiciales en determinadas circunstancias y prevé diversas exenciones totales o parciales que darán a las autoridades la libertad de actuar con rapidez en la concesión de subvenciones. Este punto, cuyo detalle es relevante, supone un claro alineamiento del sistema que se está diseñando con el existente en la Unión Europea, algo sin precedentes a nivel interno o nacional de un sólo Estado. Legislación que consideramos necesaria incluso para los países que permanecen en la Unión Europea respecto de aquellas ayudas estatales que no sean cuestionadas desde la perspectiva de esta pero que pueden tener efectos desfavorables desde la perspectiva estrictamente nacional.

3º.- Establece un requisito para que las autoridades utilicen la base de datos de transparencia, lo que contribuirá a la gestión eficaz del régimen. La falta de transparencia o, de transparencia realmente efectiva, ha sido siempre uno de los puntos débiles de cualquier otorgamiento de ayudas públicas.

4º.- Prevé la creación de una Unidad de Asesoramiento en Subvenciones ("*Subsidy Advice Unit*"), que se ubicará en la *Competition and markets Authority* británica, la "CMA") para brindar seguimiento y supervisión del nuevo régimen. La Unidad de Asesoramiento sobre Subvenciones también asesorará a las autoridades sobre subvenciones específicas en un número limitado de casos, para las subvenciones que tengan más probabilidades de distorsionar la competencia y la inversión del Reino Unido y el comercio internacional. El hecho de que exista una unidad especializada en la CMA, al margen de que pueda o no vetar algún proyecto de subvención, implica, al menos, que la competencia será uno de los parámetros que se revisarán en el diseño de las mismas. La definición del poder efectivo de esta unidad va a ser una de las claves del sistema.

5º.- Permite a las partes interesadas impugnar judicialmente ante el Tribunal especializado en competencia ("*the Competition Appeal Tribunal*") las decisiones sobre subvenciones.

6º.- Dispondrá que la Secretaría de Estado de Negocios, Energía y Estrategia Industrial ("*Secretary of State for Business, Energy and Industrial*") pueda emitir directrices estatutarias para el régimen de control de subvenciones, especialmente para ayudar a las autoridades a aplicar los requisitos.

No es posible prever si el texto finalmente aprobado incorporará notables cambios frente al proyecto en tramitación, pero no parece previsible. Se trata, no obstante, y eso es lo que debemos subrayar nuevamente, de una regulación nacional propia de las ayudas públicas que aspira a un cierto control de eficiencia, lo que es un paso sin duda positivo.

---

91 Para un comentario dinámico de este proyecto de ley, véase: Peretz, G. (2021) "*the Subsidy Control Bill: a short summary*", en *United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA)*, July 9, 2021. Disponible en: <https://uksala.org/the-subsidy-control-bill-a-short-summary/>

## 5. UNA NECESARIA REFLEXIÓN DE CONJUNTO; EFICIENCIA ECONÓMICA Y LIBRE COMOPETENCIA

Lo expuesto hasta ahora revela, como ya hemos anticipado, que salvo el sistema diseñado en la Unión Europea y, tal vez en un futuro el que se desarrolle en el Reino Unido, el control de las ayudas públicas desde la perspectiva de la libre competencia y la eficiencia económica en la gestión de los recursos públicos apenas ha estado presente en la regulación de la concesión de las ayudas públicas con la única excepción de la UE, a pesar de las ingentes cantidades de recursos públicos que se introducen en el mercado por esta vía y del poder transformador de dicha intervención pública si resulta bien diseñada y responde a necesidades reales (fallos de mercado) o a objetivos económicos de interés general bien determinados.

El sistema OMC resulta limitado, prolijo y escasamente disuasorio cuando no contraproducente al generar auténticas “guerras comerciales” que suelen afectar a productos diferentes de aquellos en los que se suscitó el conflicto, pues la eventual imposición de medidas compensatorias como reacción ante ayudas contrarias a la OMC sanciona a las empresas del país que las otorga, pero apenas incide en la necesidad de reparar el daño a la competencia y al comercio efectivamente ocasionado.

Por otro lado, incluso en los países miembros de la Unión Europea, las ayudas que escapan al control de la Comisión Europea, no porque esta las desconozca sino porque las considere compatibles bien tras considerar las ayudas ex artículos 107.1 TFUE, bien aplicando las excepciones de sus apartados 2º1 y 3, bien por medio de la regla “de minimis”<sup>92</sup> o del Reglamento General sobre exenciones por categoría en materia de Ayudas Estatales (RGEC)<sup>93</sup>, por no afectar al interés de la Unión Europea, incluso en las excepcionales situaciones creadas por la pandemia y bajo el marco temporal ya examinado, pueden ser distorsionadoras de la competencia en mercados más reducidos como el nacional o el regional o local.

Sentado lo anterior, debemos subrayar igualmente que nadie discute hoy que las ayudas públicas son un instrumento legítimo de política económica del que continuamente hacen uso las Autoridades, incluso de manera destacada, como hemos visto, la propia Unión Europea.

Esta premisa, sin embargo, no nos debe llevar a pasar por alto 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 no sólo las reglas básicas de una correcta actuación administrativa, sino también de una eficiente administración de unos recursos públicos, por definición escasos.

Esta dimensión del otorgamiento de las ayudas públicas ha sido abordada en España tanto por la CNC en 2008, como por la CNMC en el ya citado Documento metodológico publicado en 2016.

En efecto, además de los informes y estudios impulsados por la Comisión Europea<sup>94</sup> debemos destacar los esfuerzos de la ya desaparecida CNC y su sucesora, la CNMC, que se han plasmado

92 Aunque hay normas especiales en el sector agrario, la norma básica es 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. Este reglamento se puede consultar en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32013R1407>

93 Vid. Reglamento (UE) N° 651/2014 por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado. Una explicación básica y la versión consolidada de este reglamento puede verse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/LSU/?uri=CELEX%3A32014R0651>

94 Nos referimos, entre otros documentos, a la Comunicación de la Comisión “Plan de acción de ayudas estatales», bajo el expresivo subtítulo «Menos ayudas estatales con unos objetivos mejor definidos: programa

no sólo en sus ya citados informes anuales en materia de ayudas públicas, elaborados conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LDC<sup>95</sup>, sino a través de informes específicos, entre los que merece destacar nuevamente el Informe de la CNMC identificado como PRO/ CNMC/001/2016 Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, publicado el 9 de junio de 2016<sup>96</sup>, 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 públicas. Veamos brevemente lo más destacado que aportan ambos documentos.

El Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2008<sup>97</sup> apuntaba ya que el otorgamiento de ayudas públicas únicamente encuentra su justificación en la existencia de un “fallo de mercado”<sup>98</sup> o de un objetivo de interés general que se trata de incentivar a través de este instrumento. No obstante, su simple presencia o invocación sólo 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. Es por ello por lo que 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 “redistributivos”.

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<sup>1s</sup>.

En estos casos es preciso desarrollar un verdadero “test de eficiencia”, debiendo sopesarse adecuadamente “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.”

---

de trabajo para la reforma de las ayudas estatales 2005 — 2009” [Bruselas, 7.6.2005, 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.

95 Sigue siendo válido el análisis exhaustivo que de este precepto de la LDC hace Arpio Santacruz, J. L. (2009). “El sistema de supervisión de las ayudas públicas”, en Beneyto, J. M. y Mailló, J. (eds.): *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, pp. 351-378.

96 Disponible en: <https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00116>

97 Cfr. Epígrafe «3. Principios económicos para el análisis de las ayudas públicas», pp. 17 a 33. Este Primer Informe se puede descargar en: [file:///C:/Users/ardmig/Downloads/l\\_AYPUB\\_2008.pdf](file:///C:/Users/ardmig/Downloads/l_AYPUB_2008.pdf)

98 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<sup>1</sup> 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 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”.

Esta prueba 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 empresas o 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 sencillo análisis ha sido sustituido, como recuerda la CNMC<sup>99</sup> 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.
- 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 nos cabe duda de que, incluso desde esta rigurosa perspectiva de eficiencia económica, la actual situación de pandemia y sus inevitables consecuencias económicas permiten considerar necesaria la concesión de ayudas públicas ya que no solo cabría apreciar la existencia de "fallos de mercado" sino incluso de una situación de desaparición de ciertos mercados al paralizarse la economía mientras que, al mismo tiempo, otros se convirtieron en una alocada subasta por bienes esenciales que resultaban escasos.

No obstante, recuperada la calma, pero advertida la crisis y las dificultades que plantea, las ayudas públicas son un instrumento esencial, pero no el único y, en todo caso, del que debe hacerse un uso riguroso y ponderado que minimice, en la medida de lo posible sus indudables efectos distorsionadores.

La eficiencia económica no está reñida con la satisfacción del interés general, sino que éste se satisface mejor, a nuestro entender, cuando cualquier actuación pública, especialmente si comprometer recursos públicos se hace teniendo en cuenta, en la medida precisa, criterios económicos que a los

---

99 Cfr. CNMC, Informe Anua} sobre las Ayudas Públicas en España-2016 (IAP/CNMC/001/2016), pág. 7.

poderes públicos corresponde equilibrar con cualquier otro interés legítimo con el que pueda entrar en conflicto.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Suárez, M., Domínguez Viera, J., y Garrosa Fernández, P. (2020). Ayudas de estado y COVID-19. Nuevos desafíos para el mercado interior. *Economía industrial*, (417), 163-173. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8005356>
- Arpio Santacruz, J. L. (2009). "El sistema de supervisión de las ayudas públicas". En Beneyto, J. M. y Maillo, J. (Eds.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia. Análisis y comentarios*, 351-378.
- Arpio Santacruz, J. L. (2014). "Las Ayudas Públicas". En García-Cruces, J. A. (Dir.), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*, Vol. I, 419-602.
- Ashurst. (2020). The impact of COVID-19. Navigating EU State Aid. <https://www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/the-impact-of-covid-19-navigating-eu-state-aid/>
- Biondi, A. (2020). Brexit and State Aid Control: Four Quartets. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3216684](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3216684)
- Branton, J. y Rose, A. (2020). "UK Subsidy Control: how will public funding change now the UK has taken back control of State aid regulation?". En *United Kingdom State Aid Law Association*. <https://uksala.org/uk-subsidy-control-how-will-public-funding-change-now-the-uk-has-taken-back-control-of-state-aid-regulation-by-jonathan-branton-and-alexander-rose-dwf-law/>
- Didier, P. (1995) "Le code anti-subsidions du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la Communauté". En *Cahiers de Droit Europeen*, (5-6), 679-750.
- Luengo Hernández de Madrid, G. (2000). Derecho de las subvenciones en la OMC. Marcial Pons.
- Montañá Mora, M., (1997) El Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias de la Ronda Uruguay. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, (D-27), 239-280.
- Modrall, J. (2021). "Anti-Subsidy" Regulation – A New Big Stick in the EU Regulatory Arsenal". *Kluwer Competition Law Blog*. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2021/05/06/anti-subsidy-regulation-a-new-big-stick-in-the-eu-regulatory-arsenal/>
- Nicolaides, Ph. (2016). Brexit and State Aid: The Day After. *State Aid Uncovered Blog*, Lexxion. <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/6529>
- Nicolaides, P. (2020). Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines. *State Aid Uncovered Blog*, Lexxion. <https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/third-amendment-to-the-temporary-framework-prolongation-of-the-gber-de-minimis-regulation-and-guidelines/>
- Nicolaides, Ph. (2020). A New Temporary State Aid Framework to Fight the Effects of the Corona Virus. *State Aid Uncovered Blog* Lexxion. <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9625>
- Nicolaides, Ph. (2021). 6th Revision of the Temporary Framework for Covid-19 State Aid. *State Aid Blog* Lexxion. [https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/6th-revision-of-the-temporary-framework-for-covid-19-state-aid/?utm\\_source=NL&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=BlogA](https://www.lexxion.eu/en/stateaidpost/6th-revision-of-the-temporary-framework-for-covid-19-state-aid/?utm_source=NL&utm_medium=email&utm_campaign=BlogA)
- Peretz, G. (2020). The subsidy control provisions of the UK-EU trade and cooperation agreement: a framework for a new UK domestic subsidy regime. En *United Kingdom State Aid Law*

Association (UKSALA). <https://uksala.org/the-subsidy-control-provisions-of-the-uk-eu-trade-and-cooperation-agreement-a-framework-for-a-new-uk-domestic-subsidy-regime-by-george-peretz-qc/>

- Peretz, G. (2021) The Subsidy Control Bill: a short summary. En *United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA)*. <https://uksala.org/the-subsidy-control-bill-a-short-summary/>
- Peretz, G. y Bacon, K. (2016) Paper on post-Brexit options for State aid. En *United Kingdom State Aid Law Association (UKSALA)*. <http://uksala.org/paper-on-post-brexit-options-for-state-aid/>
- Rodríguez Miguez, J. A. (2003). Panorámica del Derecho comunitario de la competencia tras la desaparición del Tratado CECA. *Revista Mensual de Competencia y Sectores Regulados, Despacho Albiñana & Suárez de Lezo*, (22), 11-15.
- (2003). La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas. Escola Galega de Administración Pública. Colección Monografías, (24). <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf>
- (2010). 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*, (117), 161-190.
- (2013). "Ayudas a la Banca y Crisis Financiera en España". En *Estudios de Derecho mercantil. Libro homenaje al Prof. Dr. Dr. h.c. José Antonio Gómez Segade*, 545-559.
- (2013). Una aproximación a los rescates bancarios desde la perspectiva del control comunitario sobre las ayudas estatales. ¿un crimen sin castigo? *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (35), 58-67.
- (2017). "El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)" En Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orus, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, 187-242.
- (2018). "Clarifying the Applicability of the Private Investor Test. Annotation on the Judgment of the General Court (Third Chamber) of 16 January 2018 in Case T-747/15 EDF v Commission". En *European State Aid Law Quarterly (ESTAL) Lexxion*, (2) 17, 290-297. <https://estal.lexxion.eu/article/ESTAL/2018/2/13>
- (2020). Ayudas de estado para tiempos de crisis: la necesidad de flexibilidad, eficiencia y control. *Anuario de la Competencia 2019*, 167-204. <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/fb8e6f7f08b881c26d5de3057cd4456a18986e50.pdf>
- (2020). Una primera aproximación a lo lícito y lo ilícito en materia de prácticas colusorias. *Misión Jurídica, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, (18), 155-182. [https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/A9\\_18\\_Una-primera-aproximacion-a-lo-licito-y-lo-ilicito-en-materia-de-practicas-colusorias.pdf](https://www.revistamisionjuridica.com/wp-content/uploads/2020/09/A9_18_Una-primera-aproximacion-a-lo-licito-y-lo-ilicito-en-materia-de-practicas-colusorias.pdf)
- (2020). Pandemia, ayudas de Estado y ayudas a los estados: el reto de la eficiente asignación de recursos públicos en tiempos de crisis. *Revista da Escola Galega de Administración Pública-REGAP*, (60), 369-400. Disponible en: <https://egap.xunta.gal/revistas/REGAP/article/view/4646/6784>
- Rubini, L. (2009). *The Definition of Subsidy and State Aid: WTO and EC Law in Comparative Perspective*. Oxford University Press.

- Schonberg, M. (2018). Continuity or change? State aid control in a post-Brexit United Kingdom. <https://www.herbertsmithfreehills.com/file/18381/download?token=6RvBRGUz>
- Urraca Caviedes, C. (2017). El control europeo de las ayudas públicas (II): Las excepciones a la prohibición. Autorizaciones en bloque e individuales. En Beneyto Pérez, J. M. y Maillo González-Orus, J., *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España* (Vol. 2-2), 243-279.
- Wilson, T., Gnatzy, P., y Cranley, S. (2020). The EC's third amendment to the State aid Temporary Framework. *Kluwer Competition Law Blog*. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/07/07/the-ecs-third-amendment-to-the-state-aid-temporary-framework/>