



RÉGIMEN EUROPEO DE LAS AYUDAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DEL COVID 19

STATE AID EUROPEAN REGIME IN THE CONTEXT OF COVID 19

LUIS BERENGUER FUSTER¹

RESUMEN

En el contexto de la Unión Europea, la política común de competencia vela por el mantenimiento del mercado único con el objetivo de garantizar los principios que le caracterizan. En materia de ayudas públicas, esta política se traduce en evitar que los Estados miembros puedan conceder ayudas a las empresas que les permitan situarse en una situación ventajosa respecto a sus competidores. Así, el artículo 107 TFUE recoge una prohibición general de ayudas públicas de la que se desprende la posibilidad de establecer excepciones.

Dada la situación generada por el COVID-19, la Comisión Europea se ha visto obligada a flexibilizar el régimen europeo establecido para las ayudas públicas amparándose en las posibles excepciones con el objetivo de facilitar la recuperación económica de los Estados miembros y, por tanto, de la Unión Europea. Para ello, la Comisión Europea ha elaborado un “Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote del COVID-19”, que ha sido objeto de sucesivas modificaciones y ampliaciones.

PALABRAS CLAVE

Competencia | Ayuda pública | Marco temporal | fondo *Next Generation* | COVID-19

SOBRE EL ARTÍCULO

El presente artículo fue recibido por la Comisión de Publicaciones el 25 de agosto de 2021 y aprobado para su publicación el 26 de enero de 2022.

ABSTRACT

In the context of the European Union, the competition policy ensures that the single market is maintained in order to guarantee the principles that characterise it. In terms of state aid, this policy means preventing Member States from granting aid to companies that would put them at an advantage over their competitors. Thus, Article 107 TFEU contains a general prohibition of state aid from which it is also possible to establish exceptions.

Given the situation generated by COVID-19, the European Commission has been forced to make the European regime established for state aid more flexible on the basis of the possible exceptions with the aim of facilitating economic recovery in the Member States and, therefore, in the European Union. To this end, the European Commission has developed a “Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak”, which has been subject to successive modifications and extensions.

KEYWORDS

Competition | State aid | Temporal framework | EU Next Generation Fund | COVID-19

¹ Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Valencia. Ha sido profesor de Derecho Mercantil en el CEU de Alicante, y las Universidades de Valencia y Carlos III de Madrid, así como profesor en múltiples Másteres. Vocal, Vicepresidente y Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia, convirtiéndose a partir de 2007 en el primer Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia. En el ámbito europeo, ha sido Europarlamentario y asesor especial del Vicepresidente Almunia, encargado de la Competencia.

CONTENIDO

1. La importancia de la política de la competencia para la creación de un espacio económico integrado; **2.** La noción de ayuda pública y su regulación; **3.** Excepciones a la prohibición general de las ayudas públicas; **4.** La situación económica generada por la pandemia; **5.** La visión de la OCDE; **6.** Marco temporal de ayudas estatales en el contexto de la Covid-19; **7.** Fondo *Next Generation* EU; **8.** Conclusiones; **9.** Bibliografía.

1. LA IMPORTANCIA DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA PARA LA CREACIÓN DE UN ESPACIO ECONÓMICO INTEGRADO

A partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial se puso de manifiesto la necesidad de fortalecer el proceso de integración europea, como medio, entre otros, para poner fin a las luchas entre Francia y Alemania, justificadas, entre otros motivos, en la conquista de los mercados.

Ante las dificultades para lograr la integración política, se comenzó por crear, aun cuando fuera progresivamente, un espacio común económico. Para ello, se otorgaron tres tratados: los de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, el EURATOM y, fundamentalmente, el Tratado de Roma por el que se estableció la Comunidad Económica Europea (en adelante, los "**Tratados Fundacionales**").

El principal objetivo económico de este proceso de integración, que terminaría por materializarse en la creación de la Unión Europea, ha sido desde sus inicios el establecimiento de un mercado único definido como un territorio sin fronteras interiores ni otros obstáculos a la libre circulación de bienes y servicios, personas, o capitales. Al respecto, conviene señalar que la creación de espacios económicos supranacionales implica establecer reglas comunes y principios económicos compartidos a fin de que las políticas económicas no sufran procesos de renacionalización que, en último término, boicoteen la integración económica. Para ello, se establecieron en los Tratados Fundacionales normas orientadas a que ni los Estados miembros ni las empresas crearan barreras nacionales que impidieran la consecución de un mercado común. Entre estas reglas se encontraban las necesarias para desarrollar una política común de la competencia y establecer una estructura institucional para la aplicación de unas normas comunes en la materia que dotaran a dicho mercado único de la necesaria consistencia.

No hay que olvidar que existen otros espacios económicos regionales integrados, pero, sin duda, de entre los espacios económicos supranacionales existentes, el más consolidado institucionalmente es el de la Unión Europea y no es por ello extraño que igualmente sea en su seno en el que se ha desarrollado una más vigorosa política común de la competencia, con un Derecho material de la competencia de considerable prestigio que con frecuencia ha servido de modelo para otros espacios económicos. Dicho ordenamiento jurídico se ha complementado con una arquitectura institucional de comprobada eficacia en cuanto a su funcionamiento, tanto para conseguir la creación de un mercado único consolidado, como para la implementación de una vigorosa política de la competencia.

Cabe señalar que las normas europeas de la competencia están constituidas por tres pilares fundamentales: la persecución de las conductas contrarias a la libre competencia (conductas colusorias y abusos de posición dominante), el control de las operaciones de concentración empresarial y el control de las ayudas públicas. Este último apartado, que constituye el foco principal de este artículo, resulta de trascendental importancia, en tanto en cuanto las empresas, en un espacio integrado, deben jugar con unas reglas comunes, en igualdad de condiciones (*level playing field*), sin aprovecharse de ventajas económicas que, en cualquier forma (subvenciones, préstamos privilegiados, avales, beneficios fiscales, o cualquier intervención pública que no responda a la actuación como si de un inversor privado se tratara -principio del inversor privado-), beneficien a unas empresas frente a otras.

Así las cosas, la importancia del control sobre las ayudas estatales es uno de los mensajes que con mayor fuerza destaca la Comisión Europea (en adelante, "**Comisión Europea**", entre otros, en su Comunicación "Europa 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", siendo el proteccionismo nacional uno de los obstáculos a la proliferación del mercado único. En este sentido, cabe señalar que la concesión de ayudas a empresas nacionales por parte de los distintos Estado miembros constituye una amenaza a la libre competencia en la Unión Europea, lo que, sin embargo, no resta importancia a la afirmación de la Comisión Europea (2010) de que

la política de ayudas estatales también puede contribuir activa y positivamente a los objetivos de Europa 2020 impulsando y apoyando iniciativas para unas tecnologías más innovadoras, eficaces y verdes, pero al mismo tiempo facilitando el acceso de las inversiones al apoyo público, al capital de riesgo y a la financiación para investigación y desarrollo². (pp. 22-23)

Precisamente esta cuestión será analizada en profundidad en los sucesivos apartados, poniéndose de manifiesto la relevancia de la flexibilización de la regulación aplicable a las ayudas públicas en el contexto de una pandemia mundial como la provocada actualmente por el COVID-19.

En este sentido, y con carácter previo al análisis de la noción y extensa regulación aplicable las ayudas públicas, conviene contextualizar que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante "**TFUE**")³ determina, en su artículo 107.1, la prohibición general de las ayudas de Estado, entendiéndose como tales aquellas otorgadas por los Estados miembros mediante fondos estatales, bajo cualquier forma (subvenciones, exenciones fiscales, préstamos en condiciones preferentes, garantías públicas, aportaciones de capital, condonaciones de deuda, etc.), que falseen o amenacen falsear la competencia y afecten al comercio intracomunitario, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Como puede observarse, dicho artículo no ofrece una definición del concepto de ayuda estatal lo que ha resultado que, en la práctica, la concreción de dicho concepto, y por lo tanto, del propio ámbito de aplicación del artículo 107 TFUE, se haya visto integrada bajo el análisis e interpretación de todas y cada una de las condiciones citadas en dicho precepto, y que se expondrán a continuación.

2. LA NOCIÓN DE AYUDA PÚBLICA Y SU REGULACIÓN

En lo que se refiere a la determinación de las medidas sometidas a control comunitario, la práctica ha resultado en un complejo proceso de calificación dirigido a determinar, en una primera fase, si una medida puede ser considerada ayuda estatal que abra, en caso afirmativo, una excepción que permita su legítimo otorgamiento, o que pueda acogerse a la regla de *minimis* o a una de las exenciones por categorías aprobadas. En efecto, la delimitación del concepto de ayuda pública se ha ido matizando a lo largo de los años por la práctica jurisprudencial y doctrinal, pues ninguna norma recogía una definición clara y precisa al respecto.

En este sentido, ha sido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("**Tribunal de Justicia**" o "**TJUE**") quien se ha encargado de fijar que la esencia de la ayuda pública consiste en la existencia de una ventaja de la que se benefician determinadas empresas o producciones y que se define como "*todo beneficio económico que una empresa no habría obtenido en condiciones normales de mercado*"⁴. Del mismo modo, en virtud de autores tales como G. Samaniego, la noción de ayuda pública presenta principalmente las siguientes características: (i) la ventaja a determinadas empresas o producciones,

2 Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, denominada "Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador", COM (2010) 2020 final.

3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada), de 7 de junio de 2016 (DOUE núm. 202, de 7 de junio de 2016).

4 Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 2 de junio de 1984, asunto 173/1973, Italia/Comisión.

(ii) el origen estatal de la ayuda, (iii) la afectación de los intercambios y (iv) el falseamiento de la competencia (Keppenne, 1999, citado por Samaniego, 2001).

Así pues, deben poder apreciarse la existencia de una ventaja, como substrato de la noción de ayuda, cuyo origen sean fondos públicos, el beneficiario de la misma y la selectividad en su elección, sus efectos, incluso potenciales, sobre la competencia y el comercio intracomunitario, y todo ello con independencia de la forma en que se haya otorgado⁵. En cualquier caso, conviene apuntar la necesidad de que dichos requisitos concurren cumulativamente para que se pueda hablar de una ayuda de Estado, en principio prohibida por el artículo 107 TFUE.

Respecto al sujeto otorgante, cabe precisar que por Estado puede entenderse cualquier administración pública, entidad u organismo cuyos fondos tengan origen público y que no opere en el mercado. A fin de hacer una valoración sobre la ayuda pública es preciso atender a sus elementos característicos como pueden ser su carácter gratuito (sin contrapartida equivalente), su contenido económico o que suponga, directa o indirectamente, una transferencia de recursos públicos que recibe, directa o indirectamente, la empresa beneficiaria (Rodríguez Míguez, 2017).

En lo que respecta a los beneficiarios, el hecho de que una ventaja deba favorecer selectivamente a “determinadas empresas o producciones” para la aplicación del artículo 107.1 TFUE plantea también ciertas cuestiones desde el punto de la competencia. El término empresa debe entenderse en sentido amplio, como “operador económico”, es decir como un actor económico que actúe en el mercado. Esto permite que, por ejemplo, fundaciones o clubes deportivos profesionales puedan considerarse beneficiarios de ayudas estatales, y deban someterse a la regulación europea aplicable a las mismas. Desde esta perspectiva, se entiende por empresa:

cualquier persona o entidad, pública o privada, que desarrolle una actividad económica, independientemente de su tamaño, de su organización económica, de su modo de financiación o de que actúe o no con ánimo de lucro y de cuál sea el tipo de actividad económica que desarrolle. (Rodríguez Míguez, 2017)

En cuanto a la selectividad de la medida a los efectos del artículo 107.1 TFUE, la jurisprudencia ha desarrollado un test basado en “naturaleza y economía del sistema”, que la Comisión Europea explicó por primera vez en su Comunicación sobre el control de las ayudas de Estado y reducción de costes laborales⁶ y, posteriormente, en la relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas⁷. En ellas se distingue entre selectividad material y selectividad regional. Sobre la selectividad material, una medida se considera materialmente selectiva cuando solo se aplica a determinadas empresas o grupos empresariales o a determinados sectores de la economía en un determinado Estado miembro. Por otro lado, la selectividad regional se da cuando una unidad infraestatal favorece con ayudas a las empresas situadas en su territorio, colocándolas en situación de ventaja respecto a otras e impidiendo, o al menos dificultando, la unidad de mercado (Rodríguez Míguez, 2017).

En lo que se refiere a los efectos de la ayuda, el artículo 107.1 TFUE exige también que las ayudas “afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros” y que “falseen o amenacen falsear la competencia”. Esto se traduce en la necesidad de analizar los efectos de la medida en cuestión sobre la competencia y el comercio intracomunitario, pues son estos y no la finalidad perseguida,

5 Estos criterios son resaltados por la CNMC en el Informe Anual: “Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020”, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021 en base a la interpretación del TJUE.

6 Comunicación de la Comisión Europea sobre el control de las ayudas de Estado y reducción de costes laborales. DO C 1, de 3 de enero de 1997.

7 Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. DO C 384, de 10 de diciembre de 1998.

como constata abundante jurisprudencia, los que resultan relevantes desde la perspectiva del control ejercido por la Comisión Europea sobre las ayudas estatales, con vistas a lograr la integración de los mercados. De hecho, debe puntualizarse que no es necesario que los intercambios se vean efectivamente afectados, sino que es suficiente con que la ayuda sea susceptible de afectarlos.

Contextualizado el concepto de ayuda pública, cabe referirse a los tres niveles normativos que regulan dicha figura, estos son: el comercio internacional, el Derecho de la Unión Europea y la regulación interna española.

En cuanto al comercio internacional, la referencia principal es la surgida en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio⁸ (más conocido por sus siglas en inglés, como "GAAT"), de 1947 y, tras su revisión de 1994, con la creación de un organismo internacional especializado, la Organización Mundial del Comercio (OMC). La actual regulación de las subvenciones en este contexto se contiene en el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias"⁹ (ASMC 1994).

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 se recogía ya en el primero de los Tratados Fundacionales, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero¹⁰ (Tratado CECA o TCECA), de 1951, hoy derogado, que se limitaba a prohibirlas de forma absoluta en el ámbito del carbón y el acero.

Seis años después, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea¹¹ (Tratado CEE) reemplazó la mencionada prohibición absoluta por la "incompatibilidad de principio" de las ayudas otorgadas por los Estados miembros o mediante fondos estatales salvo que el propio Tratado dispusiera otra cosa.

Tras la aprobación del actual TFUE, que reemplazó al Tratado CE¹², los preceptos básicos son los artículos 107 a 108 TFUE, 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. De este modo, es necesario tener siempre presente la idea principal contenida en el primer apartado del artículo 107 TFUE, en virtud del cual:

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

En el ámbito nacional, y más concretamente en el caso de España, la regulación interna básica de las "ayudas públicas" es el artículo 11 de la Ley de Defensa de la Competencia complementado con las normas que regulan las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, la "**CNMC**"). Cabe precisar, sin embargo, que las funciones de la CNMC se circunscriben, en lo que a ayudas públicas se refiere, a funciones consultivas o de seguimiento y a la evaluación de su impacto en la economía española, que no podrán derivar, por tanto, en una valoración sobre la legalidad o ilegalidad de una ayuda en cuestión, pues ello excede de sus competencias.

8 Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947.

9 Acuerdo de Subvenciones y Medidas Compensatorias de 1994.

10 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951.

11 Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea de 1957.

12 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de 2002.

Una vez analizados los tres niveles normativos, conviene poner el foco en la Unión Europea y analizar la mencionada prohibición general contenida en el artículo 107 TFUE. Así, cabe advertir que, aunque dicho artículo se limita a formular el principio general de incompatibilidad con el mercado interior de las ayudas de Estado, existen excepciones cuando la concesión de ayudas públicas persiga determinados objetivos de interés general¹³.

3. EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN GENERAL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

La prohibición de ayudas públicas no es, según se ha anticipado, absoluta ni incondicional, ya que los apartados 2 y 3 del artículo 107 TFUE permiten explícitamente ciertas excepciones, al igual que el apartado 2 del artículo 106 TFUE en el caso de los servicios de interés económico general e, igualmente, los artículos 42 TFUE (producción y comercio de los productos agrícolas), 93 TFUE (coordinación de transporte, o relativas al reembolso de determinadas obligaciones inherentes a la noción de servicio público) y 346 TFUE (seguridad y defensa de los Estados miembros), que prevén otra serie de excepciones.

Concretamente, el apartado 2 del artículo 107 TFUE determina que son compatibles con el mercado interior las ayudas estatales: a) de carácter social concedidas a los consumidores individuales; b) las destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional; y c) las concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de Alemania. Las ayudas comprendidas en este apartado son automáticamente compatibles si se cumplen las condiciones contenidas en el TFUE, es decir, no existe la posibilidad de que la Comisión Europea aprecie su incompatibilidad con el mercado interior. Por tanto, esta excepción, que permite compensar a las empresas por los daños y perjuicios causados por la concurrencia de determinados acontecimientos, opera siempre que la circunstancia que lo provoque sea precisamente excepcional (evento extraordinario, imprevisible y con un impacto económico importante), el daño fuera cuantificable en la medida de lo posible, hubiera una relación de causalidad entre ambas y el importe de la ayuda fuera proporcional (no se admite la sobrecompensación).

En efecto, este mecanismo ha sido empleado en varias ocasiones por la Comisión Europea para autorizar distintas ayudas que compensen los daños ocasionados a empresas por el COVID-19, sobre todo, en sectores especialmente afectados como son el transporte, el turismo, la hostelería, la cultura o el comercio minorista.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 107 TFUE establece las categorías de ayudas estatales que pueden considerarse compatibles con el mercado interior, en particular: a) ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de ciertas regiones; b) ayudas que fomentan la realización de un proyecto importante de interés común europeo o tratan de poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; c) ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones; d) ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio; y e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión a propuesta de la Comisión Europea. A diferencia de las categorías de ayudas cubiertas por el apartado 2 del artículo 107 TFUE, para la aplicación del apartado 3, la Comisión Europea goza de una amplia facultad discrecional, una vez haya sido notificada la ayuda de acuerdo con lo establecido en el apartado 3 del artículo 108 TFUE. En estos casos, la Comisión Europea realiza valoraciones de tipo económico y social que deben efectuarse en el contexto de la Unión Europea,

¹³ En este punto cabe realizar una diferencia entre, por un lado, las posibles excepciones a la prohibición general de las ayudas públicas que requieren de notificación a la Comisión Europea y posterior evaluación de su compatibilidad con el mercado interior, y por otro, aquellas que estén incluidas un Reglamento de Exención, como por ejemplo, el Reglamento 651/2014 General de Exención por Categorías (RGEC), que exime de notificar aquellas ayudas que, cumpliendo una serie de requisitos previstos en dicho texto normativo, tengan, entre otras finalidades, el fomento de la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el fomento del empleo y la formación, o las ayudas regionales a la inversión.

de cuyo resultado deberá declarar la compatibilidad o incompatibilidad de la ayuda en cuestión con el mercado interior.

Asimismo, conforme al artículo 108.4 TFUE la Comisión Europea puede adoptar reglamentos relativos a determinadas categorías de ayudas públicas respecto a las que el Consejo Europeo haya determinado que pueden quedar exentas de la obligatoriedad de su notificación para que aquella evalúe su compatibilidad con el mercado interior. En este contexto, la Comisión Europea aprobó el Reglamento 651/2014, General de Exención por Categorías (RGEC) que exime de notificar aquellas ayudas que, cumpliendo una serie de requisitos previstos en dicho texto normativo, tengan, entre otras finalidades, el fomento de la investigación y el desarrollo, la protección del medio ambiente, el fomento del empleo y la formación, o las ayudas regionales a la inversión.

Además de lo anterior, encontramos el Reglamento (UE) n° 1407/2013 de la Comisión Europea, 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*. Las ayudas *minimis* son las ayudas estatales con una cuantía reducida por lo que están exentas del control de las ayudas estatales de los artículos anteriores. Estas se refieren a un importe máximo de 200.000 euros por beneficiario en un periodo de 3 años, sumando las ayudas recibidas por todas las Administraciones. La Comisión Europea considera que dichas ayudas no repercuten negativamente en la competencia ni en el comercio del mercado interior por lo que no es necesario notificarlas a la Comisión Europea.

En definitiva, considerando lo expuesto hasta ahora, conviene incidir en el hecho de que las ayudas públicas muchas veces no solo son legítimas sino que también son necesarias, y es por ello que su eventual otorgamiento puede resultar económicamente eficiente. Así, en su día, la Comisión Nacional de la Competencia (2008, pp. 16-33) (predecesora de la CNMC), señalaba que el otorgamiento de ayudas públicas únicamente encuentra su justificación en la existencia de un “fallo de mercado” o de un objetivo de interés general que se trata de incentivar a través de este instrumento; si bien, su simple presencia o invocación solo actúa como “condición necesaria pero no suficiente” para justificar su otorgamiento. En otras palabras, cuando se produce un fallo de mercado, la ayuda pública puede ser capaz de corregir las ineficiencias que se generen. De hecho, la CNMC (2021)¹⁴ ha determinado en su último informe anual que el análisis de la compatibilidad de las ayudas públicas no debe ser solo de índole jurídica sino también económica a fin de sopesar las necesidades de los mercados y la economía en general (p. 5). El análisis de esta doble perspectiva es precisamente puesto de manifiesto en las ayudas públicas concedidas en el contexto de la crisis provocada por la pandemia del COVID-19.

4. LA SITUACIÓN ECONÓMICA GENERADA POR LA PANDEMIA

La pandemia generada por el COVID-19 ha repercutido negativamente en todos los Estados del mundo. No solo la salud pública ha sido amenazada sino que, con ello, la economía de los países se ha visto afectada y gravemente perjudicada. Esto mismo ha sido enfatizado por la Comisión de Comercio Internacional que establece que “la pandemia de COVID-19 coloca al mundo ante una conmoción internacional sin precedentes, no solo porque supone un desastre humanitario, sino también porque perturba nuestros sistemas económicos y comerciales”¹⁵. Con el fin de contener el virus y paliar los efectos negativos de la mencionada crisis, los Estados adoptaron medidas que tuvieron un efecto directo en la actividad económica llegando incluso a paralizarla totalmente durante un largo periodo de tiempo. Además, las posteriores recaídas han contribuido al empeoramiento de la situación. Estas medidas tuvieron un impacto inmediato tanto en la oferta como en la demanda,

14 Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021.

15 Informe de la Comisión de Comercio Internacional sobre los aspectos y consecuencias de la COVID-19 con respecto al comercio (2020/2117(INI)).

afectando a las empresas y a los trabajadores, especialmente en los sectores de la salud, el turismo, la cultura, el comercio minorista o el transporte.

Como no puede ser de otro modo, no solo los distintos Estados sino también la Unión Europea como conjunto se ha visto afectada, siendo el 2020 el año de mayor derrumbe económico desde su constitución. Según datos obtenidos de Eurostat y recogidos por la Agencia EFE, en 2020 el PIB de la Unión Europea cayó un 6,4% y el de la eurozona un 6,8%, siendo los países turísticos como Grecia, Italia y España los más perjudicados. Para entender la magnitud del impacto en España como uno de los países más golpeados por la crisis, cabe señalar que vio disminuido su PIB durante los tres primeros meses del año 2020 en un 5,2%, lo que, según el Banco de España, supuso “la mayor caída intertrimestral de nuestra historia reciente y un retroceso superior al registrado en la media de la UEM (un 3,6%)” (Hernández Cos, 2020, p. 7).

Además, las peores estadísticas las encontramos acompañadas de las sucesivas olas de repunte que se han producido y como consecuencia de las medidas tomadas por los Estados para frenarlas. Sin embargo, estas restricciones parecieron ser efectivas pues la actividad turística de la zona sur de Europa volvió a crecer en el último trimestre del año 2020.

De hecho, en el contexto de la recuperación de este panorama desolador se han ido promoviendo distintas medidas entre las que cabe destacar especialmente la flexibilización de la normativa europea aplicable a las ayudas públicas. Concretamente, la Comisión Europea cifró en octubre de 2020 el volumen de ayudas de Estado autorizadas hasta el momento en tres billones de euros, siendo Alemania el país líder en términos de ayudas nominalmente aprobadas y siendo especialmente relevantes los casos de España y Francia en términos de ayuda utilizada en relación con el PIB nacional (aproximadamente un 4%)¹⁶.

5. LA VISIÓN DE LA OCDE

En el marco de la crisis provocada por el COVID-19, la OCDE publicó el 27 de abril de 2020 un importante documento denominado “Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19”¹⁷. En él se apuntaban recomendaciones, tanto para los Gobiernos como para las autoridades de competencia, para afrontar la situación engendrada por la crisis del COVID-19, sobre los tres grandes pilares que integran la política de la competencia: conductas, concentraciones y, especialmente, intervención de los Estados en materia de ayudas públicas.

Desde los primeros párrafos del documento se reconoce la necesidad y legitimidad de la actuación de los gobiernos para superar los efectos de la crisis, insistiendo en el papel que deben desempeñar las autoridades de competencia para evitar que las medidas adoptadas por los gobiernos terminen distorsionando la competencia una vez se superen los efectos de la pandemia.

A la hora de identificar las medidas que pueden adoptar los gobiernos para paliar los efectos de la crisis, se hace referencia a medidas tales como las subvenciones, subsidios, garantías bancarias y cualquier otro tipo de ayuda estatal, poniéndose de manifiesto, no obstante, los riesgos inherentes a las mismas: “No obstante, existe el peligro de que, si no se diseña cuidadosamente, el apoyo estatal genere distorsiones de la competencia y desestabilice el terreno de juego entre las empresas que reciben ayudas y las que no lo hacen”.

Para evitar ese peligro, la OCDE resalta una evidencia consistente en que mientras las ayudas otorgadas conforme a criterios objetivos y reglas claras generan pocos problemas, las ayudas concedidas a

¹⁶ Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021. Págs. 63-64.

¹⁷ Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19 de 27 de abril de 2020.

empresas específicas pueden resultar problemáticas y producir distorsiones a la competencia. En este sentido, conviene mencionar que la OCDE resalta el Marco Temporal adoptado por la Unión Europea, en el que incidiremos a continuación, como ejemplo de directrices para garantizar la neutralidad competitiva en las intervenciones estatales.

En la misma línea, el documento de la OCDE finaliza con una serie de recomendaciones tanto para los gobiernos como para las autoridades de competencia.

Entre las recomendaciones para los primeros, se incluyen las siguientes:

- Solicitar y ser receptivos al asesoramiento de la autoridad de competencia.
- Asegurarse que las medidas sean transparentes y temporales y que los efectos positivos de las medidas no se vean superados por los negativos.
- Establecer un diseño adecuado, temporal y con medidas de seguimiento.

Evitar ayudas selectivas a las empresas que tuvieran problemas antes de la crisis.

Retirar las inversiones tan pronto las circunstancias lo permitan y diseñar una estrategia de salida.

Reembolsar de forma transparente a las empresas a las que por la situación de la crisis se vean impuestas obligaciones de servicio público.

En cuanto a las recomendaciones para las autoridades de competencia, consisten en:

Ayudar a los gobiernos mediante el asesoramiento.

Emitir opiniones/directrices para evitar distorsiones en el mercado.

Aumentar las actividades de promoción de la competencia para poner de manifiesto que se debe optar por medidas que aseguren el mantenimiento de mercados competitivos.

Cooperar con otras jurisdicciones para tratar de conseguir a nivel internacional cierto nivel de acuerdo respecto a las medidas a adoptar.

6. MARCO TEMPORAL DE AYUDAS ESTATALES EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19

Con ocasión de la crisis sanitaria y económica derivada del COVID-19, la Comisión Europea se ha visto obligada a mantener un equilibrio entre el control de las ayudas públicas y la flexibilización de la normativa relativa a la concesión de dichas ayudas. A tal efecto, y una vez valoradas las diversas propuestas de los Estados miembros, la Comisión Europea decidió adoptar un Marco Temporal de ayudas de Estado para respaldar la economía sobre la base de los artículos 107. 2 y 3 TFUE que ha sido definido como “una guía que determina los criterios según los cuales la Comisión considerará compatibles las ayudas con el mercado interior” (Álvarez Suárez et al., 2020, p. 164). De hecho, dicho Marco Temporal ha sido modificado en sucesivas ocasiones con la finalidad de ampliar y flexibilizar las categorías de ayudas permitidas, así como acelerar el proceso de autorización de las mismas por parte de la Comisión Europea.

Sin embargo, la adopción de medidas conjuntas por parte de la Comisión Europea con el objetivo de superar una crisis económica no es novedad, pues ya desde 2008 se aprobaron diversos planes y fondos de rescate dirigidos a los países más afectados y con peor situación económica.

Concretamente, en 2008 la Comisión Europea se vio en la necesidad de elaborar una serie de medidas encaminadas a hacer resurgir la economía de la Unión Europea. En este sentido, destaca la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo de 28 de noviembre de 2008 referido a un Plan Europeo de Recuperación Económica¹⁸ que responde a una actuación coordinada como medio para superar la crisis económica ocasionada por la crisis bancaria de ese momento.

Ahora bien, volviendo a la crisis actual, el 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó la 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" (en adelante "**Marco Temporal**")¹⁹, en la que, entre otras cosas, se establecen las posibilidades que tienen los Estados miembros, con arreglo a las normas de la Unión Europea, para garantizar la liquidez y el acceso a la financiación de las empresas, especialmente las pequeñas y medianas empresas (pymes), a fin de que puedan recuperarse de la situación actual. El objetivo de la Comisión Europea era establecer un marco que permitiese a los Estados miembros apoyar a las empresas en crisis debido al actual brote de COVID-19, manteniendo al mismo tiempo la integridad del mercado interior de la Unión Europea, garantizando unas condiciones de competencia equitativas.

En un primer momento, el Marco Temporal hizo referencia al enorme impacto del brote de COVID-19 en la economía, así como la necesidad de actuar, sobre todo en materia de viabilidad, liquidez y solvencia, que se ve justificada por tales circunstancias. En este sentido, la Comisión Europea (2020)²⁰ delimita y acota el objetivo perseguido en la Comunicación de la siguiente manera:

El objetivo de la presente Comunicación es establecer un marco que permita a los Estados miembros hacer frente a las dificultades que están encontrando las empresas, al tiempo que mantienen la integridad del mercado interior de la UE y garantizan la igualdad de condiciones. (apartado 16)

Asimismo, cabe señalar que este Marco Temporal es complementario a otras normas ya existentes reguladoras de las ayudas de Estado, las cuales siguen en vigor, si bien el Marco Temporal amplía el ámbito de las actuaciones permitidas orientándose, especialmente, a que los Estados miembros puedan otorgar nuevos instrumentos de apoyo, más específicos, y que posibiliten las ayudas a las empresas que hayan entrado en situación de dificultad con motivo del COVID-19. En otras palabras, tal y como indica la CNMC, la función del Marco Temporal no es modificar las normas recogidas en el TFUE, sino más bien servir de guía práctica en tanto en cuanto "*constituyen la interpretación que va a realizar la Comisión Europea durante este periodo excepcional de las normas de ayudas de Estado existentes*"²¹.

En base al Marco Temporal aprobado por la Comisión Europea, la pandemia provocada por el COVID-19 se encuadra en el supuesto recogido en el apartado 3 del artículo 107 TFUE relativo a una grave perturbación en la economía de los Estados miembros. Por este motivo, la Comisión Europea ha considerado que las ayudas estatales están justificadas y son compatibles con el mercado interior siempre que se adopten para un periodo limitado y tengan por objeto solventar, entre otros, la escasez de liquidez que presentan las empresas afectadas.

18 Comunicación de la Comisión al Consejo de 28 de noviembre de 2008 COM (2008) 800 final, referido a un Plan Europeo de Recuperación Económica.

19 Comunicación de la Comisión Europea de 19 de marzo de 2020, C (2020)1863 (DO C 91 I de 20.3.2020). Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

20 Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 de 19 de marzo de 2020.

21 Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021.

Concretamente, los nuevos instrumentos de ayudas permitidos que se podrán conceder con esta finalidad, como máximo hasta el 31 de diciembre de 2020, serán los siguientes:

- (i) Subvenciones directas, ventajas fiscales selectivas y anticipos para que las empresas puedan atender sus necesidades urgentes de liquidez.
- (ii) Garantías estatales para los préstamos que las entidades bancarias concedan a las empresas, tanto para inversiones como para circulante.
- (iii) Préstamos públicos y privados con bonificación de tipos de interés.
- (iv) Seguros de crédito a la exportación a corto plazo. Los Estados miembros podrán conceder también ayudas para la cobertura de tales riesgos proporcionando evidencia suficiente de la falta de cobertura para el riesgo en el seguro privado.

Las propuestas que quieran aprobar los Estados miembros se deberán notificar de forma previa a la Comisión Europea, si bien está previsto que este mecanismo se articule por la vía de urgencia, tal y como requieren las circunstancias.

De forma adicional, la Comisión Europea introdujo un interesante recordatorio indicando que los Estados miembros podrán aplicar otras medidas de alcance general (para todas las empresas) las cuales no constituirán ayudas y, por tanto, no impondrá limitación a las mismas, que supongan, por ejemplo, el pago de subsidios salariales, la suspensión de pagos de impuestos, contribuciones de bienestar social, o apoyo financiero directamente a los consumidores por servicios cancelados o billetes no reembolsados por los operadores en cuestión. En estos casos, los Estados miembros disponen de amplio margen de actuación sin necesidad de someterse al control comunitario. Y ello, por cuanto debe entenderse que no existe el criterio de la selectividad exigible para ser calificada como ayuda de Estado.

Además, los Estados miembros también pueden compensar a aquellos sectores particularmente afectados por el brote (transporte, turismo, cultura, hostelería y comercio minorista) y/u organizadores de eventos cancelados por daños sufridos debido y directamente causados por el brote. Los Estados miembros podrán notificar dichas medidas de indemnización por daños y la Comisión Europea las evaluará directamente de forma individual.

Por lo tanto, en el esfuerzo general de los Estados miembros para abordar los efectos del brote de COVID-19 en su economía, la presente Comunicación establece las posibilidades que disponen los Estados miembros en virtud de las normas de la UE para garantizar la liquidez y el acceso a la financiación para las empresas, especialmente las pymes, que se enfrentan a una súbita escasez en este período, a fin de que puedan recuperarse de la situación actual.

Sin embargo, este Marco temporal se ha visto modificado en diferentes ocasiones, a raíz del avance de la crisis derivada del COVID-19 y como consecuencia de las nuevas necesidades que han ido surgiendo en este contexto. Dichas modificaciones se han producido el 3 de abril de 2020, el 8 de mayo de 2020, el 29 de junio de 2020, el 13 de octubre de 2020, y por último, el 28 de enero de 2021, las cuales se integran en la versión consolidada del documento.

En la primera de estas modificaciones, el 3 de abril de 2020²², su objetivo fue el de permitir las ayudas destinadas a acelerar la investigación, el ensayo y la producción de productos relacionados con la

²² Comunicación de la Comisión de 3 de abril de 2020, C (2020)2215 (DO C 112 I de 4.4.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

COVID-19, proteger el empleo y seguir respaldando la economía durante la crisis actual. La motivación de la Comisión Europea para aprobar esta primera modificación se basa en que, en un principio, el Marco Temporal se había centrado prioritariamente en garantizar la liquidez y la financiación de las empresas afectadas por la pandemia sin llegar a especificar la promoción de medidas relativas a la investigación de los productos relacionados con el COVID-19 y la preservación del empleo. Por tanto, la ampliación del Marco temporal contenida en dicha Comunicación permitía: (i) dar cabida a las actividades de I+D; (ii) las de desarrollo y mejora de los recursos necesarios para luchar contra el COVID-19 (vacunas, equipos de ventilación, etc.), facilitando la cooperación entre compañías de diferentes Estados miembros; y (iii) apoyar medidas adoptadas por los Estados miembros para la producción de productos relevantes para la lucha contra la pandemia y el diferimiento o suspensión de impuestos y pagos a la seguridad social, así como la asunción de costes salariales en compañías, sectores y regiones especialmente castigados por la crisis.

Esta Comunicación pretendía dar respuesta a las necesidades de cooperación entre empresas generadas por la escasez de productos y servicios esenciales para luchar contra la pandemia, esencialmente en el sector sanitario (laboratorios farmacéuticos, fabricantes de equipos y sus distribuidores), pero sin dejar de vigilar situaciones en que las empresas pretendan aprovechar esta situación para alcanzar acuerdos anticompetitivos o abusar de su posición de dominio en el mercado limitando la producción o aprovechándose de los consumidores y clientes.

La segunda de las mencionadas modificaciones tuvo lugar el 8 de mayo de 2020²³ y es considerada una de las más controvertidas pues se trata de ayudas catalogadas por algunos autores como “de último recurso” por dejar, hasta cierto punto, la puerta abierta a la nacionalización de empresas. Esto es así puesto que, en términos generales, se incluyeron ayudas en forma de capitalización a favor de empresas que eran especialmente susceptibles de afectar negativamente al mercado interior (Álvarez Suárez et al., 2020, pp. 163-173).

Así, tal y como se expone en dicha Comunicación, lo que se pretende es permitir a los Estados miembros aportar apoyo público en forma de instrumentos de capital y/o de instrumentos híbridos de capital a las empresas que tienen una situación difícil como consecuencia de la pandemia. El objetivo que se quiere lograr es el de evitar la salida innecesaria del mercado de las empresas viables antes de lo ocurrido. En este sentido, la Comunicación detalla que las recapitalizaciones “no deben superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, ni exceder del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario a la situación anterior al brote de COVID-19”²⁴.

Sin embargo, estos instrumentos pueden falsear considerablemente la competencia entre empresas. Es por ello que las condiciones bajo las que se puede actuar se encuentran delimitadas en la Comunicación. De esta manera:

49. Las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 deben cumplir las siguientes condiciones:

a) sin la intervención estatal, el beneficiario cesaría en su actividad o tendría graves dificultades para mantenerse en funcionamiento. Estas dificultades podrán demostrarse por el deterioro, en particular, del coeficiente deuda/capital del beneficiario o por indicadores similares;

b) la intervención responde al interés común. Este interés común puede referirse a evitar problemas sociales y deficiencias del mercado debido a una pérdida significativa de empleo,

23 Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2020, C (2020)3156 (DO C 164 de 13.5.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

24 Párrafo 6 de la Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2020, C (2020)3156 (DO C 164 de 13.5.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

la salida de una empresa innovadora, la salida de una empresa de importancia sistémica, el riesgo de perturbación de un servicio importante, o situaciones similares debidamente fundamentadas por el Estado miembro en cuestión;

c) el beneficiario no puede conseguir financiación en los mercados en condiciones asequibles y las medidas horizontales existentes en el Estado miembro en cuestión para cubrir las necesidades de liquidez son insuficientes para garantizar su viabilidad, y

d) el beneficiario no es una empresa que ya estaba en crisis el 31 de diciembre de 2019. (Comisión Europea, 2020, apartado 3.11.2.)²⁵

En cuanto a los tipos de medidas de recapitalización, los Estados miembros cuentan con dos conjuntos distintos de instrumentos de recapitalización. Por un lado, instrumentos de capital, en particular la emisión de nuevas acciones ordinarias o preferentes y, por otro lado, instrumentos con un componente de capital (denominados “instrumentos híbridos de capital”), en particular, los derechos de participación en beneficios, las participaciones sin voto y las obligaciones convertibles garantizadas o no garantizadas.

Cabe considerar que, en la medida que una forma de ayuda pública puede ser la participación del estado en el capital de las empresas, si finalmente se admitiera manga ancha de la Comisión Europea para estas participaciones, nos podría conducir a una nueva ola de nacionalizaciones, a la que, salvo excepciones, se puso fin tiempo atrás mediante una política de privatizaciones que dio lugar a décadas de desarrollo económico. Aunque, siendo optimistas y vistos los antecedentes, no parece previsible que la política de la Comisión Europea pueda abrir paso a lo que antes hemos denominado “nacionalizaciones ideológicas” que no respondan a una rigurosa política de control de las ayudas públicas.

Es cierto que la pandemia nos ha situado en un escenario insospechado, pero un sistema de ayudas que impidiera las quiebras en sectores no estratégicos e, item más, condujera al fortalecimiento de los campeones nacionales y las grandes empresas multinacionales, sería tremendamente destructivo para la competencia y, en consecuencia, para la economía de mercado.

En la tercera de las modificaciones, de fecha 29 de junio de 2020²⁶, el objetivo de la Comunicación es el de prestar más apoyo a las microempresas, las pequeñas empresas y las empresas emergentes innovadoras, por tratarse de empresas que se han visto particularmente afectadas por la escasez de liquidez causada por el impacto económico de la pandemia, así como para incentivar la inversión privada. De hecho, la principal motivación de la Comisión Europea para aprobar dicha modificación se centra en el importante papel que tienen estas categorías de empresas en el empleo y crecimiento de la Unión Europea en términos agregados, generando aproximadamente un 35% del valor añadido y un 50% del empleo en el sector empresarial no financiero. Si bien, esta modificación tuvo especial relevancia, pues permitió a los Estados miembros otorgar ayudas a pequeñas empresas y empresas emergentes que estuviesen en crisis con anterioridad a la pandemia siempre que concudiesen determinados requisitos. Así, lo que se pretende es incluir en el Marco Temporal ayudas estatales para todas las microempresas y pequeñas empresas,

incluso si entraran en la categoría de empresa en crisis el 31 de diciembre de 2019, siempre y cuando no se encuentren inmersas en un procedimiento concursal con arreglo a su Derecho

25 Comunicación de la Comisión de 8 de mayo de 2020, C (2020)3156 (DO C 164 de 13.5.2020). Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

26 Comunicación de la Comisión de 29 de junio de 2020, C (2020)4509 (DO C 218 de 2.7.2020). Tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

nacional y no hayan recibido una ayuda de salvamento (que no haya sido reembolsada) o de reestructuración (y estén todavía sometidas a un plan de reestructuración)²⁷.

Dado que estas empresas tienen un tamaño limitado y apenas participan en transacciones transfronterizas, la Comisión Europea considera que es poco probable que las ayudas estatales a las microempresas y pequeñas empresas puedan falsear la competencia en el mercado interior y afecten el comercio dentro de la Unión Europea.

La cuarta de las modificaciones, de 13 de octubre de 2020²⁸, va dirigida a no solo a prorrogar el Marco Temporal a fin de seguir contribuyendo al apoyo eficaz a las empresas afectadas, a la consecución de la integridad del mercado interior y a la persecución de condiciones equitativas, sino también a permitir que la ayuda cubra parte de los costes fijos no cubiertos por la bajada de la demanda de empresas afectadas por la crisis y a modificar la lista de países cuyos riesgos son negociables.

Por último, la quinta de las mencionadas modificaciones, de fecha 28 de enero de 2021²⁹, pretende, del mismo modo, prorrogar el Marco Temporal hasta el 31 de diciembre de 2021 como consecuencia de la segunda ola y del endurecimiento de medidas a tomar por los Estados miembros, además de adaptar los límites máximos de ayuda de determinadas medidas para hacer frente a los prolongados efectos económicos de la crisis actual, y aclarar y modificar las condiciones para la concesión de determinadas medidas temporales de ayuda estatal.

Ahora bien, desde una perspectiva más práctica, cabe identificar aquellos sectores económicos que se han visto más afectados por las consecuencias de la pandemia y que, por consiguiente, se han apoyado con más intensidad en el mencionado Marco Temporal. Uno de ellos es el sector del transporte aéreo, no solo por la limitación de la movilidad aérea sino por la caída del sector turístico. Como consecuencias de las pérdidas registradas por las compañías aéreas en 2020, se han autorizado ayudas de distintos Estados miembros con la finalidad de apoyar directamente a que las aerolíneas superaran los perjuicios económicos ocasionados por esta crisis.

A título de ejemplo, entre las ayudas otorgadas a las aerolíneas destacan las concedidas a compañías de bandera como Lufthansa (9.000 millones de euros, ayuda nº SA.57153) o Alitalia (3.000 millones de euros), considerando la Comisión Europea que dichas ayudas son compatibles con el mercado interior y que están dirigidas a paliar los efectos de la pandemia en este sector. Además de estas ayudas, se han concedido también en este sector préstamos, aplazamientos de impuestos o planes de garantías por parte de diferentes Estados miembros.

No obstante, el otorgamiento de las mencionadas ayudas ha sido cuanto menos una cuestión controvertida por la disconformidad manifestada por diversos competidores. A tal respecto, cabe destacar diversos pronunciamientos recientes de la Comisión Europea y el Tribunal General de

27 Párrafo 6 de la Comisión de 29 de junio de 2020, C (2020)4509 (DO C 218 de 2.7.2020). Tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19.

28 Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2020, C (2020)7127 (DO C 340 I de 13.10.2020). Cuarta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

29 Comunicación de la Comisión de 28 de enero de 2021, C (2021) (DO C 34/06 de 28.01.2021). Quinta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación del anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo.

la Unión Europea (en adelante, el "TG") derivados de recursos interpuestos por Ryanair contra decisiones de la Comisión Europea que autorizaban ayudas públicas a compañías áreas derivadas de la pandemia. A título de ejemplo, conviene señalar el caso de la aerolínea Condor a la que se le otorgó en julio de 2021 un paquete de ayudas fundamentado en la existencia de un daño real sufrido con ocasión de la COVID-19. Al respecto, conviene precisar que dicha medida tuvo lugar después de que el TG anulara previamente una autorización de ayuda de la Comisión Europea de un préstamo público a favor de Condor tras el recurso Ryanair por carecer dicha decisión, según el TG, de una motivación suficiente³⁰.

Por lo tanto, vistas las distintas Comunicaciones que ha llevado a cabo la Comisión Europea y su aplicación práctica, cabe preguntarse: ¿cómo está reaccionando la Unión Europea? A grandes rasgos puede observarse cómo el Marco Temporal promovido por la Comisión Europea ha sido fuertemente aceptado por los distintos Estados miembros, siendo un ejemplo manifiesto de esta realidad las abundantes decisiones que la Comisión Europea ha autorizado.

Aunque la adaptación favorable de los Estados miembros al Marco Temporal es una realidad, también es cierto que se ha venido observando un comportamiento prudente por parte de los distintos Estados miembros. No obstante, muchos temían que esa prudencia se fuera relajando, especialmente, en cuanto a la participación en el capital de las empresas. De hecho, es posible que haya quien piense que puede ser una vía para construir un teórico paraíso plagado de empresas públicas, pero, afortunadamente, esas pretensiones se encontraron con un muro, consistente en la política de la competencia de la Comisión Europea que, como se ha señalado, es uno de los instrumentos más significativos para lograr la integración económica.

En línea con lo anterior, se debe señalar que en los documentos mencionados se imponen determinadas condiciones a la participación pública que hacen difícil el desarrollo de una política generalizada de nacionalizaciones. Ello no obstante, y al mismo tiempo, existen fuertes presiones de los países con mayor capacidad económica, encabezados por Francia y Alemania, para flexibilizarlas. De hecho, la flexibilización de las exigencias podría dar lugar a desequilibrios, en la medida en la que los países económicamente más fuertes siempre dispondrán de más recursos para fortalecer sus empresas, provocando una política de "campeones nacionales" que podrían competir, fortalecidos por recursos públicos, con las empresas de otros países de la Unión Europea que no dispongan de sus mismos recursos para fortalecer a sus empresas. Por todo ello, resulta fundamental que se tenga en consideración a efectos de lograr una recuperación equilibrada, no solo el objetivo de paliar el impacto económico negativo provocado por el COVID-19, sino también garantizar que las medidas adoptadas no perjudiquen uno de los grandes pilares de la Unión Europea como es el mercado interior.

7. FONDO NEXT GENERATION EU

Además de las diferentes comunicaciones aquí analizadas, la Unión Europea considera necesario el desarrollo de medidas adicionales con el objetivo de contribuir a la pronta y más eficaz recuperación europea. En este contexto destaca el Fondo de Recuperación Europeo "NextGenerationEU" aprobado por el Consejo Europeo que, junto con el presupuesto a largo plazo de la Unión Europea, supone la mayor financiación europea jamás vista. Esto supone que alrededor de 2,018 billones de euros irán destinados a la reconstrucción europea tras la pandemia.

El 27 de mayo de 2020, en respuesta a la crisis sin precedentes causada por el COVID-19, la Comisión Europea propuso el instrumento temporal de recuperación *NextGenerationEU*, así como refuerzos específicos del presupuesto a largo plazo de la Unión Europea para 2021-2027.

30 Sentencia del Tribunal General (Sala Décima ampliada) de 9 de junio de 2021, asunto T-665/20 Ryanair DAC v. Comisión Europea.

Asimismo, el Parlamento Europeo enfatizó que el fondo de recuperación debía ser “*un complemento del marco financiero plurianual y un instrumento de la Unión Europea, en lugar de una solución intergubernamental*” (D’ Alfonso, 2020, pp. 1). De este modo, el *NextGenerationEU* es un instrumento temporal de recuperación que permite a la Comisión Europea endeudarse en nombre de la Unión Europea y que cuenta, aproximadamente, con más de 800.000 millones de euros.

Aunque esta propuesta fue valorada como audaz, ambiciosa y merecedora de éxito a pesar de los retos que pudiese suponer, su negociación fue realmente compleja (D’ Alfonso, 2020, pp. 11-12)³¹. Reflejo de ello fue la cumbre europea para la creación de este fondo que fue una de las más largas hasta entonces celebradas pues el acuerdo sobre su creación no parecía llegar dados los intereses contrapuestos existentes durante las negociaciones, especialmente, en cuanto a la cantidad y forma del fondo de reconstrucción. Aunque la propuesta más destacada fue la presentada por Emmanuel Macron y Angela Merkel al considerarse un “momento hamiltoniano”³² por suponer un punto de partida para la mayor integración en la Unión Europea con deuda compartida entre Estados miembros, los llamados países frugales (Países Bajos, Suecia, Austria y Dinamarca) se decantaban más por la propuesta de Finlandia que reducía considerablemente los fondos inicialmente presentados por el Presidente del Consejo, y que resultaba para el resto de países inaceptable por insuficientes, siendo reafirmado por la Presidenta del Banco Central Europeo quien intervino para insistir en que el acuerdo debía ser más ambicioso. Sin embargo, sus diferencias, que ascendían a 50.000 millones de euros parecían ser insalvables. Además de querer reducir el importe del fondo, los países denominados frugales pedían que las ayudas no reembolsables, también denominadas a fondo perdido, fueran de cuantía menor. Del mismo modo, algunas de las reacciones más comentadas fueron las del canciller austriaco Sebastian Kurz que alegó que seguirían siendo solidarios frente a los países más afectados por el COVID-19, si bien, debía hacerse “bajo la forma de préstamos y no subvenciones”, así como las continuas declaraciones del primer ministro holandés, Mark Rutte, dirigidas a lograr un recorte del gasto y un control estricto de las ayudas a la recuperación.

Finalmente, el Presidente del Consejo, Charles Michel, presentó una propuesta denominada “freno de emergencia” que aumentaba los descuentos que recibirían estos países en su contribución al presupuesto comunitario por aportar mucho más de lo que recibirían y obligaba a los países a enviar el plan de reforma al Consejo a fin de su aprobación por mayoría cualificada. Todo ello contribuyó a que los dirigentes europeos cediesen parcialmente en sus propuestas y alcanzasen un acuerdo tanto para el paquete de recuperación como para el presupuesto de 2021-2027³³.

Así pues, bajo la iniciativa del *NextGenerationEU* se crean dos instrumentos financieros. Por un lado, el Mecanismo europeo de Recuperación y Resiliencia (MRR) y, por otro lado, la ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa (REACT-UE). El primero de estos instrumentos ofrece apoyo a todos los Estados miembros a través de transferencias directas y préstamos para aumentar las inversiones públicas y llevar a cabo reformas que contribuyan a la recuperación de la economía y el empleo, y están orientadas a lidiar con los principales retos económicos y sociales surgidos tras el COVID-19. La asignación que le corresponde a cada uno de los Estados miembros 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. Además, los fondos que forman parte de este primer instrumento se concederán en dos partes: un 70% sobre los indicadores mencionados y un 30% en función de la evolución económica que se produzca entre 2020 y 2021, por lo que

31 Valoración reflejada en declaraciones del profesor Iain Begg de la London School of Economics y artículos de Friend of Europe.

32 Se ha hecho similitud de este momento al que ocurrió en 1790 cuando Alexander Hamilton unificó la deuda en los territorios en los primeros inicios de EEUU para lograr una unión más fuerte.

33 Conclusiones adoptadas por el Consejo de Europa en Reunión Extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020), EUCO 10/20, CO EUR 8, CONCL 4, 21 de julio de 2020, Bruselas.

esta segunda parte se otorgará en 2022. Para poder acogerse al MRR, los Estados miembros deben presentar Planes nacionales de recuperación y resiliencia.

El segundo instrumento 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).

El objetivo de ambos instrumentos es contribuir a reducir el impacto económico y social de la pandemia y hacer que las economías y sociedades europeas sean más sostenibles y resilientes, y estén mejor preparadas para los retos y las oportunidades de las transiciones ecológica y digital. Para financiar este fondo, se obtendrán, por parte de la Comisión Europea, préstamos en los mercados a costes más favorables que muchos Estados miembros y se redistribuirán los importes. El objetivo de la Comisión Europea es recaudar, hasta 2026, con las mejores condiciones financieras, unos 800.000 millones de euros, que suponen el 5% del PIB de la UE. En la primera operación de *NextGenerationEU*, que tuvo lugar el 15 de junio de 2021, la Comisión Europea recaudó 20.000 millones de euros.

8. CONCLUSIONES

En recapitulación de cuanto se ha venido exponiendo podemos formular, a modo de conclusiones, las siguientes:

Primera.- Resulta evidente que, para el buen funcionamiento de la economía de mercado, es necesario respetar lo que constituye uno de sus elementos fundamentales, como es la política de la competencia.

Segunda.- Si la anterior conclusión resulta indubitada, de ella se deduce que aún resulta más necesario afirmar que una política de la competencia común, entre los países que lo integran, es indispensable para la creación y el buen funcionamiento de un espacio económico común entre varios países.

Tercera.- Prueba de la afirmación anterior lo constituye el hecho de que en la Unión Europea, como ejemplo de espacio regional más consolidado, la política de la competencia se ha convertido en uno de los pilares fundamentales para la integración de los mercados.

Cuarta.- Parte fundamental de la política de la competencia, esencialmente cuando forma parte de la construcción de un espacio regional integrado, lo constituye el control de las ayudas públicas, ya que si un país beneficia a determinadas empresas con medidas económicas que les ayuden, se producirá un desequilibrio en la integración de los mercados.

Quinta.- No obstante lo anteriormente afirmado, las normas de la competencia y, particularmente, las referidas a las ayudas públicas, no constituyen unos principios absolutos e inmutables que no admitan excepciones.

Sexta.- En situaciones de crisis extremas, como ocurrió en 2008 con la crisis bancaria o en la actualidad con ocasión de la pandemia, la política de control de ayudas públicas puede flexibilizarse, admitiendo algunas, en determinadas condiciones, que en una situación normal deberían ser prohibidas. Unas ayudas públicas pueden evitar el hundimiento de determinadas empresas o sectores, con lo cual se evitaría el daño mayor causado, en este caso, por la pandemia.

Séptima.- La flexibilización del control de las ayudas públicas debe realizarse con normas claras y que no produzcan distorsiones a la competencia, en la medida de lo posible, beneficiando a unas empresas en detrimento de otras.

Octava.- La crisis económica y social que ha provocado el COVID-19 y la ulterior reacción en el ámbito de la Unión Europea consistente en la flexibilización del marco normativo europeo de ayudas públicas es un claro ejemplo de la efectividad del otorgamiento de dichas ayudas para lograr una recuperación económica mayor y en menor tiempo.

Novena.- La política de flexibilización de las ayudas públicas llevada a cabo por la Unión Europea con la aprobación del Marco Temporal y sus sucesivas modificaciones, e incluso con la aprobación de los Fondos *Next Generation*, constituyen un ejemplo de las cautelas que se adoptan para evitar que las ayudas públicas se empleen para distorsionar las reglas del mercado.

Décima.- No obstante todo lo anteriormente expuesto, siempre existe el riesgo de que los países con mayor fortaleza económica, cumpliendo con los requisitos, puedan llegar a fortalecer sus empresas en detrimento de las de otros países con economía más débil.

9. BIBLIOGRAFÍA

Álvarez Suárez, M.; Domínguez Viera, J. & Garrosa Fernández, P. (2020). Ayudas de Estado y COVID-19. Nuevos desafíos para el mercado interior. *Economía Industrial*, 417, 163-173.

Comisión Europea. (1997, 3 de enero). Comunicación: Control de las ayudas de Estado y reducción de costes laborales [97/C 1/05].

Comisión Europea. (1998, 10 de diciembre). Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas [98/C 384/03].

Comisión Europea. (2008, 26 de noviembre). Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo. Un Plan Europeo de Recuperación Económica [COM(2008) 800 final].

Comisión Europea. (2010, 3 de marzo). Comunicación de la Comisión. Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020 final].

Comisión Europea. (2020, 20 de marzo). Comunicación de la Comisión. Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 91 I/01].

Comisión Europea. (2020, 4 de abril). Comunicación de la Comisión. Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 112 I/01].

Comisión Europea. (2020, 13 de mayo de 2020). Comunicación de la Comisión. Modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 164/03].

Comisión Europea. (2020, 2 de julio). Comunicación de la Comisión. Tercera modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 [2020/C 218/03].

Comisión Europea. (2020, 13 de octubre). Comunicación de la Comisión. Cuarta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía

en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo [2020/C 340 I/01].

Comisión Europea. (2021, 1 de febrero). Comunicación de la Comisión. Quinta modificación del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 y modificación del anexo de la Comunicación de la Comisión a los Estados miembros sobre la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al seguro de crédito a la exportación a corto plazo [2021/C 34/06].

Comisión Nacional de la Competencia. (2008). Principios económicos para el análisis de las ayudas públicas. En Informe Anual 2008: Ayudas Públicas (pp. 17-34).

Consejo Europeo. (2020, 21 de julio). Reunión Extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020) – Conclusiones [EUCO 10/20] [CO EUR 8] [CONCL 4].

Diario Oficial de la Unión Europea. (2016, 7 de junio). Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (versión consolidada) [C 202].

D' Alfonso, A. (2020, July). *Next Generation EU: A European instrument to counter the impact of the coronavirus pandemic* (Briefing, 2021-2027 MFF). European Parliament.

Hernández Cos, P. (2020). Los principales retos de la economía española tras el Covid-19. Banco de España de 23 de junio de 2020, Documento n° 2024.

Informe de la CNMC sobre las ayudas públicas en España-2020, IAP/CNMC/001/20, de 2 de junio de 2021.

Keppenne, J. P. (1999). *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*. Bruylant.

OCDE. (2020, 27 de abril). Respuestas OCDE de política de competencia ante la crisis de COVID-19.

Parlamento Europeo. Comisión de Comercio Internacional. (2021, 2 de junio). Informe sobre los aspectos y consecuencias de la COVID-19 con respecto al comercio (2020/2117(INI) [A9-0190/2021]).

Rodríguez Míguez, J. A. (2017). El control europeo de las ayudas públicas (I): visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de estado). En J. M. Beneyto Pérez & J. M. Mailla González-Orús, Tratado de derecho de la Competencia. Unión Europea y España (Tomo II) (pp. 187-242). Wolters Kluwer.

Samaniego, G. (2001). La noción de ayuda de Estado. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 212, 83-99.