

AYUDAS DE ESTADO PARA TIEMPOS DE CRISIS: LA NECESIDAD DE FLEXIBILIDAD, EFICIENCIA Y CONTROL

State aid for times of crisis: the need for flexibility, efficiency and control

José Antonio RODRÍGUEZ MÍGUEZ¹

Responsable de Investigación de la Comisión Gallega de la Competencia, del Instituto Gallego de Consumo y de la Competencia

RESUMEN

En las actuales circunstancias de crisis derivada de la pandemia del COVID-19, como ya ocurriera en 2008 con la crisis financiera, el control del otorgamiento de las ayudas estatales es vital para el mantenimiento del Mercado interior y, en buena medida, el futuro de la propia Unión Europea.

La prohibición que establece el Artículo 107.1 TFUE se concibe en realidad como la incompatibilidad “de principio” de las medidas que reúnan todas y cada una de las condiciones contenidas en el mismo. Ello no implica, sin embargo, una prohibición radical y absoluta, pues el sistema prevé que bajo determinadas circunstancias tal prohibición pueda levantarse si concurre alguna de las excepciones que el propio sistema prevé y cuya aplicación corresponden exclusiva a la Comisión Europea.

Esta regulación general dota al sistema de una enorme flexibilidad que permite a la Comisión Europea disponer de un amplio margen de apreciación capaz de hacer frente a situaciones tan complejas como la actual respetando el espíritu de una regulación que reconoce que las ayudas estatales son un instrumento de política económica del que no se puede prescindir totalmente.

El objeto del presente trabajo es el análisis del Marco Temporal relativo a las medidas de ayuda estatal destinadas a respaldar la economía en el contexto del actual brote de COVID-19 en el que la Comisión Europea, como ya hiciera en 2008, expone las condiciones excepcionales bajo las que está dispuesta a autorizar el otorgamiento de ayudas estatales en las actuales circunstancias.

Este marco temporal, que ya ha sido objeto de varias revisiones, contempla la posibilidad de otorgar diversas modalidades de ayuda destinadas a garantizar la liquidez de las empresas, estimular la I+D ligada a la lucha contra la pandemia, la concesión de ayudas de carácter social destinadas mantener el empleo, así como la posibilidad de recapitalizar aquellas empresas cuya subsistencia pueda estar en peligro por la crisis y sus efectos directos sobre la economía.

Analizamos, en consecuencia, un documento esencial de cuyo adecuado uso por parte de las administraciones públicas diseñando medidas adecuadas y eficientes dependerá en gran medida reducir los efectos sanitarios y económicos de un virus que ya ha marcado el curso de la nuestra reciente Historia.

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

ABSTRACT

In the current circumstances of crisis derived from the COVID-19 pandemic, as happened in 2008 with the financial crisis, the control of the granting of State aid is vital for the maintenance of the internal market and, to a large extent, the future of the European Union itself.

The prohibition established in Article 107.1 TFEU is actually conceived as the incompatibility "in principle" of the measures that meet each and every one of the conditions contained therein. This does not imply, however, a radical and absolute prohibition, since the system provides that under certain circumstances such prohibition may be lifted if any of the exceptions that the system itself provides and whose application correspond exclusively to the European Commission.

This general regulation provides the system with enormous flexibility which allows the European Commission to have a wide margin of appreciation capable of dealing with situations as complex as the current one, respecting the spirit of a regulation that recognizes that state aid is an instrument of economic policy that cannot be totally dispensed with.

The object of this work is the analysis of the Temporary Framework relative to state aid measures aimed at supporting the economy in the context of the current COVID-19 outbreak in which the European Commission, as it did in 2008, sets out the exceptional conditions under which it is willing to authorize the granting of state aid in the current circumstances.

This temporal framework, which has already been the subject of several reviews, contemplates the possibility of granting various forms of aid aimed at guaranteeing the liquidity of companies, stimulating R&D linked to the fight against the pandemic, granting aid to maintaining employment as well as the possibility of recapitalizing those companies whose subsistence may be in danger due to the crisis and its direct effects on the economy.

Consequently, we analyse an essential document whose proper use by public administrations, designing adequate and efficient measures, will largely depend on reducing the health and economic effects of a virus that has already marked the course of recent History.

Palabras clave: Ayudas de Estado, Marco Temporal, COVID-19, empresa en crisis.

Keywords: State Aid, Temporary Framework, COVID-19, firm in difficulties.

I. PUNTO DE PARTIDA: DE LA NORMALIDAD A LA EXCEPCIONALIDAD.

El necesario punto de partida de este trabajo es la excepcional circunstancia que estamos atravesando a causa de la pandemia de Coronavirus que asola el mundo. Sean pues las primeras palabras de este trabajo un sencillo homenaje y recuerdo a todos los que han visto frustrada su vida por este excepcional acontecimiento.

Los padres fundadores de la actual Unión Europea fueron conscientes, desde el principio de que si la supresión de barreras arancelarias no se compensaba con un control de las ayudas que los Estados miembros pudieran otorgar a sus empresas nacionales, el proyecto europeo sería un fracaso. Esta fue la razón de que ya el primero de los tratados constitutivos, el ya derogado Tratado por el que se constituyó la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (TCECA, 1951) contuviera una regulación especial para las ayudas de Estado que partía de su prohibición radical y absoluta, al transferirse dicha capacidad en exclusiva a la Alta Autoridad², si bien, la crisis de ambos sectores llevó a los Estados miembros a permitirlos de forma muy limitada³.

Con este antecedente y con una mayor dosis de realismo, en el inicial Tratado por el que se creó la Comunidad Económica Europea (TCEE, 1956) y sus sucesivas versiones hasta el actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se optó por un sistema más flexible, en el que se parte de una prohibición acotada por una serie de condiciones que se formulan todavía hoy en el Artículo 107.1 TFUE, con unas excepciones en las que la exclusiva capacidad de la Comisión Europea para valorarlas varía en función de las justificaciones que amparan tal excepción.

En las actuales circunstancias de crisis derivada de la pandemia del COVID-19, 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, la prohibición que establece el Artículo 107.1 FUE al afirmar que "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."

² La Alta Autoridad era el órgano ejecutivo colegiado y supranacional de la CECA hasta el Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas (Tratado de Fusión de los Ejecutivos, firmado el 8 de abril de 1965 por los Estados miembros de las 3 Comunidades Europeas existentes ese momento (la CECA, la CEE y la EURATOM), creando de esta forma, una sola Comisión Europea y un solo Consejo para las tres Comunidades. Se juntaban en uno sólo

³ Para sortear la prohibición expresa del artículo 4.c) TCECA se buscó cobertura en otras previsiones del propio TCECA para admitir la existencia de ciertas excepciones a la regla general prohibitiva de las ayudas estrictamente nacionales. De este modo, la Comisión y al Consejo solicitaron del Tribunal de Justicia un dictamen motivado sobre la base del artículo 95 T. Tras un primer informe desfavorable (Dictamen motivado de 17 de noviembre de 1959, Rec. vol. V (1958-59), p. 537 (555)), el Tribunal emitió un segundo y definitivo dictamen (Dictamen motivado de 4 de marzo de 1960, Rec. 1960, p. 95 (107)) que dio paso a lo que se conoce como *petite revision*, de 4 de marzo de 1960, que permitió ampliar considerablemente las competencias de la Comisión para autorizar su otorgamiento.

La prohibición se concibe así como la incompatibilidad “de principio”⁴ de todas las medidas que reúnan todas y cada una de las previsiones contenidas en el mismo⁵. Ello implica que para que una concreta medida sea considerada “ayuda estatal”, en el sentido del Artículo 107.1 TFUE, deberá determinarse si su beneficiario es una “empresa” (atendiendo al carácter amplio en que se define en el Derecho de la Competencia) y que la actividad para la que se destina sea una genuina actividad económica): pero es preciso además que la medida sea efectivamente imputable al Estado (entendido también en sentido amplio) y que se financie directa o indirectamente con fondos que se puedan reputar públicos⁶, que favorezca selectivamente al destinatario, concediéndole una “ventaja económica” de forma selectiva (favorezca de determinadas empresas o producciones) y que afecte de forma anticompetitiva a los intercambios entre Estados miembros.

No obstante, es preciso reconocer que el carácter expansivo con el que la Comisión Europea ha venido interpretando estas condiciones, con el respaldo de los tribunales europeos, ha reducido considerablemente las medidas que, con suficiente certeza, se puede afirmar que quedan excluidas del ámbito de aplicación del Artículo 107.1 TFUE. Esta observación es especialmente relevante en lo que se refiere a la selectividad de la medida, en especial a las de naturaleza fiscal, respecto de las que la jurisprudencia ha sido especialmente sensible a los postulados de la Comisión⁷.

La flexibilidad del sistema se apoya en que junto a la regla prohibitiva, el mismo artículo 107 TFUE dispone en dos apartados sucesivos, el 2º y el 3º, unas ayudas que, aun reuniendo los requisitos del apartado 1 (genuinas “ayudas estatales”) serán autorizadas de forma “casi automática” (Artículo 107.2 TFUE), o podrán serlo (Artículo 107.3 TFUE), si la Comisión 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 Comisión⁸. 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.

⁴ Como apuntó ya en su día HERMITTE (« Aides des Etats membres-compatibilité des aides des Etats membres avec le Droit communautaire », en JCE, vol. III, fasc. 675, 1989, p. 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, Keppenne (KEPPENNE, J. P.: *Guide des aides d'Etat en Droit communautaire. Reglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 8 y 9) señala como en la práctica la incompatibilidad del apartado 1 del artículo 107 TFUE se muestra más como la excepción que como la regla general.

⁵ Para una visión general del concepto de ayuda, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A., “El control europeo de las ayudas públicas (I): Visión general y la prohibición general de las ayudas (la noción de ayuda de Estado)”, en BENEYTO PÉREZ, J. M./MAILLO GONZÁLEZ-ORUS, J.: *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, Vol. 2-2, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 187 a 242 y 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, en adelante “CCAÉ”.

⁶ No debemos olvidar que con mucha frecuencia la financiación de las ayudas es cofinanciada con fondos europeos procedentes de los diversos instrumentos europeos existentes. El propio MTAE hace, como veremos, alusión al instrumento creado en el marco del Programa Horizonte 2020 y examinado las ayudas otorgadas a su amparo son numerosos los ejemplos de ayudas nacionales cofinanciadas con fondos europeos. A título ilustrativo, vid. State Aid SA.57191 Poland 11.05.2020 The Polish anti-crisis measures - COVID-19 - state aid in the simplified repayable from financial engineering instruments o SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing - infrastructures and production of COVID 19 related products.

⁷ Puede considerarse ilustrativa de lo expuesto la reciente STG de 24 de octubre de 2019, en el asunto T 778/17, Autostrada Wielkopolska S.A./Comisión (ECLI:EU:T:2019:756), en la que el concepto de ayuda y, en concreto, los elementos de “ventaja” y “selectividad” vuelven a ser examinados por el TG, confirmando la apreciación de la Comisión.

⁸ Acerca de las excepciones a la regla general de incompatibilidad, vid. URRACA CAVBOEDS, C., “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, Bosch, Barcelona, 2017, pp. 243 a 279.

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:

“3. Podrán considerarse compatibles con el mercado interior:

- a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo, así como el de las regiones contempladas en el artículo 349, habida cuenta de su situación estructural, económica y social;
- b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
- c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.
- d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Unión en contra del interés común;
- e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada a propuesta de la Comisión.”

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 defensa⁹, el sistema se articula a través del mecanismo general de la preceptiva notificación previa a la Comisión Europea¹⁰ que, no obstante, se ha ido flexibilizando progresivamente a través de la admisión en sede de ayudas estatales de instrumentos

⁹ Para un análisis en detalle de estas reglas especiales, vid. Arpio Santacruz, Juan Luis, «Las Ayudas Públicas», en GARCÍA-CRUCES, JOSÉ ANTONIO (Dir.), *Tratado...*, op. cit., pp. 419 a 602; en concreto, págs. 429 a 448.

¹⁰ 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) nº 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) nº 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).

tomadas de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE como la regla “de minimis”¹¹ y las “exenciones por categorías”¹².

Esta breve exposición de las reglas europeas sobre ayudas estatales no sería completa sin apuntar la asunción también en esta materia de lo que se ha conocido como “enfoque económico” (“More Economic Approach”)¹³ que exige que la eventual concesión de ayudas estatales no sea únicamente una cuestión de disponibilidad presupuestaria y de legalidad europea sino que su otorgamiento responda a criterios de eficiencia económica a la hora de decidir su otorgamiento y diseñarlas, valorando su incidencia efectiva en los mercados, lo que en unas circunstancias como la actual es todavía esencial.

II. LA APLICACIÓN DEL MARCO GENERAL A LA REALIDAD DE UNA CRISIS GLOBAL

Lo expuesto hasta ahora de forma esquemática es el régimen general de las ayudas de Estado en “tiempos normales”; sin embargo, se trata de un sistema dotado de la suficiente flexibilidad como para ser especialmente útil en situaciones tan extremas como la creada por la pandemia del COVID-19.

En efecto, la amplitud de los conceptos con los que delimitan las normas de la competencia, algo consubstancial al propio Derecho de la Competencia¹⁴, aunque ha sido tradicionalmente fuente de severas críticas por atribuir un amplio margen de discrecionalidad a la Comisión Europea¹⁵, permite a esta, sin embargo, aplicar la misma normativa en circunstancias tan excepcionales como lo fue en su momento la crisis financiera o lo es ahora la generada por el COVID-19.

¹¹ 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.º 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).

¹² Cfr. Reglamento (UE) n.º 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.º 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.º 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).

¹³ Este enfoque económico de las ayudas de Estado se intensificó a partir del “Plan de acción en el ámbito de las ayudas estatales - Ayudas estatales menos numerosas y más específicas: hoja de ruta para la reforma de las ayudas estatales 2005-2009” [SEC(2005) 795], reforzado tras la aprobación de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones para la “Modernización de las ayudas estatales en la UE”, Bruselas, 8.5.2012, COM (2012) 209 final. En lo que respecta a España, las atribuciones de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC) y las Autoridades autonómicas de competencia tienen un papel muy limitado en materia de ayudas públicas, en la esfera de la promoción de la competencia (advocacy), si bien se ha apostado por dicho enfoque económico, como se infiere de la primera metodología para analizar el otorgamiento de ayudas públicas desde la perspectiva de la eficiencia económica expuesta en su día por la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en su Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2008 (Apartado 3. Principios económicos para el análisis de las ayudas públicas, pp. 16 a 33) y posteriormente, desarrollada por la CNMC en su Informe PRO/CNMC/001/2016. Documento Metodológico para la Evaluación de Ayudas Públicas, del 9 de junio de 2016, en el que se asume las líneas marcadas por el ya referido Plan de Acción Modernización de las ayudas estatales en la UE, de 2012-.

¹⁴ Así lo reconocido de forma expresa nuestro propio Tribunal Supremo, en su Sentencia de la Sala Tercera (Sección 3ª) de 2 de noviembre de 2015 (rec. 1523/2013), reproducida, entre otras, en la reciente STS n.º 1497/2018, 1497/2018 (Roj: STS 3631/2018 - ECLI: ES:TS:2018:3631).

¹⁵ Para un examen ponderado y objetivo de estas críticas y su fundamento real (incluida la de la deferencia hacia la Comisión Europea por parte de los tribunales, en concreto respecto de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE, vid. IBÁÑEZ COLOMO, P., *The Shaping of EU Competition Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018.

Por ello, la Comisión ha podido acudir nuevamente, partiendo de la experiencia adquirida con la crisis financiera de 2008¹⁶, a un instrumento de soft law¹⁷, recogiendo en una comunicación un “marco temporal” en el que expone y delimita las condiciones excepcionales bajo las que está dispuesta a admitir la compatibilidad de diversas medidas de intervención pública, poniendo de manifiesto de forma explícita los criterios que aplicará para valorar las medidas sometidas a su consideración durante la crisis, adaptando la normativa general, que permanece plenamente vigente, a las excepcionales circunstancias a la que se debe hacer frente, sin suspender su aplicación.

Resulta evidente que, como ocurriera en 2008, la Comisión no podía ignorar que la presión sobre los Estados miembros para que movilizaran sus recursos públicos iba a ser de nuevo muy poderosa y que, en último término, las ayudas de Estado no dejan de ser un genuino instrumento de política económica del que la Unión Europea hace un uso constante. Por ello optó nuevamente por reconducir los esfuerzos económicos de los de los Estados miembros (incluso con fondos europeos) de modo que sus efectos perturbadores sobre la competencia fueran lo más limitados posibles.

Por esta razón, la aprobación del propio Paquete de ayudas COVID-19 en forma de un “marco temporal” específico fue precedida de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo, al Banco Europeo de Inversiones y al Eurogrupo bajo el expresivo título de “Respuesta económica coordinada al brote de COVID-19¹⁸”, el 13.3.2020¹⁹, en la que, tras ofrecer un diagnóstico realista del escenario de crisis que comenzaba a percibirse y a sus inevitables consecuencias socio-económicas, plantea de forma clara la necesidad garantizar la

¹⁶ En 2008 la Comisión Europea aprobó la Comunicación relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera Mundial (DO C 270, de 25.10.2008, p. 8) que fue objeto de varias revisiones y complementada por otras comunicaciones específicas en lo que se denominó “Paquete Bancario” (estas comunicaciones se pueden consultar en la web oficial de la DGCOMP: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temporary.html). Como hemos tenido ocasión de señalar, la Comisión había esbozado ya unas líneas directrices generales sobre el sector bancario integradas en su Decisión en el caso Crédit Lyonnais de 1995 [Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprobaron condicionalmente la ayuda concedida por Francia al Banco Credit Lyonnais (DO L 308, de 21.12.1995, p. 92)], que incluía un epígrafe 3º, de carácter general titulado “Aplicación a los bancos de las normas sobre ayudas de Estado”, en el que se había examinado 3.1 Aplicabilidad de las normas sobre ayudas de Estado a los Bancos y apreciación de la presencia de ayudas de Estado y 3.2 Apreciación de la compatibilidad de una ayuda de Estado a uno o varios Bancos. A este respecto, véanse nuestros trabajos, RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: “Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado”, en Revista de Derecho Bancario y Bursátil, nº 69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1998, pp. 81 a 124, en concreto, pp. 95 a 102 y RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: “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 Bancario y Bursátil, nº 117, Lex Nova, enero-marzo, 2010, pp. 161 a 190.

¹⁷ Es preciso destacar que el denominado soft law ha desempeñado en materia de ayudas estatales un papel todavía más significativo que en los demás ámbitos del Derecho Europeo, no sólo por su rápida adopción, sino sobre todo por flexibilidad, como tendremos ocasión de ver al examinar las medidas adoptadas por la Comisión para hacer frente a la pandemia del COVID-19. Como ya hemos señalado en una nota anterior, a falta de habilitación específica para adoptar normas en sentido estricto, la Comisión Europea acudió a estos instrumentos adoptando múltiples directrices y notas, en formas diversas tales como comunicaciones, cartas a los Estados miembros o incluso documentos de trabajo de la propia DGCOMP (DGCOMP working papers), muchos de ellos todavía vigentes, en los que la Comisión expone su posición (recogiendo la jurisprudencia que la respalda), acerca de los diferentes tipos o instrumento de ayuda, a su finalidad (regional/sectorial) y marcos horizontales, es decir, sin especificidad sectorial alguna.

¹⁸ COM (2020) 112 final. Esta comunicación se puede consultar en: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-coordinated-economic-response-covid19-march-2020_en.pdf

¹⁹ El Marco temporal diseñado para el COVID-19 alude directamente a esta comunicación, cuya importancia y utilidad recuerda en su punto 12 desde su versión original, en la que ya hace referencia, concretamente en su punto 3, “Las diferentes medidas de contención adoptadas por los Estados miembros, como las medidas de distanciamiento social, las restricciones de viaje, las cuarentenas y el confinamiento, tienen por objeto garantizar que la perturbación sea lo más breve y limitada posible. Estas medidas tienen un impacto inmediato tanto en la oferta como en la demanda, y afectan a las empresas y los trabajadores, especialmente en los sectores de la salud, el turismo, la cultura, el comercio minorista y el transporte. Más allá de los efectos inmediatos en la movilidad y el comercio, el brote de COVID-19 está afectando de manera creciente a empresas de todos los sectores y de todo tipo, tanto a pequeñas y medianas empresas (pymes) como a grandes empresas. El impacto también se percibe en los mercados financieros mundiales, en particular en lo que se refiere a la liquidez. Estos efectos no se circunscribirán a un Estado miembro concreto; tendrán un impacto negativo en la economía de la Unión en su conjunto.”

solidaridad en el mercado único, identificando ya los primeros sectores afectados: el mercado de suministro de equipo médico, el transporte y el turismo²⁰.

III. UN NUEVO MARCO TEMPORAL EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

Con estos antecedentes, 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"²¹ (en adelante, "MTAE"²²), cuya redacción ya ha sido revisada en cuatro ocasiones²³: el 3.4.2020²⁴, el 8.5.2020²⁵, el 2.7.2020²⁶ y finalmente, el 13.10.2020²⁷. Estas modificaciones conforman un texto consolidado que define la posición de la Comisión ante las posibles ayudas estatales que puedan programar los Estados miembros y amplían el marco inicial a nuevas modalidades de ayuda estatal respecto de las que su compatibilidad va a ser aceptable para la Comisión Europea²⁸.

²⁰ La solidaridad europea se tradujo de forma inmediata promoviendo, ese mismo día, una "Iniciativa de inversión en respuesta al coronavirus" (CRII) aplicando 37.000 millones de euros en virtud de la política de cohesión al brote de COVID-19, anticipando la inmediata aprobación de un marco temporal específico en materia de ayudas estatales para completar el esfuerzo de flexibilización del presupuesto europeo que ya se estaba realizando, destinado a completar las medidas de apoyo que los Estados miembros podían ya articular sobre la base del régimen ordinario sobre ayudas estatales, sin necesidad de la previa aprobación de la Comisión de un marco temporal específico. La Comisión lo resume recordando que los Estados miembros pueden: Primero, tomando medidas aplicables a todas las empresas, por ejemplo, subsidios salariales y suspensión de pagos de impuestos corporativos y de valor agregado o contribuciones sociales; Segundo, otorgando apoyo financiero directamente a los consumidores, p. por servicios cancelados o boletos que no son reembolsados por los operadores interesados; Tercero, aplicando las normas sobre ayudas estatales basadas en el artículo 107.3. c) TFUE que permite a los Estados miembros, con la aprobación de la Comisión, satisfacer las graves necesidades de liquidez y ayudar a las empresas que se encuentran en quiebra debido al brote de COVID-19. Cuarto, el artículo 107.2.b) TFUE que permite a los Estados miembros, también previa aprobación de la Comisión, compensar a las empresas por los daños sufridos en circunstancias excepcionales, como las causadas por el brote de COVID-19 recordando, en quinto lugar, que estas medidas se pueden complementar con una variedad de medidas adicionales, como el Reglamento de minimis y el Reglamento general de exención por categorías, que los Estados miembros también pueden poner en práctica de inmediato, sin la participación de la Comisión.

²¹ DO C 91, de 20.3.2020, p. 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.CI.2020.091.01.0001.01.SPA&toc=OJ:C:2020:091:FULL>

²² Dado que las sucesivas reformas de este MTAE permiten consolidar dicho marco en un único texto, mantendremos esta denominación para la versión vigente, identificando eventuales cambios indicando la revisión correspondiente (1RMTAE, 2RMTAE, 3RMTAE ó 4RMTAE).

²³ Como se indica en el punto 91 MTAE (procedente de su segunda revisión, de 8.5.2020), la Comisión "aplicará la presente Comunicación desde el 19 de marzo de 2020, habida cuenta del impacto económico del brote de COVID-19, que requería una acción inmediata. La presente Comunicación está justificada por las actuales circunstancias, de carácter excepcional, y no se aplicará después del 31 de diciembre de 2020, con excepción de la sección 3.11, que se aplicará hasta el 1 de julio de 2021. La Comisión puede revisar la presente Comunicación antes del 31 de diciembre de 2020 en función de consideraciones importantes de índole económica o relacionadas con la política de competencia. Cuando resulte útil, la Comisión puede también facilitar otras aclaraciones sobre su planteamiento en asuntos concretos."

²⁴ DO C 112I de 4.4.2020, p. 1.

²⁵ DO C 164, 13.5.2020, p. 3.

²⁶ 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 NICOLAIDES, Ph., "Third Amendment to the Temporary Framework & Prolongation of the GBER, De Minimis Regulation and Guidelines", en State Aid Uncovered, 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., "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/>

²⁷ 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.

²⁸ En la nota de prensa que acompaña la segunda modificación se señala que "hasta la fecha la Comisión ha aprobado un importe estimado de 1,9 billones de euros en ayudas estatales a la economía de la UE, para aportar urgentemente la liquidez que necesitan las empresas, salvar puestos de trabajo, facilitar la investigación y el desarrollo y garantizar el suministro de productos para luchar contra el coronavirus." Cfr. "Ayudas estatales: La Comisión amplía el Marco Temporal a las medidas relativas a la recapitalización y la deuda subordinada para seguir apoyando la economía en el contexto de la pandemia de coronavirus", de 5.2020, disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_838

Asimismo, es preciso destacar que por primera vez desde la aprobación del Reglamento 1/2003²⁹, la Comisión ha adoptado un marco temporal para la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE: la Comunicación de la Comisión “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”³⁰. En este instrumento la Comisión aclara las posibilidades de acuerdos de cooperación y colaboración entre empresas en el contexto de las necesidades suscitadas por la pandemia³¹ y recupera temporalmente las “Cartas de Compatibilidad” (“Comfort Letters”)³², que existían antes del Reglamento 1/2003, que sustituyó la obligatoriedad de la notificación previa por la autoevaluación por las propias empresas (sistema de “autorización legal”).

1.- Justificación y objetivos del nuevo marco temporal y de sus dos sucesivas revisiones

La Comisión justifica la aprobación inicial del MTAE³³, como ya lo había hecho en su previa Comunicación de 13.3.2020, identificando al brote de COVID-19 como una “grave emergencia de salud pública” cuya súbita aparición estaba generando problemas de liquidez de las empresas anticipando sus terribles efectos inmediatos sobre la economía europea. Ante las demandas de los Estados miembros y a partir de la experiencia adquirida desde 2008, ofrece de forma inmediata una respuesta en forma de un paquete temporal de medidas a través de las que trata de adaptar las reglas generales sobre ayudas estatales para tiempos de normalidad ofreciendo indicaciones a los Estados miembros sobre qué ayudas podrían articular y cómo iba a valorar su compatibilidad.

El MTAE tiene pues como finalidad básica ofrecer un “puerto seguro” a los Estados miembros que garantice que las medidas de apoyo público a sus empresas respetan la legalidad europea en materia de ayudas estatales.

La misión de la Comisión es especialmente compleja y delicada, pues debe satisfacer los intereses nacionales que tratan de salvaguardar los Estados miembros y ofrecer, al mismo tiempo, una respuesta eficaz, rápida y coherente con el espíritu y finalidad de las reglas europeas sobre ayudas estatales, diseñadas para limitar sus efectos sobre la competencia desde la perspectiva del interés de la Unión Europea en su conjunto.

La necesidad de conciliar de forma pragmática y efectiva todas estas premisas, determina necesariamente que las medidas estatales que excepcionalmente puedan ser autorizadas exigen que las condiciones sean precisas, proporcionadas y limitadas en el

²⁹ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (hoy 101 y 102 TFUE) (DO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

³⁰ 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 entre empresas, vid. RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A. “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, en prensa. <https://www.revistamisionjuridica.com/>

³¹ Cfr. en particular, punto 4 de la Comunicación citada.

³² Cfr. en particular, punto 7 de la Comunicación citada. Aunque hecha pública con posterioridad, el 8.4.2020, la Comisión adoptó su primera carta de compatibilidad, “Comfort letter: coordination in the pharmaceutical industry to increase production and to improve supply of urgently needed critical hospital medicines to treat COVID-19 patients (COMP/OG-D(2020/044003), disponible en https://ec.europa.eu/competition/antitrust/medicines_for_europe_comfort_letter.pdf). Vid. VILA, C./PRAT, M., “COVID-19: La ce publica la primera carta de compatibilidad relativa a un proyecto de cooperación de medicines for europe”, 4 mayo, 2020, disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/competencia/covid-19-ce-publica-primer-cart-compatibilidad-relati>

³³ La evolución de cómo la Comisión percibe la crisis y como va adaptando a ella su MTAE se extrae de la lectura de las introducciones de las diferentes versiones de dicho MTAE.

tiempo. Estas tres variables han exigido que la respuesta inicial, el MTAE original, haya sido sucesivamente revisado, hasta la fecha en dos ocasiones, para tratar de adaptarlo a la propia evolución de la crítica situación generada por la pandemia del COVID-19.

Por ello y al igual que ocurriera en la crisis de 2008, cada versión del MTAE responde a un objetivo principal que se añade a los anteriores y cuyo contenido se va afinando para adaptarse mejor a la evolución de los acontecimientos y a la necesidad de la respuesta, incorporado los cambios que la experiencia de su práctica va ofreciendo. De este modo, la versión inicial del MTAE perseguía dar una rápida respuesta al problema de liquidez a corto plazo de las empresas y avanzaba el peligro de una recesión económica en Europa

Su primera revisión, tan sólo dos semanas después, el 3.4.2020, ajusta las medidas anteriores y formula otras nuevas destinadas a estimular la inversión en la lucha directa contra la propia enfermedad y amortiguar sus efectos sobre el empleo y la actividad económica.

Por su parte, la aprobación de la segunda revisión del MTAE, el 8.5.2020 (2RMTAE), recoge ya un nuevo escenario en el que las empresas no financieras que en ausencia de la crisis serían viables no sólo pueden padecer problemas temporales de liquidez sino ver comprometida su propia solvencia y con ello su viabilidad a largo plazo a causa de la bajada de la demanda y la interrupción de suministros incrementando el riesgo de una grave recesión económica que afecte potencialmente al conjunto de la economía de la UE.

En consecuencia, la Comisión se ve obligada a dar un paso más permitiendo ayudas públicas en forma de recapitalización de empresas y de subscripción de deuda subordinada (híbridos financieros) fijando para ello reglas específicas y muy detalladas.

No obstante, cuando aún no habían pasado dos meses de la 2RMTAE, cuando el texto fue nuevamente revisado (3RMTAE) con cuatro objetivos declarados de forma expresa: 1) dar una respuesta específica a las necesidades de las microempresas y las pequeñas empresas, 2) fomentar la participación privada en las ayudas en forma de recapitalización, 3) evitar que las eventuales ayudas se concediesen al traslado de una actividad de producción o de otra actividad del beneficiario desde otro país perteneciente al Espacio Económico Europeo (EEE) al territorio del Estado miembro que la concede y, 4) introducir ciertas aclaraciones en el texto, modificando algún punto concreto de su redacción.

2.- La base jurídica de la excepcionalidad.

A pesar de que, como ya hemos visto, el artículo 107.2.b) TFUE, declara la compatibilidad "automática"³⁴ con el mercado interior de las ayudas "destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional" que podría ser la base jurídica más directamente relacionada con la causa

³⁴ El ya citado Reglamento (UE) nº 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) contiene algunas referencias a esta excepción, distinguiendo dos hipótesis: i) la reparación de los daños causados por las catástrofes naturales y ii) la reparación de los daños causados por determinadas condiciones climáticas adversas en el sector pesquero. Sin embargo, sólo dedica a aclarar cada una de ellas un considerando. Centrándonos en el primero que es el ahora relevante, la Comisión había manifestado en dicho reglamento que: "(11) En lo que respecta a las ayudas estatales destinadas a reparar los daños causados por las catástrofes naturales, así como las ayudas estatales destinadas a reparar los daños causados por ciertas condiciones atmosféricas adversas en la pesca los importes que se conceden en dichos sectores suelen ser limitados y pueden establecerse condiciones claras de compatibilidad. El presente Reglamento faculta a la Comisión a eximir de la obligación de notificar tales ayudas. Según la experiencia de la Comisión, esas ayudas no dan lugar a ningún falseamiento significativo y, sobre la base de la experiencia adquirida, pueden definirse condiciones claras de compatibilidad." El Marco temporal se refiere a las exenciones recogidas en dicho reglamento en su punto 13, en el que afirma que "13. Los Estados miembros también pueden diseñar medidas de apoyo en consonancia con el Reglamento general de exención por categorías (8) sin la participación de la Comisión."

de la crisis (una grave emergencia sanitaria)³⁵, la Comisión, reconociendo la magnitud de la crisis y sus efectos sobre la economía, acude inicialmente, al igual que hiciera en 2008, en la primera versión de su MTAE por explotar las posibilidades ya conocidas de la excepción del Artículo 107.3.b) TFUE (la grave perturbación de la economía de un Estado miembro)³⁶.

No obstante, la evolución de la crisis y la necesidad de hacer frente a su causa concreta, la grave crisis sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19, en su primera revisión del MTAE decide acudir también a la excepción del Artículo 107.3.c) TFUE³⁷ para autorizar ayudas a la inversión vinculadas directamente a la lucha contra la enfermedad y la emergencia sanitaria propiamente dicha.

Como ya hemos apuntado, tanto la excepción de la letra b), como la de la letra c) del apartado 3º del artículo 107 TFUE dejan un mayor margen de apreciación a la Comisión ("Podrán ser compatibles"), cuyo alcance y condiciones de aplicación, en estas excepcionales circunstancias, hace explícito en el MTAE, concretando los términos y condiciones bajo los cuales determinadas ayudas serán autorizadas, justificándose así, una vez más, la utilidad del mecanismo del soft law por parte de la Comisión, cuya flexibilidad es mayor en las excepciones del apartado 3º del artículo 107 TFUE, frente a las del apartado 2º³⁸.

³⁵ El 12 de marzo la Comisión había autorizado ya la primera petición de ayuda de Estado realizada por Dinamarca para compensar los daños causados por la cancelación de los grandes eventos en base a otra posible, y menos utilizada, vía de concesión de ayudas como es el art. 107.2.b del TFUE. Cfr. SA.56685 State aid notification on compensation scheme cancellation of events related to COVID-19 https://ec.europa.eu/competition/elojade/iseif/case_details.cfm?proc_code=3_SA_56685 ("State aid: Commission approves €12 million Danish scheme to compensate damages caused by cancellations of large public events due to COVID-19 outbreak", IP/20/454, March 12, 2020) y NICOLAIDES, Ph., "A New Temporary State aid Framework to Fight the Effects of the Corona Virus", 20.03.2020, disponible en <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9625>

³⁶ El MTAE fija las condiciones básica para la aplicación de esta excepción en su epígrafe 2 ("2. Aplicabilidad del artículo 107, apartado 3, letra b), del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea", puntos 17 a 20, que salvo el 20, en el que se amplía la posibilidad de acumular ayudas, procede de la redacción inicial del MTAE, siendo este último punto (20) nuevamente retocado en la segunda modificación del MTAE.

³⁷ Como se puede leer en el nuevo punto 16 bis 2RMTAE: "(...) más allá de las medidas de ayuda permitidas en virtud del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, y de las posibilidades existentes en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE, es asimismo esencial acelerar la investigación y el desarrollo relacionados con la COVID-19, apoyar las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala que contribuyen al desarrollo de productos relacionados con la COVID-19, así como respaldar la producción de los productos necesarios para responder al brote. Por consiguiente, la presente Comunicación establece las condiciones en las que la Comisión considerará tales medidas compatibles con el mercado interior en virtud del artículo 107, apartado 3, letra c), del TFUE. La Comisión tuvo debidamente en cuenta el objetivo común perseguido por dichas medidas de ayuda y sus efectos positivos a la hora de hacer frente a la crisis de emergencia sanitaria provocada por el brote de COVID-19 al ponderarlos con los potenciales efectos negativos de tales medida en el mercado interior."

³⁸ La tercera modificación de este MTAE (3RMTAE), introdujo, con voluntad clarificadora, los puntos 15Bis y 16Ter, conforme a los cual, es "No obstante, la ayuda en virtud del artículo 107, apartado 2, letra b), del TFUE, debe compensar los daños y perjuicios directamente causados por el brote de COVID-19, tales como los daños y perjuicios directamente causados por las medidas de cuarentena que hayan impedido al beneficiario ejercer su actividad económica. En cambio, otro tipo de ayuda dirigida más en general a la recesión económica ocasionada por la pandemia de COVID-19, debe evaluarse con arreglo a otra base de compatibilidad diferente, la del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, y, por tanto, en principio sobre la base del presente Marco Temporal". Además, la 3RMTAE añade el punto 16Ter en el que se señala: "16ter La ayuda concedida en virtud de la presente Comunicación sobre la base del artículo 107, apartado 3, letras b) o c), del TFUE, no estará condicionada al traslado de una actividad de producción o de otra actividad del beneficiario desde otro país perteneciente al EEE al territorio del Estado miembro que concede la ayuda. Esta condición parece que sería pernicioso para el mercado interior. Ello con independencia del número de puestos de trabajo perdidos realmente con el establecimiento inicial del beneficiario en el EEE,"

3.- Los beneficiarios de las ayudas: el problema de la “empresa en crisis”.

Las ayudas, aunque pueden articularse a través de intermediarios financieros³⁹, tienen como beneficiarios exclusivos a las empresas no financieras de todos los sectores, tipos y tamaños⁴⁰; si bien, dando un trato preferencial a las pequeñas y medianas empresas (pymes⁴¹), incluyendo de forma expresa en alguna de las medidas a los autónomos, frente a las grandes empresas, aunque sin duda, las medidas de recapitalización autorizadas en la 2RMTAE, especialmente en las que puedan otorgarse de forma individual, tienen con toda certeza como destinatarios directos a estas últimas.

Esta afirmación general de que los beneficiarios de las ayudas son las empresas de cualquier tipo y tamaño es matizada en el MTAE al entrar en el detalle de las medidas concretas propuestas a los Estados miembros, al exigírseles que no se hallaran en “crisis” a 31 de diciembre de 2019, constituyendo este extremo, el de “empresa en crisis”, como apuntan, entre otros, NICOLAIDES⁴² y BUENDÍA⁴³, uno de los aspectos más delicados y controvertidos de todo el documento, hasta el punto de haber tenido que modificar la redacción inicial del texto ya en su primera revisión, el 3.4.2020 (1RMTAE).

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

Ante el inexorable veto que establecía el propio MTAE para cualquiera de las posibles ayudas que diseñaba la determinación de qué es o cuando está exactamente una empresa “en crisis” adquiriría una vital importancia que exigía una claridad que la excesivamente farragosa y confusa redacción anterior poco contribuía a aclarar.

Como recuerda NICOLAIDES, en esencia, una empresa está en dificultades si, en la práctica, sus pérdidas netas acumuladas exceden el 50% de su capital suscrito, independientemente de si el capital suscrito se amortiza formalmente y del sector en el que opera y de si un inversor privado estaría o no dispuesto a invertir en ella. Sin embargo, como reconoce implícitamente el propio autor, la cuestión no resulta fácil de aplicar en la práctica.

Por ello, una de las cuestiones que trata de resolver la primera revisión del MTAE es precisamente aclarar el alcance de esta exclusión modificando la redacción inicial

³⁹ Se afirma expresivamente, ya en la versión original del MTAE (punto 29) que estas ayudas “no tienen por objeto preservar o restablecer la viabilidad, la liquidez o la solvencia de los bancos”) Las eventuales ayudas que se puedan conceder a los bancos aun cuando se trate de indemnizaciones amparadas en el artículo 107.2.b) TFUE (excepción automática) se someten a su regulación sectorial específica, sin que pueden tener por objeto “preservar o restablecer la viabilidad, la liquidez o la solvencia de una institución o entidad”, siendo analizadas al margen de esta Comunicación”. No obstante, en la segunda revisión se amplían las medidas en las que pueden intervenir, reforzando las cautelas para evitar que se beneficien indirectamente de las ayudas al margen de su régimen sectorial específico.

⁴⁰ En el punto 3 MTAE, desde su versión original se afirma que “(...) Más allá de los efectos inmediatos en la movilidad y el comercio, el brote de COVID-19 está afectando de manera creciente a empresas de todos los sectores y de todo tipo, tanto a pequeñas y medianas empresas (pymes) como a grandes empresas. El impacto también se percibe en los mercados financieros mundiales, en particular en lo que se refiere a la liquidez. Estos efectos no se circunscribirán a un Estado miembro concreto; tendrán un impacto negativo en la economía de la Unión en su conjunto.”

⁴¹ Según se define en el anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado, DO L 187 de 26.6.2014, p. 1)

⁴² En este sentido, NICOLAIDES, Ph., “Identification of Undertakings in Difficulty”, 27.04.2020 <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9648>

⁴³ La dificultad de identificar la empresa en crisis que pretende excluir el MTAE en su versión inicial fue también apuntada por BUENDÍA SIERRA, J. L., en su contribución al seminario virtual “Comisión Europea, Competencia, ayudas de Estado y COVID-19”, organizado por la AEDC, el pasado 24 de abril de 2020. Cfr. <http://www.aedc.es/documento/comision-europea-competencia-ayudas-de-estado-y-covid-19/>

limitándose a afirmar en su lugar⁴⁴ para cada una de las ayudas que expone que “no puede concederse a empresas que ya estaban en crisis (a tenor del Reglamento general de exención por categorías) el 31 de diciembre de 2019.” Y recordando, en las correspondientes notas al pie, que el término es empleado “según la definición que figura en el artículo 2, apartado 18, del Reglamento (UE) n° 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado (DO L 187 de 26.6.2014, p 1).”⁴⁵

La dificultad de interpretar el concepto que ofrece el citado Reglamento es enfatizada por el propio NICOLAIDES al analizar la aplicación de dicho precepto en dos recientes sentencias del Tribunal General, de 12 de marzo de 2020⁴⁶, en las que se examinaban sendas decisiones de la Comisión relativas a las cuestionadas ayudas concedidas a dos clubs de fútbol españoles, el Valencia y el Elche (ambas sociedades anónimas deportivas⁴⁷), reconociendo abiertamente que aunque la Comisión tuvo éxito en la clasificación de Valencia como empresa en crisis, el Tribunal General anuló su decisión porque, como en el caso del Elche, no tuvo en cuenta el valor de una garantía y no trató de determinar si un existía una prima de la garantía respecto de las condiciones de mercado.

⁴⁴ Cfr. 3.1. Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales (punto 22, letra c); 3.2. Ayudas en forma de garantías de préstamos (punto 25, letra h); 3.3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos (punto 27, letra g); 3.6. Ayuda a la investigación y desarrollo relacionada con la COVID-19 (punto 35, letra h); 3.7. Ayuda a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala (punto 37, letra k) 3.8. Ayuda a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19 (punto 39, letra i).

⁴⁵ Una clara evidencia de la dificultad del concepto aludido es la propia definición a la que se remite la Comisión, , la contenida en el Artículo 2, apartado 18 del Reglamento (UE) No 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), que define a la “empresa en crisis” como: “una empresa en la que concurra al menos una de las siguientes circunstancias:

a) si se trata de una sociedad de responsabilidad limitada (distinta de una PYME con menos de tres años de antigüedad o, a efectos de los criterios para poder optar a las ayudas a la financiación de riesgo, una PYME en el plazo de siete años desde su primera venta comercial, que cumpla las condiciones para recibir inversiones de financiación de riesgo tras las comprobaciones de diligencia debida por parte del intermediario financiero seleccionado), cuando haya desaparecido más de la mitad de su capital social suscrito como consecuencia de las pérdidas acumuladas; es lo que sucede cuando la deducción de las pérdidas acumuladas de las reservas (y de todos los demás elementos que se suelen considerar fondos propios de la sociedad) conduce a un resultado negativo superior a la mitad del capital social suscrito; a efectos de la presente disposición, «sociedad de responsabilidad limitada» se refiere, en particular, a los tipos de sociedades mencionados en el anexo I de la Directiva 2013/34/UE (1) y «capital social» incluye, cuando proceda, toda prima de emisión;

b) si se trata de una sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad (distinta de una PYME con menos de tres años de antigüedad o, a efectos de los criterios para poder optar a las ayudas a la financiación de riesgo, una PYME en el plazo de siete años desde su primera venta comercial, que cumpla las condiciones para recibir inversiones de financiación de riesgo tras las comprobaciones de diligencia debida por parte del intermediario financiero seleccionado), cuando haya desaparecido por las pérdidas acumuladas más de la mitad de sus fondos propios que figuran en su contabilidad; a efectos de la presente disposición, «sociedad en la que al menos algunos socios tienen una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la sociedad» se refiere, en particular, a los tipos de sociedades mencionados en el anexo II de la Directiva 2013/34/UE;

c) cuando la empresa se encuentre inmersa en un procedimiento de quiebra o insolvencia o reúna los criterios establecidos en su Derecho nacional para ser sometida a un procedimiento de quiebra o insolvencia a petición de sus acreedores;

d) cuando la empresa haya recibido ayuda de salvamento y todavía no haya reembolsado el préstamo o puesto fin a la garantía, o haya recibido ayuda de reestructuración y esté todavía sujeta a un plan de reestructuración;

e) si se trata de una empresa distinta de una PYME, cuando durante los dos ejercicios anteriores:

1) la ratio deuda/capital de la empresa haya sido superior a 7,5 y

2) la ratio de cobertura de intereses de la empresa, calculada sobre la base del EBITDA, se haya situado por debajo de 1,0;

⁴⁶ Se trata de las sentencias del Tribunal General, de 12 de marzo de 2020 en los asuntos T-901/16, Elche Club de Fútbol/Comisión (ECLI:EU:T:2020:97) y T-732/16, Valencia Club de Fútbol/Comisión (ECLI:EU:T:2020:98).

⁴⁷ Cfr. <https://www.csd.gob.es/es/federaciones-y-asociaciones/sociedades-anonimas-deportivas>

Debemos destacar, no obstante, que en la 3RMT⁴⁸ se establece una excepción en el rigor de esta salvaguarda respecto de las pymes y microempresas, conforme a la cual, podrán conceder ayudas a microempresas o pequeñas empresas (en el sentido del anexo I del Reglamento general de exención por categorías) que ya estuvieran en crisis el 31 de diciembre de 2019 siempre y cuando no se encuentren inmersas en un procedimiento concursal con arreglo a su Derecho nacional y no hayan recibido una ayuda de salvamento (*) o de reestructuración.

IV. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES Y TEMPORALES DE AYUDA ESTATAL QUE RECOGE EL MTAE

Esta es, sin duda, la parte substantiva de la Comunicación MTAE y por ello, precisamente, la que más ha sido retocada respecto de la versión inicial NTAE. De este modo, las 5 medidas contenidas inicialmente en la versión inicial del MTAE fueron revisadas y ampliadas a 10 en la 1RMTAE (3.4.2020) que nuevamente fueron revisadas y ampliadas a 11 en la 2RMTAE (8.5.2020) que añade la más delicada de todas, las ayudas a la recapitalización. La 4RMTAE añadió una nueva modalidad de ayuda, la 12, Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos.

La relación completa de medidas sobre las que la Comisión apunta pautas para admitir su compatibilidad es desde el 8.5.2020, la siguiente⁴⁹:

1. Importes limitados de ayuda⁵⁰
2. Ayudas en forma de garantías de préstamos
3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos
4. Ayudas en forma de garantías y préstamos canalizados a través de entidades de crédito u otras entidades financieras
5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo
6. Ayuda a la investigación y desarrollo relacionada con la COVID-19
7. Ayuda a la inversión destinada a las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala
8. Ayuda a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19
9. Ayuda en forma de aplazamientos del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social
10. Ayuda en forma de subsidios salariales para los empleados a fin de evitar las reducciones de plantilla durante el brote de COVID-19 y
11. Medidas de recapitalización.
12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos.

⁴⁸ El MTAE3 incorpora con idéntica redacción, los los puntos 22 c)bis, 25 h)bis, 27 g)bis, 35 h)bis, 37 k)bis, 39 i)bis y 49 d)bis.

⁴⁹ 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

⁵⁰ El título de esta primera modalidad era hasta que fue reemplazado en la segunda revisión del MTAE era el de "Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales". Si bien el título actual "Importes limitados de ayuda" resulta extraño, lo cierto es que desde la primera revisión, las ayudas en forma de inversión que incorpora pueden otorgarse también en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales.

Estas 12 medidas 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);
2. Ayudas a la inversión vinculados a la lucha contra el COVID-19 (6-8);
3. Ayudas sociales (9-10) y
4. Ayudas para la reconstrucción financiera de las empresas (11 y 12⁵¹).

Las reglas de acumulación también se han visto sucesivamente modificadas y flexibilizadas quedando recogidas hoy en los puntos 20 y 20Bis⁵² y en menciones específicas en alguna modalidad concreta, que son las realmente relevantes, puesto que el nuevo punto 20 se limita a señalar que "Las medidas de ayuda temporal cubiertas por esta Comunicación pueden acumularse entre sí de acuerdo con las disposiciones de las secciones específicas de esta Comunicación. Las medidas de ayuda temporal cubiertas por la presente Comunicación se pueden acumular con ayuda de conformidad con el Reglamento de minimis o con ayuda de conformidad con el Reglamento de exención por categorías siempre que se respeten las disposiciones y las normas de acumulación de dicho Reglamento".

Por su parte, el nuevo punto 20Bis se centra en las ayudas a instituciones financieras y de crédito cuya evaluación se excluye expresamente del MTAE, con la excepción de: "(i) ventajas indirectas para las instituciones financieras o de crédito que canalizan la ayuda en forma de préstamos o garantías en virtud de las secciones 3.1 a 3.3 de conformidad con las salvaguardas de la sección 3.4, y (ii) subsección de ayuda 3.10, siempre que el plan no se centre exclusivamente en los empleados del sector financiero."

1. Importes limitados de ayuda⁵³

La primera medida, aunque con nueva denominación, comprende las Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales. Se trata de uno de los instrumentos básicos (como las tres medidas siguientes⁵⁴) para garantizar la liquidez de las empresas. Su otorgamiento, con reglas específicas para la agricultura, la pesca y la acuicultura, está sujeta a las siguientes condiciones⁵⁵:

1. El importe máximo de esta ayuda, en cualquiera de sus modalidades o combinación de ellas no puede superar el límite de los 800⁵⁶ 000 EUR por empresa.

⁵¹ La adscripción de esta nueva modalidad de ayuda junto a la recapitalización puede inferirse de la presentación que de la misma hace la propia Comisión en su 4RMTAE, en la que afirma: "11. (...) 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."

⁵² La redacción del punto 20 fue modificada en la primera revisión del MTAE y el 20Bis fue incorporado en la segunda revisión, de 8.5.2020.

⁵³ Cfr. Puntos 21 a 23Bis MTAE.

⁵⁴ Debemos subrayar que las 4 primeras medidas que recoge el MTAE son las que se suelen autorizar en los casos de ayudas a empresas en crisis en la fase de salvamento, con los que, bajo estrictas condiciones, más severas en tales casos, se trata de garantizar la supervivencia de la empresa mientras se analiza su posible reestructuración.

⁵⁵ Las condiciones a), b), c) y d) son de nueva redacción (1RMTAE, 3.4.2020), la letra e) se mantiene desde la versión original.

⁵⁶ La 4RMTAE 13.10.2020 da nueva redacción a este punto, el 22, que queda redactado en los siguientes términos: "la ayuda global no supera los 800 000 EUR por empresa. (*) La ayuda puede concederse en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales y de pago u otras formas, como anticipos reembolsables, garantías, préstamos y capital, siempre que el valor nominal total de tales medidas se mantenga por debajo del límite máximo global de 800 000 EUR por empresa; todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo; (*) Las ayudas concedidas con arreglo a regímenes aprobados en virtud de la presente sección que hayan sido reembolsadas antes del 30 de junio de 2021 no se tendrán en cuenta a la hora de determinar si se ha superado el límite máximo correspondiente.»"

Esta cifra, como las demás recogidas en el MTAE representa un límite absoluto, que no se puede superar, sin perjuicio de la acumulación con otras modalidades previstas en el propio MTAE cuando así se admita.

2. Se exige para su otorgamiento articular un presupuesto estimado.

3. El beneficiario puede ser cualquier empresa que no estuviera en crisis a 31 de diciembre de 2019.

La fecha límite de concesión de estas ayudas es el las ayudas se conceden, a más tardar, el 30 de junio de 2021⁵⁷, si bien, si la ayuda se concede en forma de ventaja fiscal, la obligación fiscal en relación con la cual se concede dicha ventaja debe haber surgido a más tardar el 30 de junio de 2021⁵⁸.

Por lo que se refiere al sector primario, estas ayudas pueden también concederse bajo las mismas condiciones a las empresas de transformación y comercialización de productos agrícolas⁵⁹, siempre que no se repercutan total o parcialmente a los productores primarios y no se fijan en función del precio o la cantidad de los productos adquiridos a los productores primarios o comercializados por las empresas interesadas.

Por el contrario, en el caso de empresas que operen en el sector de la Agricultura primaria, pesca y acuicultura, se establecen ciertas limitaciones⁶⁰, pues su importe no podrá exceder de 120 000 EUR por empresa activa en los sectores de la pesca y la acuicultura⁶¹ y de 100 000 EUR en las de producción primaria de productos agrícolas⁶². En el caso de las ayudas a la producción primaria de productos agrícolas se precisa además que no deben establecerse en función del precio o la cantidad de los productos comercializados⁶³; mientras que las ayudas en los sectores de la pesca y la acuicultura no afectan a ninguna de las categorías de ayuda a las que hace referencia el artículo 1, apartado 1, letras a) a k), del Reglamento (UE) n° 717/2014 de la Comisión⁶⁴.

⁵⁷ La 4RMTEA prolonga así en seis meses el plazo inicialmente fijado (30 de diciembre de 2020).

⁵⁸ La redacción de esta previsión procede de la modificación de la nota (16), introducida en la segunda revisión del MTAE, de 8.5.2020. Esta nueva redacción es más precisa que la anterior ("Si la ayuda se concede en forma de ventajas fiscales, este plazo no es aplicable y la ayuda se considera concedida cuando vence la declaración fiscal de 2020."). Con posterioridad, la 4RMTEA amplió el plazo al que figura en el texto, respecto del anterior que era el 31 de diciembre de 2020.

⁵⁹ El MTAE se remite en nota (17) a la definición contenida en el artículo 2, apartado 6, y en el artículo 2, apartado 7, del Reglamento (CE) n.º 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).

⁶⁰ Cfr. Punto 22 MTAE, nificado por la 1RMTEA (3.4.2020).

⁶¹ En nota (18) se aclara: "Según la definición del artículo 2, apartado 1, de1 Reglamento (UE) n° 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 190 de 28.6.2014, p. 45).

⁶² En nota (19) se precisa que se entiende por producción primaria de productos agrícolas todos los productos enumerados en el anexo I del TFUE con la excepción de los productos de los sectores de la pesca y la acuicultura.

⁶³ La 4RMTEA (13.10.2020)m da nueva redacción al punto 23, letra a) que queda redactado del siguiente modo: "la ayuda global no supera los 120 000 EUR por empresa activa en los sectores de la pesca y la acuicultura (*) o los 100 000 EUR por empresa activa en la producción primaria de productos agrícolas (**); (***) la ayuda puede concederse en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales y de pago u otras formas, como anticipos reembolsables, garantías, préstamos y capital, siempre que el valor nominal total de tales medidas no supere el límite máximo global de 120 000 EUR o de 100 000 EUR por empresa; todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo; [(**) Todos los productos enumerados en el anexo I del TFUE con la excepción de los productos de los sectores de la pesca y la acuicultura. (***) Las ayudas concedidas con arreglo a regímenes aprobados en virtud de la presente sección que hayan sido reembolsadas antes del 30 de junio de 2021 no se tendrán en cuenta a la hora de determinar si se ha superado el límite máximo correspondiente.».]"

⁶⁴ En nota (20) se remite al Reglamento (UE) n.º 717/2014 de la Comisión, de 27 de junio de 2014, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis en el sector de la pesca y de la acuicultura (DO L 90 de 28.6.2014, p. 45). La exclusión expresa incluye todas las letras incluidas en dicho apartado 1, cuyo correspondientes contenido es: a) las ayudas cuyo importe se fije sobre la base del precio o la cantidad de los productos adquiridos o comercializados; b) las ayudas a actividades relacionadas con la exportación a terceros países o Estados miembros, en concreto las ayudas directamente vinculadas a las cantidades exportadas, al establecimiento y el funcionamiento de una red de distribución o a otros gastos corrientes relacionados con la actividad

Aunque no se establece formalmente como una regla de acumulación, la nueva redacción del punto 23Bis⁶⁵ MTAE tras la segunda revisión dispone ahora que cuando una empresa esté activa en varios sectores a los que se aplican diferentes importes máximos (que no han sido alterados en 8.5.2020), el Estado miembro de que se trate garantizará, por los medios adecuados, como la separación de cuentas, que el límite máximo pertinente sea respetado para cada una de esas actividades y que no se supera el importe máximo global correspondiente.

2. Garantías de préstamos⁶⁶

Las Ayudas en forma de garantías de préstamos son otra clásica modalidad de ayuda destinada a dotar de liquidez a las empresas. La actual versión del MTAE, con modificaciones introducidas en sus dos sucesivas revisiones, comienza ahora con una regla de acumulación propia, incorporada en la de 8.5.2020 por medio de un nuevo punto, 24Bis, conforme al cual, la ayuda otorgada en esta forma no se acumulará con la ayuda otorgada para el mismo principal subyacente del préstamo bajo la modalidad siguiente (3.3. Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos), salvo que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los límites establecidos en el propio MTAE para estas ayudas.

Sentada esa regla inicial, las condiciones bajo las que se admitirá su compatibilidad son las siguientes⁶⁷:

1. Los préstamos individuales se valoran en función de su duración, de forma que la prima aumentará progresivamente a medida que aumente su duración, si bien los Estados miembros pueden notificar regímenes en los que la duración, las primas de garantía y la cobertura de garantía puedan modularse para el principal de cada préstamo individual subyacente⁶⁸, siempre que esta prima sea superior a las primas mínimas para el primer año para cada tipo de beneficiario, ajustadas en función del duración y cobertura de la garantía que ofrece el propio MTAE en el correspondiente cuadro, que distingue el tratamiento que podrá darse a las PYMES y a las grandes empresas⁶⁹.

exportadora; c) las ayudas condicionadas a la utilización de productos nacionales en lugar de importados; d) las ayudas para la compra de buques pesqueros; e) las ayudas para la modernización o sustitución de motores principales o auxiliares de los buques pesqueros; f) las ayudas para operaciones que incrementen la capacidad de pesca de un buque o equipos que incrementen la capacidad de un buque para localizar peces; g) las ayudas para la construcción de nuevos buques pesqueros o la importación de buques pesqueros; h) las ayudas para la paralización temporal o definitiva de las actividades pesqueras, excepto si están específicamente previstas en el Reglamento (UE) no 508/2014; i) las ayudas para la pesca experimental; j) las ayudas para la transferencia de propiedad de una empresa; k) las ayudas para la repoblación directa, a menos que esté explícitamente prevista como medida de conservación por un acto jurídico de la Unión o en caso de repoblación experimental.

⁶⁵ La redacción de este punto 23Bis, incorporado en 1RMTAE (3.4.2020), fue cambiada por la actual, que procede de la 2RMTAE (8.5.2020). La nueva redacción trata de ser más precisa, reiterando los límites máximos globales.

⁶⁶ Cfr. MTAE, puntos 24 a 25. En 8.5.2020, se añade el punto 24Bis.

⁶⁷ Cfr. MTAE, punto 25. La 4RMTAE cambia la redacción del encabezamiento de la letra d) por el siguiente texto: "en el caso de los préstamos con un vencimiento posterior al 30 de junio de 2021, el importe global de los préstamos por beneficiario no superará". Dicha letra queda redactada del siguiente tenor; "para los préstamos con vencimiento hasta el 30 de junio de 2021, el importe del principal del préstamo puede ser superior al establecido en el punto 25, letra d., si existe una justificación adecuada, presentada a la Comisión por el Estado miembro, y siempre que esté asegurada la proporcionalidad de la ayuda y así lo demuestre el Estado miembro a la Comisión;"

⁶⁸ Fijando, por ejemplo, una cobertura de garantía más baja para compensar una mayor duración o para permitir la aplicación de primas de garantía menos elevadas, o recurriendo a una prima fija para toda la duración de la garantía,

⁶⁹ Como se expone en el correspondiente cuadro, el nivel mínimo de la prima de garantía varía de 25 pb a 100 pb para las PYME y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas.

2. El importe de la ayuda autorizable, que deberá otorgarse antes del 31 de diciembre de 2020⁷⁰, varía en función de que su vencimiento sea posterior⁷¹ o anterior⁷² a dicha fecha.
3. La duración máxima de la garantía es seis años, a menos que esté modulada y la garantía pública no supere determinados límites⁷³.
4. Para poder ser autorizada, la garantía deberá estar relacionada con préstamos para inversiones o con préstamos para el capital circulante.
5. Siguiendo la pauta general de todo el MTAE, no pueden concederse a empresas que ya estaban en crisis (a tenor del Reglamento general de exención por) el 31 de diciembre de 2019.

3. Bonificación de los tipos de interés de los préstamos⁷⁴

Se trata nuevamente de una modalidad de ayuda destinada principalmente a ofrecer liquidez a las empresas que se enfrenten a lo que la Comisión define como una "súbita escasez".

En tales condiciones considera que la bonificación de los tipos de interés "por un período de tiempo y un importe de préstamo limitados puede ser una solución adecuada, necesaria y específica mientras duren las actuales circunstancias."

La nueva redacción del punto 26 MTAE, en coherencia con la admisión de las ayudas destinadas a la recapitalización que se incorporaron en esa segunda revisión alude ahora de forma expresa a la "deuda subordinada, que está subordinada a los acreedores ordinarios preferentes en caso de procedimiento de insolvencia", admitiendo que también puede ser una solución adecuada, necesaria y específica mientras duren las actuales circunstancias. Para la Comisión, este tipo de deuda "es un instrumento menos falseador que el capital o el capital híbrido, puesto que no puede convertirse automáticamente en capital cuando la empresa es una empresa en funcionamiento."

⁷⁰ Esta fecha ha sido extendida por la 4RMTEA al 30 de junio de 2021 (nueva redacción del punto 27, letra c): "los contratos de préstamo se firman a más tardar el 30 de junio de 2021 y se limitan a un máximo de seis años, a menos que estén modulados con arreglo al punto 27, letra b.;" De igual modo, el encabezamiento de la letra d. del punto 27 se sustituye por el texto siguiente: "d. en el caso de los préstamos con un vencimiento posterior al 30 de junio de 2021, el importe global de los préstamos por beneficiario no superará:" y la letra e), desde el 13.10.2020m queda redamada del siguiente modo; "e. para los préstamos con vencimiento hasta el 30 de junio de 2021, el importe del principal del préstamo puede ser superior al establecido en el punto 27, letra d., si existe una justificación adecuada, presentada a la Comisión por el Estado miembro, y siempre que esté asegurada la proporcionalidad de la ayuda y así lo demuestre el Estado miembro a la Comisión;"

⁷¹ Conforme al punto 25, letra d) MTAE En los préstamos con un vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020: el importe global de los préstamos por beneficiario no superará: i. el doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa, pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista) correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. Justificación adecuada proporcionada por el Estado miembro a la Comisión. El importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME13 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario (la redacción de este último punto procede la segunda revisión del MTAE, de 8.5.2020).

⁷² En los préstamos con vencimiento hasta el 31 de diciembre de 2020 (punto 25, letra e) MTAE), el importe del principal del préstamo puede ser superior al indicado INFRA, con la debida justificación proporcionada por el Estado miembro a la Comisión, y siempre que la proporcionalidad de la ayuda siga garantizada y demostrado por el Estado miembro a la Comisión.

⁷³ El punto 25, letra f) MTAE recoge la siguiente distinción: i. el 90 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen proporcionalmente y en condiciones idénticas a la entidad de crédito y al Estado; o ii. el 35 % del principal del préstamo cuando las pérdidas se imputen primero al Estado y solo después a las entidades de crédito (es decir, una garantía de primera pérdida); y iii. en los dos casos antes mencionados, cuando el préstamo disminuye a lo largo del tiempo —por ejemplo, porque se empieza a devolver—, el importe garantizado ha de disminuir proporcionalmente.

⁷⁴ Cfr. MTAE, puntos 26 a 27Bis (este último introducido en la revisión del MTAE de 8.5.2020).

Por ello las ayudas en forma de deuda subordinada⁷⁵ deben cumplir las condiciones respectivas en esta misma sección (sección 3.3 MTAE), que trata de los instrumentos de deuda, si bien fijando una cautela singular atendiendo a que estas ayudas "aumentan la capacidad de las empresas para contraer deuda preferente de forma similar al apoyo en forma de capital." Para paliar este efecto añadido dispone que "se aplicará además un incremento del riesgo de crédito y una mayor limitación en cuanto al importe con respecto a la deuda preferente⁷⁶.

El MTAE incorpora también una regla especial de acumulación⁷⁷, conforme a la cual, estas ayudas no se pueden acumular con la ayuda otorgada para el mismo principal subyacente del préstamo en la sección anterior (Ayudas en forma de garantías de préstamos), ni aquellas con éstas, salvo para diferentes préstamos, siempre que el importe total de los préstamos por beneficiario no supere los umbrales establecidos para cada modalidad. De tal modo que un beneficiario puede acogerse en paralelo de múltiples medidas en la siempre que el monto total de los préstamos por beneficiario no exceda los correspondientes límites establecidos⁷⁸.

Como medida de cautela, en la segunda revisión del MTAE se fija una regla singular de acumulación en un nuevo punto 26Bis conforme al cual las ayudas concedidas al amparo de esta medida (3⁷⁹) no se acumularán con ayudas concedidas para el mismo principal del préstamo subyacente en el caso de ayuda en forma de garantías de préstamos y viceversa.

No obstante. Las ayudas concedidas en forma de garantías de préstamos y de bonificación de los tipos de interés pueden acumularse para otros préstamos, siempre y cuando el importe global de los préstamos por beneficiario no supere los umbrales establecidos respectivamente de modo tal que un beneficiario puede beneficiarse al mismo tiempo de múltiples medidas en virtud de la sección 3.3, siempre y cuando el importe global de los préstamos por beneficiario no supere los límites máximos establecidos.

Con estas premisas, las condiciones vigentes tras la entrada en vigor del MTAE2 son las siguientes:

1. Se admite, como en el caso de las garantías de préstamos, una doble alternativa: 1) tipos de interés reducidos⁸⁰ que sean al menos idénticos al tipo base (IBOR a 1 año o equivalente⁸¹, más los márgenes de riesgo de crédito establecidos en el correspondiente cuadro que incorpora el MTAE; o 2) que los Estados miembros notifiquen regímenes específicos, tomando como base las referencias recogidas en

⁷⁵ Salvo que, como indica en nota "si dicha ayuda cumple las condiciones expuestas en la sección 3.1 de la presente Comunicación."

⁷⁶ En el mismo punto 26 la Comisión cuantifica dicho riesgo fijándolo en un tercio para las grandes empresas y la mitad del importe para las pymes, tal como se define en el punto 27, letra d., incisos i) o ii)]. Por encima de estos límites máximos, la deuda subordinada debe evaluarse con arreglo a las condiciones establecidas para las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 expuestas en la sección 3.11, con el fin de garantizar la igualdad de trato.

⁷⁷ Cfr. nuevo punto 26Bis, incorporado en la segunda revisión del MTAE (9.5.3030)

⁷⁸ Cfr. nuevo punto 26bis introducida en la 2RMTAE.

⁷⁹ Correspondiente al Apartado 3.3. MTAE.

⁸⁰ La nueva redacción del punto 27: introducida en la 3RMTAE es la siguiente: "Los préstamos se pueden conceder a tipos de interés reducidos que sean al menos idénticos al tipo base [IBOR a 1 año o equivalente, según lo publicado por la Comisión (*)] disponible o bien el 1 de enero de 2020, o bien en el momento de la notificación, más los márgenes de riesgo de crédito establecidos en el siguiente cuadro:"

⁸¹ La Comisión se remite a lo publicado por ella misma, con fecha 1 de enero de 2020. En nota 23 se informa que se trata de Tipos de base calculados de conformidad con la Comunicación de la Comisión relativa a la revisión del método de fijación de los tipos de referencia y de actualización (DO C 14 de 19.1.2008, p. 6) y publicados en la página web de la DG Competencia en https://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/reference_rates.html

el cuadro común para ambas alternativas⁸², aunque el vencimiento de los préstamos y el nivel de márgenes de riesgo de crédito puedan modularse⁸³, siempre que este margen sea superior al margen de riesgo de crédito mínimo para el primer año para cada tipo de beneficiario, ajustado en función del vencimiento del mismo en tal y como se indica en el propio MTAE⁸⁴.

2. La fecha límite de suscripción de los contratos: 31 de diciembre de 2020 y se limitan a un máximo de seis años, a menos que estén modulados con arreglo a lo previsto cuando los Estados miembros hayan notificado un régimen de ayuda⁸⁵.

3. Como en la medida anterior, el importe global de los préstamos se fija en función de la fecha del vencimiento del préstamo con posterioridad⁸⁶ o antes⁸⁷ del al 31 de diciembre de 2020.

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

5. Empresas que no estuvieran en crisis a 31 de diciembre de 2019.

6. Ayuda afectada por la limitación de acumulación ex punto 20.

La actual versión incorpora un nuevo punto (27bis) para los instrumentos de deuda subordinados a los acreedores principales ordinarios en el caso de procedimientos de insolvencia⁸⁸.

4. Garantías y préstamos canalizados a través de entidades financieras⁸⁹

En la nueva redacción del punto 28, tras su revisión de 8.5.2020, son ya las tres modalidades anteriores de ayuda y no sólo las dos últimas (ahora epígrafes 3.1. a 3.3, inclusive), del vigente MTAE) las que no sólo pueden ser aportada directamente por los

⁸² En dicho cuadro se fija el tipo de interés mínimo debe ser al menos igual a la tasa base el 1 de enero de 2020 más un margen de riesgo que varía de 25 pb a 100 pb para las PYME y de 50 pb a 200 pb para las grandes empresas, dependiendo del vencimiento del préstamo [1- 6 años].

⁸³ La Comunicación ofrece aquí también un ejemplo como fijar un margen de riesgo de crédito a tanto alzado para toda la duración del préstamo.

⁸⁴ En nota (26) se aclara que el tipo de interés global mínimo (tipo base más márgenes de riesgo de crédito) debe ser de al menos 10 pb anuales.

⁸⁵ La modalidad alternativa prevista en el punto 27, letra b.

⁸⁶ Vencimiento posterior al 31 de diciembre de 2020 (punto 27, letra d): i. el doble de los costes salariales anuales del beneficiario (incluidas las cargas sociales y el coste del personal que trabaje en el recinto de la empresa pero figure formalmente en la nómina de un subcontratista) correspondientes a 2019 o al último año disponible; en el caso de empresas creadas el 1 de enero de 2019 o con posterioridad a esa fecha, el préstamo máximo no debe superar la estimación de los costes salariales anuales para los dos primeros años de actividad; o ii. el 25 % del volumen de negocios total del beneficiario en 2019; o iii. Este punto ha sido modificado en la revisión de 8.3.2020, para exigir no sólo que la justificación sea adecuada, sino que sea además "proporcionada por el Estado miembro a la Comisión (por ejemplo, en relación con las características de cierto tipo de empresas), el importe del préstamo puede aumentarse para cubrir las necesidades de liquidez desde el momento de la concesión durante los próximos 18 meses para PYME16 y para los próximos 12 meses para grandes empresas. Las necesidades de liquidez deben establecerse mediante la autocertificación del beneficiario.

⁸⁷ Vencimiento anterior al 31 d diciembre de 2020: el importe del principal del préstamo por beneficiario puede ser superior al establecido en el punto 27, letra d., si existe una justificación adecuada y siempre que siga estando asegurada la proporcionalidad de la ayuda.

⁸⁸ En este caso, pueden concederse a tipos de interés reducidos, que sean al menos iguales al tipo de base y los márgenes de riesgo de crédito mencionados en el cuadro del punto 27 (a) más 200 pb para grandes empresas y 150 pb para pymes. La posibilidad alternativa del punto 27 (b) se aplica a dichos instrumentos de deuda. También se deberán cumplir los puntos 27 (c), 27 (f) y 27 (g). Si el monto de la deuda subordinada excede los dos límites máximos siguientes 18, la compatibilidad del instrumento con el mercado interior se determina de conformidad con la sección 3.11: i) Dos tercios de la factura salarial anual del beneficiario para grandes empresas y la factura salarial anual del beneficiario para las PYME, tal como se define en el punto 27 (d) (i), y ii). 8,4% de la facturación total del beneficiario en 2019 para grandes empresas y 12,5% de la facturación total del beneficiario en 2019 para PYME ".

⁸⁹ Cfr. MTAE, puntos 28 a 31. Nueva redacción. La 4RMTAE da nueva redacción al punto 28m que queda redactado desde el 13.10.2020 del siguiente modo: "Podrán concederse ayudas en forma de garantías y préstamos de conformidad con las secciones 3.1, 3.2, 3.3 y 3.12 de la presente Comunicación a empresas que se enfrentan a una súbita escasez de liquidez, directamente o a través de entidades de crédito y otras entidades financieras como intermediarios financieros. En este último caso, deben cumplirse las condiciones que se establecen a continuación."

Estados miembros, sino que pueden articularse a través de instituciones de crédito y otras instituciones financieras, si bien sometida esta última posibilidad a condiciones específicas para evitar que parte de la ayuda pase a estas instituciones.

Esta apertura a la mayor participación de estas instituciones responde, como reconoce la propia Comisión, no sólo a la limitada capacidad de los Estados miembros para ofrecer financiación directa por sus propias dificultades financieras, sino a la evidencia de que estas instituciones son las que tienen precisamente como finalidad la realización de esas actividades.

Sin embargo, la Comisión es plenamente consciente de que el ejercicio de esa misma actividad de intermediación puede ser una vía indirecta para que la financiación pública confiera a esas entidades ayudas al margen de las reglas específicas fijadas para este sector tras la propia crisis financiera, por lo que de forma expresa prevé el MTAE una serie de cautelas para limitar los falseamientos indebidos a la competencia en es sector⁹⁰.

5. Seguro de créditos a la exportación a corto plazo⁹¹

En las actuales circunstancias de mayor riesgo y problemas de liquidez, otro de los ámbitos más afectados es el de la exportación y, por lo tanto, los seguros de crédito a la exportación.

En condiciones normales, las posibilidades de otorgar ayudas estatales esta delimitada por 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 plazo⁹².

La flexibilidad que ofrecería inicialmente la Comisión para los seguro de créditos a la exportación a corto plazo se incrementó en la 1RMTAE (3.4.2020)⁹³ y en la 4RMTAE (13.10.2020), al considerar la Comisión, en la última revisión citada "En este contexto, la Comisión considera todos los riesgos comerciales y políticos asociados a las exportaciones a los países enumerados en el anexo de la STEC temporalmente no negociables hasta el 30 de junio de 2021."⁹⁴

6. Investigación y desarrollo relacionado con la COVID-19⁹⁵

A las 5 medidas examinadas se añaden en la 1RMTAE (3.4.2020), otras 5, articuladas al amparo de la excepción del artículo 107.3.c) TFUE. Las 3 primeras persiguen objetivos complementarios y se articulan de manera muy semejante como ayudas a la inversión

⁹⁰ En coherencia con la ampliación del ámbito de actividad de las instituciones financieras que se produce en la segunda revisión del MTAE, las exigencias para las mismas son más conminatorias, como se refleja en la nueva redacción que en esa misma revisión se da al punto 31 del MTAE conforme al cual "deberían, en la mayor medida posible," transmitir las ventajas de la garantía pública o las tasas de interés subsidiadas sobre los préstamos a los beneficiarios finales y exigiéndoles "ser capaz de demostrar que opera un mecanismo que garantiza que las ventajas se transmitan en la mayor medida posible a los beneficiarios finales en forma de mayores volúmenes de financiamiento, carteras de mayor riesgo, menores requisitos de garantía, primas de garantía más bajas o tasas de interés más bajas que sin tales garantías o préstamos públicos "

⁹¹ Cfr. MTAE, puntos 32a y 33. Nueva redacción.

⁹² DO C 392 de 19.12.2012, p. 1.

⁹³ La versión original del MTAE condicionaba esta autorización a que se acreditase, de forma alternativa a. un asegurador internacional de créditos a la exportación privado grande y bien conocido y un asegurador de créditos nacional aporten pruebas de la indisponibilidad de dicha cobertura; o b. al menos cuatro exportadores consolidados en el Estado miembro aporten pruebas de que los aseguradores se niegan a cubrir operaciones concretas. Esta condición se suprime en la 1RMTAE (3.4.2020).

⁹⁴ Vid. el nuevo anexo de la SITEC "Lista de países cuyos riesgos son negociables" incorporado en la 4RMTAE.

⁹⁵ Cfr. MAE, puntos 34 y 35. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE.

directamente relacionada con la lucha contra el COVID-19⁹⁶. Las dos siguientes, son de carácter social, y persiguen paliar los efectos económicos de la pandemia sobre empresarios y trabajadores.

La primera de estas medidas se dirige a estimular la inversión en I+D en sus diversas fases, en la lucha directa contra el COVID-19 tratando de acortar atajar los problemas sanitarios que produce y reducir la duración de la enfermedad y por ello, de su impacto económico. De este modo se autorizan ayudas a la inversión destinada a desarrollar medidas defensivas o a encontrar un remedio contra el virus. Las condiciones específicas para la compatibilidad de estas ayudas son básicamente las siguientes:

1. Los beneficiarios son empresas⁹⁷ directamente relacionadas con la lucha contra el COVID-19⁹⁸ (sectores sanitario y farmacéutico), incluidas las que hayan recibido una etiqueta de calidad Sello de Excelencia concerniente específicamente al COVID-19 en el marco del instrumento para las pymes del Programa Horizonte 2020⁹⁹.
2. La ayuda puede otorgarse como en las recogidas en el Apartado 3.1 MTAE, en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales.
3. Se exige que los proyectos hayan de estar finalizados antes del 31 de diciembre de 2020¹⁰⁰. No obrante, como en las modalidades anteriores, la Comisión establece una relevante distinción temporal entre: a) Proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020 o que hayan recibido un Sello de Excelencia concerniente específicamente al COVID-19 y b) Proyectos iniciados antes del 1 de febrero de 2020. Estos últimos serían proyecto que, en principio, no se habrían concebido directamente para el COVID-19, pero que pueden reconducirse a su estudio. A los primeros se les reconoce directamente un efecto incentivador capaz de justificar su compatibilidad, mientras que los segundos sólo podrían beneficiarse de esta ayuda si se acredita que es necesaria para acelerar o ampliar el alcance el proyecto, limitando y se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación de su alcance.
4. Se consideran costes subvencionables todos los necesarios para el proyecto mientras siga en curso, señalando de forma exhaustiva pero no cerrada cuáles se pueden incluir¹⁰¹.

⁹⁶ Epígrafes 3.6 a 3.8, puntualmente retocado en la segunda revisión. De momento son escasas las ayudas de este tipo que se han autorizado siendo habitual que una misma decisión comprenda varias modalidades de ayuda a la inversión. A título ilustrativo, vid. SA.57035 COVID-19 Support to R&D projects, testing -infrastructures and production of COVID 19 related products (Portugal, 8 April: €30 million Luxembourg scheme to support research and development and investments in the production of coronavirus relevant products (press release: IP/20/637).

⁹⁷ Téngase en cuenta que bajo determinadas condiciones determinadas instituciones, como las universidades o centros públicos de investigación, quedan fuera de la noción de empresa o determinadas actividades de investigación no se reputan, en sentido estricto, como actividades económicas por lo que, en determinadas condiciones, su financiación pública podría escapar del ámbito de aplicación del artículo 107.2 TFUE. A este respecto, vid. CCAE (DO C 263, de 19.7.2016, p. 1; en especial, apartado 2.4. Asistencia sanitaria y 2.5. Actividades educativas y de investigación). Para un comentario de dichas previsiones puede verse nuestro trabajo RODRÍGUEZ MIGUEZ; J. A., "El control europeo de las ayudas públicas (I)...", op. cit, pp. 225 a 229 y CCAE, Apartado 2.

⁹⁸ En nota al pie (31), el MTAE precisa a este respecto que se incluye la investigación relacionada con la COVID-19 y otros antivirales incluye la investigación sobre vacunas, medicamentos y tratamientos, productos sanitarios y equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y ropa y equipos de protección, y sobre innovaciones de procesos pertinentes con vistas a una producción eficiente de los productos necesarios.

⁹⁹ A este respecto, vid. <https://eshorizonte2020.es/> y <http://www.ciencia.gob.es/portal/site/MICINN/menuitem.26172fcf4eb029fa6ec7da6901432ea0/?vgnnextoid=72e4cd8da41c1410VgnVCM1000001d04140aRCRD>

¹⁰⁰ Resulta evidente que había que fijar una fecha límite, pero en algunas materias como la I+D, puede ser poco realista, por lo que es previsible que esta fecha pueda interpretarse de forma amplia y no rigurosa en función de los resultados obtenidos en dicho período. Ciertamente, que el fijar una fecha no sólo era necesario, sino que puede llevar a incrementar los medios disponibles y eso es precisamente lo que persigue esta ayuda.

¹⁰¹ El MTAE ofrece en su punto 35, letra c), la siguiente relación ilustrativa: , incluidos, entre otros, los costes de personal, los costes en concepto de equipos digitales e informáticos, de herramientas de diagnóstico, de herramientas de recogida y tratamiento de datos, de servicios de I+D, y de ensayos preclínicos y clínicos (fases de ensayo I-IV), los relacionados

5. La intensidad de ayuda por beneficiario puede llegar hasta el 100 % de los costes subvencionables en el caso de la investigación fundamental, reduciéndose al 80 % para la investigación industrial y el desarrollo experimental, si bien este límite inicial puede incrementarse hasta en quince puntos porcentuales, llegando así hasta el 95%, si participan en el proyecto más de un Estado miembro apoya el proyecto de investigación o si se lleva a cabo en colaboración transfronteriza con organizaciones de investigación u otras empresas, fomentándose así ese tipo de colaboración transfronteriza.

6. Se permite que la ayuda pueda combinarse (acumularse) con otras fuentes de financiación para los mismos costes subvencionables, siempre que la ayuda combinada no supere los límites máximos definidos.

7. De modo coherente con la finalidad de esta excepcional medida se exige al beneficiario el compromiso de conceder licencias no exclusivas en condiciones de mercado no discriminatorias a terceros en el EEE;

8. Como en las medidas anteriores, también quedan excluidas de esta ayuda las empresas que ya estaban en crisis el 31 de diciembre de 2019.

7. Infraestructuras de ensayo y ampliación de escala¹⁰²

En línea con la anterior medida y para impulsar la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de productos relacionados con la COVID-19¹⁰³. Esta distinción debe entenderse vinculada a limitar el efecto distorsionados de esta ayuda en la fase final, la producción en masa, por lo que el estímulo se dirige a las fases anteriores.

1. Como en la medida anterior, la ayuda a la inversión se puede otorgar en forma de subvenciones directas, ventajas fiscales o anticipos reembolsables

2. El proyecto debe estar también rematado el 31 de diciembre de 2020, incorporándose, del mismo modo, precisiones equivalentes respecto de los proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020 o después de dicha fecha, reconociendo sólo a los primeros, de manera automática, el carácter incentivador que justifica su compatibilidad. Si la ayuda es necesaria para acelerar o ampliar el alcance del proyecto podrá también concederse a proyectos anteriores a dicha fecha (1.2.2020), si bien, su importe se limita a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

3. El proyecto deberá ejecutarse en un plazo máximo que vuelve a ser de seis meses, corriendo a cargo del Estado miembro concedente acreditar que se ha culminado. La finalización en plazo se estimula penalizando con la obligación del reembolso del 25% por cada mes de retraso en el caso de subvención directa o ventaja fiscal, salvo que se acredite que se debió a factores ajenos al control del beneficiario. En el caso

con la obtención, validación y defensa de patentes y otros activos inmateriales, la obtención de las evaluaciones de la conformidad o las autorizaciones necesarias para la comercialización de vacunas y medicamentos, productos sanitarios, equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y equipos de protección individual nuevos y mejorados; los ensayos de fase IV son subvencionables siempre que permitan nuevos avances científicos o tecnológicos

¹⁰² Cfr. MTAE, puntos 36 y 37 (1RMTAE, 3.4.2020).

¹⁰³ De manera expresa se cita en el punto 37.d): la construcción o mejora de las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala necesarias para el desarrollo, el ensayo y la ampliación de escala, hasta el primer despliegue industrial previo a la producción en masa, de medicamentos (incluidas las vacunas) y tratamientos, sus productos intermedios, ingredientes farmacéuticos activos y materias primas relacionados con la COVID-19; los productos sanitarios, los equipos hospitalarios y médicos (incluidos los respiradores y la ropa y el equipo de protección, así como las herramientas de diagnóstico) y las materias primas necesarias; los desinfectantes y sus productos intermedios y las materias primas químicas necesarias para su producción; así como las herramientas de recogida/tratamiento de datos;

de ayudas en forma de anticipos reembolsables, se estimula el cumplimiento del plazo transformándolos en subvención, penalizando el retraso con el reembolso por tramos anuales iguales en el plazo de cinco años a partir de la fecha de concesión de la ayuda.

4. La ayuda cubre hasta el 75 % de los costes subvencionables que, en el caso de las subvenciones directas o de ventajas fiscales podrá incrementarse en quince puntos porcentuales adicionales (hasta el 90%), si la inversión concluye en los dos meses siguientes a la fecha de concesión de la ayuda o la fecha de solicitud de la ventaja fiscal, o si el respaldo procede de más de un Estado miembro, porcentaje que también se aplica a las ayudas en forma de anticipo reembolsable.

5. A diferencia de la medida anterior (inversión en I+D COVID-19), esta ayuda no podrá combinarse con otras ayudas a la inversión por los mismos costes subvencionables, si bien, pueda concederse al mismo tiempo o separadamente como medida de ayuda independiente, una garantía de pérdidas bajo unas estrictas condiciones¹⁰⁴. Debemos tener en consideración que el beneficiario se queda con una instalación nueva o ampliada gracias a la ayuda.

6. Se impone además que el precio cobrado por los servicios prestados por las infraestructuras de ensayo y ampliación de escala deberá corresponder al precio de mercado. Con ello se quiere evitar posibles abusos por parte del titular de la instalación subvencionada.

7. Para potenciar la labor investigadora se impone al beneficiario que las infraestructuras financiadas con la ayuda estén abiertas a varios usuarios, a los que se dará acceso de forma transparente y no discriminatoria; si bien si el beneficiario ha financiado al menos el 10% de los costos de la inversión se le permite disfrutar de acceso preferencial, nunca exclusivo, en condiciones más favorables¹⁰⁵.

8. Como en todas las medidas del MTAE no puede concederse esta ayuda a empresas que ya estaban "en crisis" el 31 de diciembre de 2019.

8. Producción de productos relacionados con la COVID-19¹⁰⁶

El MTAE incorpora también la posibilidad de diseñar ayudas a la inversión para la producción de productos relacionados con la COVID-19¹⁰⁷, que se pueden otorgar igualmente en forma de subvenciones directas, ventajas iscales o anticipos reembolsables que deben concederse antes del 31 de diciembre de 2020. La 4RMTAE amplía este plazo inicial al 30 de junio de 2021¹⁰⁸.

Como en las ayudas anteriores, se distingue entre 1) proyectos iniciados a partir del 1 de febrero de 2020, a los que se concede también "efecto incentivador" y 2) los

¹⁰⁴ El punto 37, letra h) detalla las siguientes condiciones para autorizar la garantía: 1) que se constituya en el plazo de un mes desde la solicitud; 2) el importe de las pérdidas se establece en cinco años después de la finalización de la inversión, calculado como la diferencia entre la suma de los costes de inversión, el beneficio razonable del 10% anual del coste de la inversión a lo largo de un período de cinco años, y el coste de explotación, por una parte, y la suma de la subvención directa recibida, los ingresos a lo largo del período de cinco años, y el valor final del proyecto.

¹⁰⁵ La actual redacción procede de la 2RMTAE (8.5.2020).

¹⁰⁶ Cfr. MTAE, puntos 38 y 39.

¹⁰⁷ El MTAE cita expresamente los siguientes: medicamentos (incluidas las vacunas) y los tratamientos, sus productos intermedios, los ingredientes farmacéuticos activos y las materias primas; los productos sanitarios, los equipos hospitalarios y médicos (incluidos los respiradores, la ropa y el equipo de protección, así como las herramientas de diagnóstico) y las materias primas necesarias; los desinfectantes y sus productos intermedios y las materias primas químicas necesarias para su producción; y las herramientas de recogida/tratamiento de de datos.

¹⁰⁸ Nueva redacción del punto 35 (13.10.2020). Lo mismo sucede con los puntos 37 Y 39, EN LOS QUE TAMBIÉN SE AMPLIA EL PLAZO al 30 de junio de 2021.

proyectos iniciados antes del 1 de febrero de 2020, pudiendo estos últimos beneficiarse de la ayuda si son igualmente necesaria para acelerar o ampliar el alcance el proyecto, aunque limitando su importe a los costes adicionales relacionados con los esfuerzos de aceleración o la ampliación del alcance.

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

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

7. Como en el caso de las infraestructuras, esta ayuda tampoco puede combinarse con otras por los mismos costes subvencionables, aunque puede beneficiarse en términos idénticos a los ya referida para aquéllas de una garantía para cubrir pérdidas¹⁰⁹.

9. Tampoco pueden beneficiarse de esta ayuda a empresas que ya estaban "en crisis" el 31 de diciembre de 2019.

9. Aplazamientos de pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social¹¹⁰

Como ya hemos anticipado, en las medidas diseñadas en los epígrafes 3.9 y 3.10, incorporada en la primera revisión del MTAE prima el "carácter social". En principio podrían diseñarse como "medidas generales"¹¹¹ lo que las excluiría del ámbito de las ayudas estatales.

No obstante, para evitar su posible carácter selectivo, -algo no siempre fácil de determinar en la práctica a la luz de la experiencia-, que las convertiría en ayudas

¹⁰⁹ Se establece cuál puede ser el importe de la compensación que se calcula "como la diferencia entre la suma de los costes de inversión, el beneficio razonable del 10% anual del coste de la inversión a lo largo de un período de cinco años, y el coste de explotación, por una parte, y la suma de la subvención directa recibida, los ingresos a lo largo del período de cinco años, y el valor final del proyecto;"

¹¹⁰ Cfr. MTAE, puntos 40 y 41, aunque el punto 41 es modificado de nuevo en la 4RMTEAE en el sentido siguiente: "La Comisión considerará compatible con el mercado interior, sobre la base del artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE, los regímenes de ayuda que consistan en aplazamientos temporales del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social aplicables a las empresas (incluidas las personas que trabajan por cuenta propia) especialmente afectadas por el brote de COVID-19, por ejemplo en sectores o regiones específicos o en función de su tamaño. Esto se aplica también a las medidas previstas en relación con las obligaciones fiscales y de seguridad social destinadas a aliviar las dificultades de liquidez a las que se enfrentan los beneficiarios, incluidos, entre otros, el aplazamiento de los pagos a plazos, un acceso más fácil a los planes de pago de la deuda tributaria y la concesión de períodos sin devengo de intereses, la suspensión de la recaudación de la deuda tributaria y las devoluciones de impuestos aceleradas. La ayuda se concederá antes del 30 de junio de 2021 y la fecha límite para el aplazamiento no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2022."

¹¹¹ Cfr. CCAE, apartado 5 (Selectividad).

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

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

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

La compatibilidad sólo se admitirá para las ayuda que se concedan antes del 31 de diciembre de 2020 que, en el caso de los aplazamientos no podrá ser posterior al 31 de diciembre de 2022.

10. Subsidios salariales durante el brote de COVID-19¹¹²

Del mismo modo y previendo su posible carácter selectivo, la Comisión admite, al amparo del artículo 107.3.b) TFUE, la compatibilidad de las ayuda en forma de subsidios salariales. que¹¹³:

1. La ayuda está destinada a evitar las reducciones de plantilla durante la pandemia de COVID-19 (y a garantizar la continuidad de las actividades empresariales de las personas que trabajan por cuenta propia¹¹⁴).
2. Se concedan en forma de regímenes a empresas de sectores, regiones y tamaños específicos especialmente afectadas por el brote de COVID-19;
3. El subsidio salarial se concede por un período máximo de doce meses después de la solicitud de la ayuda a los empleados que, de otro modo, habrían sido despedidos como consecuencia de la suspensión o reducción de las actividades empresariales debido al brote de COVID-19 (o de las personas que trabajan por cuenta propia cuya actividad empresarial se haya visto negativamente afectada por la pandemia de COVID-19), y sujeto a la condición de que el personal beneficiario permanezca empleado de manera continua durante la totalidad del período para el que se concede la ayuda (o sujeto a la condición de que se mantenga la actividad empresarial relevante de la persona que trabaja por cuenta propia durante la totalidad del período para el que se concede la ayuda)¹¹⁵.

¹¹² Cfr. MTAE, puntos 42 y 43. Nueva modalidad de ayuda incorporada al MTAE

¹¹³ La revisión del MTAE de 8.4.2020 incorpora un nuevo punto, el 43Bis, a las condiciones necesarias para otorgar estas mismas ayudas al empleo en el sector, financiero. Por su parte, la revisión del MTAE3 da nueva redacción al punto 42 y da nueva redacción a las letras a), c. y d. del punto 43- Ela redacción del nuevo punto 42 es la siguiente: "42. Con el fin de preservar el empleo, los Estados miembros pueden contemplar la posibilidad de contribuir a los costes salariales de las empresas que, debido al brote de COVID-19, se verían abocadas, de no ser así, a reducir personal o a los ingresos equivalentes al salario de las personas que trabajan por cuenta propia para las que la adopción de medidas nacionales en respuesta a la pandemia de COVID-19 ha supuesto la suspensión o la reducción de su actividad empresarial. Si estos regímenes de apoyo se aplican al conjunto de la economía, no entran dentro del ámbito de aplicación del control de las ayudas estatales de la Unión, puesto que no son selectivos. Por el contrario, se considerará que estos regímenes conceden a las empresas una ventaja selectiva si están restringidos a determinados sectores, regiones o tipos de empresa".

¹¹⁴ Nueva redacción 3RMTAE3. Se ha subrayado el texto añadido en la 3RMTAE.

¹¹⁵ Nueva redacción 3RMTAE.

4. El subsidio salarial mensual no deberá superar el 80 % del salario bruto mensual (incluidas las cotizaciones patronales a la seguridad social) del personal beneficiario (o el 80 % de los ingresos equivalentes al salario mensual medio de la persona que trabaja por cuenta propia). Los Estados miembros también pueden notificar, en particular en interés de las categorías de salarios bajos, métodos de cálculo de la intensidad de la ayuda alternativos, por ejemplo, el uso de la media salarial nacional o el salario mínimo, siempre que se mantenga la proporcionalidad de la ayuda¹¹⁶.

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

11. Medidas de recapitalización¹¹⁷

La novedad más importante de la segunda revisión del MTAE, de 8.5.2020¹¹⁸ es, sin duda, la admisión de ayudas para la recapitalización (temporal) de empresas¹¹⁹. Su redacción, llena de cautelas y limitaciones, pone en evidencia el medido juego de equilibrios que la Comisión¹²⁰ ha tenido que alcanzar para hacer frente a una crisis todavía potencialmente más excepcional y grave que la de 2008.

En efecto, aunque en 2009¹²¹ la Comisión ya admitió la compatibilidad de esta modalidad de ayuda para sostener al sector financiero, el carácter sistémico de buena

¹¹⁶ Nueva redacción 3RMTAE.

¹¹⁷ Nuevo Apartado 3.11 fue incorporado por 2RMTAE (8.5.2020), puntos 44 a 85.

¹¹⁸ La Comisión ya tuvo ocasión de examinar ayudas en forma de deuda subordinada del accionista con anterioridad a esta segunda revisión del MTAE; concretamente, en el caso de la ayuda notificada por Francia a Air France, cuya compatibilidad fue admitida por la Comisión sobre la base del Artículo 197.3.b) TFUE (State Aid SA.57082 France 04.05.2020 COVID-19 – Cadre temporaire 107(3)(b) – Garantie et prêt d'actionnaire au bénéfice d'Air France https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_SA_57082)

¹¹⁹ No debemos olvidar que además de la recapitalización de empresas con fondos públicos existen alternativas como las de carácter regulatorio. A este respecto podemos citar la iniciativa llevada a cabo por la Autoridad de Conducta Financiera (Financial Conduct Authority-FCA) del Reino Unido aprobado una serie de medidas destinadas a ayudar a las empresas que cotizan en bolsa a recaudar capital adicional en respuesta a la crisis del coronavirus, al tiempo que conserva un grado adecuado de protección de los inversores, flexibilizando los requisitos reglamentarios exigibles desde el 8 de abril de 2020 hasta nuevo aviso.

Statement of Policy: listed companies and recapitalisation issuances during the coronavirus crisis. 08/04/2020. Disponible en: <https://www.fca.org.uk/news/statements/listed-companies-recapitalisation-issuances-coronavirus>

¹²⁰ Resultaría de interés poder comparar la propuesta de revisión presentada por la Comisión con el texto finalmente aprobado. Son también útiles las informaciones sobre los debates suscitados durante su aprobación. See mlex insight report on 16 April 2020: EU states seek flexibility in recapitalization rules available at <https://www.mlex.com/GlobalAntitrust/DetailView.aspx?cid=1180761&siteid=190&rdir=1>. Acerca del proceso de negociación, Véase, WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation", de 15 de mayo de 2020 (<http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/05/15/covid-19-and-eu-state-aid-recapitalisation/>) quien señala que la Comisión había trasladado su propuesta inicial de una segunda revisión del MTAE a consulta a los Estados miembros que permitía a los gobiernos recapitalizar empresas mediante el uso de instrumentos de capital y / o capital híbrido, así como otorgar préstamos subordinados. Dicho texto fue sometido a varias rondas de consultas con los Estados miembros y algunos manifestaron que las condiciones propuestas para las medidas de recapitalización eran demasiado amplias y estrictas. Citando la prensa especializada, las enmiendas propuestas por la Comisión suscitaron fuertes críticas por parte de Suecia se habría argumentado que consideró que los gobiernos nacionales deberían decidir sobre las estrategias de salida para la participación del Estado y que una salida prematura podría conducir a adquisiciones extranjeras no deseadas de inversores que intentarían beneficiarse de pandemia. Además, Suecia argumentó que las restricciones de comportamiento, como la prohibición de fusiones y adquisiciones, dificultarían que las empresas se recuperasen de la crisis. El proceso de consulta también tuvo lugar en un contexto de Estados miembros del norte que buscaban relajar las normas de ayuda estatal. Por ejemplo, Austria (sin éxito) pidió una suspensión temporal de la misma durante la lucha contra COVID-19.

¹²¹ Cfr. Comunicación "La recapitalización de las instituciones financieras en la crisis financiera actual: limitación de las ayudas al mínimo necesario y salvaguardias contra los falseamientos indebidos de la competencia" (DO C 10, de 15.1.2009, p. 2).

parte de las entidades afectadas y la singularidad del sector hacía esta posibilidad y sus efectos sobre la competencia mucho más asumibles que hoy, ante una crisis cuyos efectos sobre la economía pueden ser más generalizados, multiplicando su efecto distorsionador.

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

Con carácter preliminar al análisis de las previsiones contenidas en el MTAE es preciso adelantar algunas cuestiones esenciales. Así, es preciso destacar que las medidas que se regulan se consideran, de partida, por la Comisión, como “ayudas estatales”, esto es que reúnen las condiciones establecidas en el artículo 107.1 TFUE entre las que está la de que suponga una ventaja para el beneficiario. Tratándose de aportaciones de capital es de aplicación el ahora denominado “Principio del Operador Privado” (OEM)¹²², conforme al cual la ventaja deriva de que la aportación no sería efectuada en términos equivalentes por un operador privado que actuase con la lógica del mercado¹²³. Desde esta perspectiva se precisaría un análisis previo, que podría excluir el carácter de ayuda y, por lo tanto, la sujeción a las condiciones de este MTAE, las aportaciones públicas de capital cuando éste ya esté participando en el capital de la empresa o se trate de una empresa pública¹²⁴.

¹²² La primera versión de este principio fue la de “Principio del Inversor probado en una economía de mercado” (PIPEM o MEIP, en su versión inglesa) siendo aplicado, precisamente a las participaciones públicas en el capital de las empresas. Acerca del origen y evolución del PIPEM, vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: La participación en el capital social como modalidad de ayuda pública a las empresas, Escola Galega de Administración Pública, Colección Monografías nº 24, Santiago de Compostela, 2003. Esta monografía puede consultarse en <http://www.notariosyregistradores.com/doctrina/ARTICULOS/2010-ayudaspublicasenelcapitaldelasempresas.pdf> La Comisión desarrolla este principio de forma extensa en los puntos 73 a 114 de su CCAE (DO C 262, de 19.7.2016, p. 1). No obstante, esta expresión se puede leer ya en la STPI de 8 de julio de 2005, Technische Glaswerke Ilmenau/Comisión, asunto T-198/2001, Rec. 2004 pág. 11-20202717, en la que se examinaba un caso de aplicación de las Directrices comunitarias sobre ayudas de Estado de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis (DO C 368, de 23.12.1994, pág. 12. Este término es empleado también por el Reglamento (UE) núm. 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis (DO L 352, de 24.12.2013, pág. 11, considerando 13); las Directrices sobre las ayudas estatales para promover las inversiones de financiación de riesgo (DO C 19, de 22.1.2014, p. 4, apartado 2.1); las Directrices sobre ayudas estatales a aeropuertos y compañías aéreas (DO C 99, de 4.4.2014, p. 3, apartado 3.4) y la Comunicación de la Comisión invitando a presentar observaciones en aplicación del art. 108.2 TFUE en el asunto Ayuda, estatal núm. SA.33909 (2013/C) (ex 2013/NN, ex 2011/CP) - Supuesta ayuda a Ryanair y a otras compañías aéreas y posibles ayudas a los aeropuertos de Gerona y Reus (DO C 120, de 23.4.2014, pág. 24).

¹²³ Debemos destacar que pese a los recelos de la Comisión ante esta modalidad de intervención, existen casos en los que la Comisión llega a la conclusión, tras investigar una recapitalización controvertida, que la misma no constituye ayuda estatal, incluso en sectores sensibles como la banca, Podemos citar ejemplos recientes como el de la Decisión SA.47178 Recapitalização da Caixa Geral de Depósitos, S.A., de 10.03.2017, o la más reciente de NordtLB (“State aid: Commission concludes that recapitalisation of German NordtLB is market conform”, Press release 5 December 2019. disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_6684). En otras ocasiones fueron los tribunales quienes corrigieron la apreciación de la Comisión de que la medida contenía ayuda estatal, como en la STJUE de 3 de abril de 2014, asunto C 224/12 P, Comisión/Reino de los Países Bajos y ING Groep NV (ECLI:EU:C:2014:213), que confirmó en casación, la STGUE de 2 de marzo de 2012, Países Bajos e ING Groep/Comisión (T 29/10 y T 33/10; ECLI:EU:T:2012:98), que había anulado parcialmente de la Decisión 2010/608/CE de la Comisión, de 18 de noviembre de 2009, relativa a la ayuda estatal C 10/09 (ex N 138/09) ejecutada por los Países Bajos para el mecanismo de suscripción de reserva de activos no líquidos y el Plan de reestructuración de ING (DO L 274 de 19.10.2010, p. 139).

¹²⁴ Respecto de la condición de empresa pública, cfr. artículo 2º, letra b) e la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17) y su correspondiente transposición nacional.

1. Aplicabilidad

Las previsiones del MTAE en esta materia se aplican tanto a la recapitalización de empresas concretas como a los regímenes generales, quedando excluidas del marco temporal nuevamente las entidades financieras y siempre que no sea posible recurrir como alternativa a las posibilidades que ofrece la medida de la sección 1 (sección 3.1. Ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales) para grandes empresas y PYMES; es decir para importes superiores a los en ella previstos, así como para los instrumentos de deuda subordinada que superen los dos límites máximos contemplados en el punto 27 bis, incisos i) y ii), de la sección 3.3 del mismo (Ayuda en forma de bonificación de los tipos de interés de los préstamos). Se conciben, pues como la última ratio de ayuda posible.

Aunque inicialmente estas medidas no se podrán acordar con posterioridad al 30 de junio de 2021, la 4RMTAE amplió dicho plazo al 30 de septiembre de 2021¹²⁵. Como resulta evidente, esta medida tiene un plazo más amplio que las anteriores, lo que debe entenderse responde no sólo al hecho de haberse adoptado con posterioridad, sino a la propia complejidad de estos instrumentos y a las singulares características impuestas¹²⁶.

Parece necesario destacar en este punto que aunque el MTAE entra en numerosos detalles y distinciones, como si la empresa es cotizada o no o si se trata de una pyme o una gran empresa, no hace alusión específica alguna adicional al sector en que opere (salvo la exclusión expresa del sector financiero) ni al carácter estratégico de la operación, cuestión que puede ser relevante no sólo en sectores tradicionalmente regulados y considerados estratégicos como energía o telecomunicaciones, sino también en otros no menos relevantes como los medios de comunicación, al deber salvaguardarse la pluralidad informativa¹²⁷.

¹²⁵ Nueva redacción punto 48 (4RMTAE, de 13.10.2020).

¹²⁶ Ya han aparecido entre los escasos comentarios publicados acerca de esta medida en el marco del MTAE quien ha apuntado, no sin razón, que las estrictas condiciones que impone el marco, en particular sobre el comportamiento comercial de los beneficiarios, pueden disminuir su atractivo para que los Estados miembros establezcan esquemas de recapitalización (o para prever medidas de capitalización individuales) y para que las empresas participen en ellos; recordando que los Estados miembros ya habían expresado serias preocupaciones durante la fase de consulta. En este sentido, WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation", op. Cit.

¹²⁷ Ténganse en cuenta la modificación de la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior, introducidas por la Disposición final cuarta del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (BOE núm. 73, de 18/03/2020), que añade un artículo 7 bis con la siguiente redacción: "Artículo 7 bis. Suspensión del régimen de liberalización de determinadas inversiones extranjeras directas en España.

1. A efectos de lo establecido en este artículo se consideran inversiones extranjeras directas en España todas aquellas inversiones realizadas por residentes de países fuera de la Unión Europea y de la Asociación Europea de Libre Comercio cuando el inversor pase a ostentar una participación igual o superior al 10 por 100 del capital social de la sociedad española, o cuando como consecuencia de la operación societaria, acto o negocio jurídico se participe de forma efectiva en la gestión o el control de dicha sociedad.
2. Queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España, que se realicen en los sectores que se citan a continuación y que afectan al orden público, la seguridad pública y a la salud pública. En concreto, los sectores son los siguientes:
 - a) Infraestructuras críticas, ya sean físicas o virtuales (incluidas las infraestructuras de energía, transporte, agua, sanidad, comunicaciones, medios de comunicación, tratamiento o almacenamiento de datos, aeroespacial, de defensa, electoral o financiera, y las instalaciones sensibles), así como terrenos y bienes inmuebles que sean claves para el uso de dichas infraestructuras, entendiéndose por tales, las contempladas en la Ley 8/2011, de 28 de abril, por la que se establecen medidas para la protección de las infraestructuras críticas.
 - b) Tecnologías críticas y productos de doble uso tal como se definen en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento (CE) nº 428/2009 del Consejo, incluidas la inteligencia artificial, la robótica, los semiconductores, la ciberseguridad, las tecnologías aeroespaciales, de defensa, de almacenamiento de energía, cuántica y nuclear, así como las nanotecnologías y biotecnologías.
 - c) Suministro de insumos fundamentales, en particular energía, entendiéndose por tales los que son objeto de regulación en la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico, y en la ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos, o los referidos a materias primas, así como a la seguridad alimentaria.
 - d) Sectores con acceso a información sensible, en particular a datos personales, o con capacidad de control de dicha información, de acuerdo con la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

2. Condiciones de subvencionabilidad y entrada del capital público

Las operaciones de recapitalización autorizables quedan sujetas a las siguientes condiciones¹²⁸:

1. sin la intervención estatal, el beneficiario cesaría en su actividad o tendría graves dificultades para mantenerse en funcionamiento. Las dificultades podrán demostrarse por el deterioro, en particular, del coeficiente deuda/capital del beneficiario o por indicadores similares;
2. la intervención responde al interés común, concepto que la propia Comunicación trata de aclarar añadiendo que puede referirse a evitar problemas sociales y deficiencias del mercado debido a una pérdida significativa de empleo, 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 cuestión¹²⁹.
3. el beneficiario no pueda 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
4. nuevamente se exige que el beneficiario no es una empresa que ya estaba en crisis el 31 de diciembre de 2019.

El MTAE prevé tanto que los Estados miembros presenten regímenes generales de ayuda, como ayudas individuales (ad hoc) para empresas concretas.

En el caso de regímenes generales se exige que las futuras empresas beneficiarias hayan presentado con carácter previo a sus Estados una solicitud por escrito de dicha ayuda. En las ayudas notificables individualmente, los Estados miembros presentarán

e) Medios de comunicación.

3. Asimismo, queda suspendido el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en los siguientes supuestos:

- a) si el inversor extranjero está controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos públicos o las fuerzas armadas, de un tercer país, aplicándose a efectos de determinar la existencia del referido control los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio.
 - b) si el inversor extranjero ha realizado inversiones o participado en actividades en los sectores que afecten a la seguridad, al orden público y a la salud pública en otro Estado miembro, y especialmente los relacionados en el apartado 2 de este artículo.
 - c) si se ha abierto un procedimiento, administrativo o judicial, contra el inversor extranjero en otro Estado miembro o en el Estado de origen o en un tercer Estado por ejercer actividades delictivas o ilegales.
4. El Gobierno podrá suspender el régimen de liberalización de las inversiones extranjeras directas en España en aquellos otros sectores no contemplados en el apartado 2 de este artículo, cuando puedan afectar a la seguridad pública, orden público y salud pública, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 7 de esta Ley.
5. La suspensión del régimen de liberalización establecida de acuerdo con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo determinará el sometimiento de las referidas operaciones de inversión a la obtención de autorización, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de esta Ley. Las operaciones de inversión llevadas a cabo sin la preceptiva autorización previa carecerán de validez y efectos jurídicos, en tanto no se produzca su legalización de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley.
6. La suspensión prevista en este artículo regirá hasta que se dicte Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se determine su levantamiento."

¹²⁸ Cfr. punto 49 MAXE.

¹²⁹ A este respecto, aunque coincidimos con WILSON cuando afirma que a pesar de la intención de la Comisión varios términos, especialmente en la segunda revisión, no están del todo claros, lo que será, sin duda, una fuente de conflictos, no compartimos que queden a la interpretación de los Estados miembros, sino de la Comisión que es la que debe autorizar las ayudas y seguir su ejecución. Son claros ejemplos de ello el uso del término "adecuado" o, como apunta el propio EILSON, "sistémicamente importantes" quien plantea si en el sector de la aviación podría esto conducir a medidas que incluyan a las aerolíneas nacionales de bandera pero excluyan a las aerolíneas de bajo costo. Cfr. WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation, op. cit, en su primera observación al documento ("1. Attractiveness of the recapitalisation route").

pruebas de esta solicitud por escrito como parte de la notificación a la Comisión de la medida de ayuda individual.

En el caso de la aprobación de un régimen general será precisa notificación separada de las ayudas individuales que superen el umbral de 250 millones EUR, que será individualmente analizada por la Comisión¹³⁰.

3. Tipos de medidas de recapitalización

La recapitalización puede llevarse a cabo utilizando dos conjuntos distintos de instrumentos, que pueden combinarse entre sí: 1) instrumentos de capital (emisión de nuevas acciones ordinarias o preferentes); y/o 2) instrumentos con un componente de capital (denominados "instrumentos híbridos de capital"¹³¹, en particular los derechos de participación en beneficios, las participaciones sin voto y las obligaciones convertibles garantizadas o no garantizadas¹³².

Como ya hemos apuntado en su día, el término recapitalización ("participación en el capital") es empleado por la Comisión, a la vista de los instrumentos para materializarla desde una perspectiva más económica que estrictamente jurídica (capital social), al perseguir reforzar el patrimonio neto (recursos propios)¹³³ de las empresas, del que el capital social es sólo uno de sus elementos.

El Estado miembro debe garantizar que los instrumentos seleccionados y las condiciones impuestas sean "adecuados" para satisfacer las necesidades de recapitalización del beneficiario y, al mismo tiempo, que sean los que menos falseen la competencia¹³⁴.

4. Importe de la recapitalización

Lo primero que debemos precisar a este respecto es que la Comisión no fija límite alguno al importe de la recapitalización. La Comisión se limita a exigir algo que resulta evidente, aunque se ve obligada a modificar la redacción inicial del punto 54, que tras la 4RMTEAE quedó redactado del siguiente modo: " 54. A fin de garantizar la proporcionalidad de la ayuda, el importe de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 no puede superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, y no debe ir más allá del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario previa a la pandemia de COVID-19, es decir, de la situación a 31 de diciembre de 2019. Al evaluar la proporcionalidad de la ayuda, se tendrá en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista en el contexto de la pandemia COVID-19. (*¹³⁵)"

¹³⁰ Cfr. punto 51 in fine tras 2RMTEAE (8.5.2020).

¹³¹ En nota (24) se aclara que los instrumentos híbridos de capital son instrumentos que presentan características propias tanto de la deuda como del capital. Por ejemplo, las obligaciones convertibles son remuneradas como obligaciones hasta que se convierten en acciones. Así, la evaluación de la remuneración global de los instrumentos híbridos de capital depende, por una parte, de su remuneración mientras son instrumentos asimilables a la deuda y, por otra, de las condiciones para su conversión en instrumentos asimilables a las acciones.

¹³² La interpretación de que el término "participación en el capital" que solía emplear la Comisión Europea en sus decisiones antes de acudir a la de "recapitalización" se concebía en términos más económicos que jurídicos fue una de las conclusiones a las que llegamos en nuestra tesis doctoral, publicada como monografía posteriormente. vid., RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: *La participación en el capital...*, op. cit., en concreto, capítulo 1 ("Concepto y modalidades de participación en el capital", pp. 97 a 160) y capítulo 5 ("La aportación de capital como beneficio económico injustificado", pp. 355 a 441).

¹³³ En este sentido véase el ya clásico trabajo de Fernández del Pozo, L.: *El fortalecimiento de recursos propios*, Monografías Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, 1992.

¹³⁴ Cfr. punto 53, tras 2RMTEAE (8.5.2020).

¹³⁵ En nota se aclara: "A efectos de esta la subsección 3.11.4, los instrumentos híbridos concedidos por el Estado deben contabilizarse como capital."

Esta afirmación es más clara que la que se recogía en la redacción inicial, mucho más ambigua e imprecisa¹³⁶ y exigirá igualmente que la empresa beneficiaria y el Estado miembro concedente justifiquen el importe requerido a satisfacción de la Comisión.

5. Remuneración y salida del Estado

La remuneración de la recapitalización pública es otro de los puntos clave y, por ello, más controvertido, de las reglas bajo las que la Comisión está dispuesta a autorizar esta medida. Estas reglas se han visto modificadas por el MT3 al objeto de hacerlas más operativas.

El MTAE exige que se trate de una "remuneración adecuada" a la inversión¹³⁷ y que debe amortizarse cuando la economía se estabilice. Atendiendo a ambas exigencias, se dispone que la remuneración deba incrementarse para que converja con los precios de mercado y dé incentivos al beneficiario y a los demás accionistas para amortizarla, minimizándose así el riesgo de falseamiento de la competencia.

Para impulsar con más intensidad la salida del capital público se exige también de forma expresa¹³⁸ que las medidas estatales incluyan incentivos igualmente "adecuados" para que las empresas amorticen la recapitalización y busquen capital alternativo cuando las condiciones de mercado lo permitan, y para ello deben exigir una remuneración lo suficientemente elevada por la recapitalización.

A este respecto y, aunque la Comisión ofrece su propia metodología para determinar la adecuación de la remuneración exigible¹³⁹, -no se trata pues de una cifra indeterminada

¹³⁶ La redacción inicial era la siguiente: "sólo se permite una ayuda que sea proporcional, por lo que no puede superar el mínimo necesario para garantizar la viabilidad del beneficiario, y no debe ir más allá del restablecimiento de la estructura de capital del beneficiario previa a la pandemia de COVID-19, para lo que se tendrá en cuenta la ayuda estatal recibida o prevista en el contexto de la pandemia COVID-19."

¹³⁷ La Comisión (punto 55) trata de precisar, de forma ambigua, aunque expresa que esta expresión afirmando que "Cuanto más se aproxime su remuneración a lo que habría sido posible obtener en condiciones de mercado, menor será el falseamiento potencial de la competencia causado por la intervención estatal."

¹³⁸ Cfr. punto 59, en su nueva versión tras 2RMTAE (8.5.2020).

¹³⁹ La Comisión expone su metodología en los puntos 60 a 70, especificándola según se trata de capital o de híbridos de capital. En la 3RMTAE se modifica la redacción del punto la 3R, de modo que "64. Alternativamente, el Estado puede vender en cualquier momento su participación en el capital a precios de mercado a compradores distintos del beneficiario. Tal venta requiere, en principio, una consulta abierta y no discriminatoria de los compradores potenciales o una venta en bolsa. El Estado puede conceder a los accionistas existentes, es decir, los accionistas anteriores a la recapitalización en el contexto de la COVID-19, derechos de adquisición preferente al precio que resulte de la consulta pública. Si el Estado vende su participación en el capital a un precio inferior al precio mínimo establecido en el punto 63, seguirán aplicándose las normas de gobernanza establecidas en la sección 3.11.6 durante al menos hasta cuatro años después de la concesión de la medida de aportación de capital en el contexto de la COVID-19." En la 4RMTAE se añadieron los puntos 64Bis y Ter en los que se señala: "64 bis Cuando el Estado sea el único accionista existente, la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 puede adoptar la forma siguiente, no obstante lo dispuesto en el punto 64. A condición de que hayan transcurrido dos años desde la concesión de la recapitalización en el contexto de la COVID-19: a. no se exige el proceso de venta mencionado en el punto 64, y b. la consulta abierta y no discriminatoria a que se refiere el punto 64 puede sustituirse por una valoración del beneficiario llevada a cabo por una entidad independiente tanto del beneficiario como del Estado. Si dicha valoración independiente arroja un valor de mercado positivo, se considerará que el Estado ha salido de la recapitalización en el contexto de la COVID-19, aun cuando el beneficiario siga siendo propiedad del Estado. No obstante, cuando el valor de mercado positivo sea inferior al precio mínimo establecido en el punto 63, seguirán aplicándose las normas de gobernanza establecidas en la sección 3.11.6 hasta que hayan transcurrido cuatro años desde la concesión de la medida de recapitalización en el contexto de la COVID-19. En el caso de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19 que superen los 250 millones EUR, el Estado miembro presentará dicha valoración independiente a la Comisión. En cualquier caso, la Comisión puede solicitar por iniciativa propia la presentación de la valoración independiente y puede evaluarla para asegurarse de que respeta las normas establecidas para garantizar que las transacciones estén en consonancia con la conducta de mercado." Y "«64ter Cuando el Estado sea uno de varios accionistas existentes, la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 puede adoptar la forma siguiente, de manera alternativa a lo dispuesto en el punto 64. A condición de que hayan transcurrido dos años desde la concesión de la recapitalización en el contexto de la COVID-19: a. En lo que respecta a la parte del capital relacionado con la COVID-19 que el Estado tendría que mantener para que su participación vuelva a alcanzar los niveles previos a la recapitalización en el contexto de la COVID-19, es aplicable la posibilidad prevista en el punto 64 bis. Si el Estado vende una parte significativa de las acciones de la empresa beneficiaria a inversores privados a través de un proceso competitivo, como se indica en el punto 64, dicho proceso

sino determinable conforme a un método cierto que ofrece a los Estados ya las empresas-, la Comisión no excluye las que pueda ofrecer el Estado miembro correspondiente, siempre que se adapten a las características y la prelación del instrumento de capital, y conduzcan, en términos globales, a un resultado similar en sus efectos incentivadores.

6. Gobernanza y prevención de los falseamientos indebidos de la competencia

Bajo este epígrafe, el MTAE establece una serie de interesantísimas previsiones que deben analizarse desde la perspectiva de la voluntad de la Comisión de limitar al máximo los efectos sobre la competencia de dicha introducción de recursos en el mercado., más que sobre gobernanza, en sentido estricto.

Esta es la razón de que en el MTAE se disponga de forma expresa que no se permitirá a los beneficiarios ni practicar una expansión comercial agresiva financiada por las ayudas estatales ni asumir riesgos excesivos¹⁴⁰. La regla es clara y nuevamente explícita "cuanto menor sea la participación en el capital del Estado miembro y cuanto mayor sea la remuneración, menor será la necesidad de salvaguardias."¹⁴¹

Esta previsión se completa desde una perspectiva antitrust al enunciar también que si la medida de recapitalización es superior a 250 millones EUR y la beneficiaria es una empresa con "poder de mercado significativo" en al menos uno de los mercados de referencia en los que opera, los Estados miembros deben proponer medidas adicionales para proteger la competencia efectiva en dichos mercados, tales como compromisos estructurales o de comportamiento conforme a la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo a la regulación europea sobre concentraciones¹⁴² y, con carácter general los beneficiarios de la recapitalización tienen prohibido anunciarlo con fines comerciales.

En la misma línea¹⁴³, pero con la finalidad añadida de estimular la salida del capital Público, mientras no se haya amortizado "al menos el 75 % de las medidas de recapitalización", los beneficiarios, salvo que se trate de PYMES, tendrán prohibida la adquisición de participaciones de más del 10 % en competidores u otros operadores en la misma línea de actividad, incluidos los que operen en fases anteriores o posteriores (upstream/downstream) a la actividad del beneficiario. Sólo excepcionalmente podrán adquirir una participación de más del 10 % en operadores activos en fases anteriores o posteriores a su ámbito de actividad, si, a juicio de la Comisión y en el marco del control de concentraciones, la adquisición se considera necesaria para mantener su viabilidad sin que dicha adquisición pueda llevarse a cabo antes de que la Comisión haya adoptado una decisión al respecto. Estas previsiones plantean dudas en el caso de varias líneas de actividad de volumen igual o equivalente y de grupos económicos con actividades diferenciadas entre sus filiales si la recapitalizada es la matriz.

podrá considerarse una valoración independiente a efectos del punto 64 bis. b. En lo que respecta al resto del capital relacionado con la COVID-19, se aplica el punto 64. Esto incluye, en particular, la necesidad de llevar a cabo un proceso competitivo. El Estado no tiene los derechos de adquisición preferente mencionados en el punto 64, puesto que ya ha ejercido tal derecho en aplicación de la letra a). (* incluye ejemplos). Cuando la amortización de la recapitalización en el contexto de la COVID-19 afecte únicamente a una parte del capital relacionado con la COVID-19, las letras a) y b) se aplicarán a esa parte del capital relacionado con la COVID-19."

¹⁴⁰ Esta previsión aparece en numerosas decisiones de la Comisión en esta modalidad de ayudas, junto con la obligación de separación de activos y de actividades, como en el caso Crédit Lyonnais, ya citado, a entidad de titularidad pública cuya privatización fue impuesta por la propia Comisión.

¹⁴¹ Cfr. MTAE, punto 71.

¹⁴² El MTAE se remite expresamente al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones") (DO L 24 de 29.1.2004, p. 1) y al Reglamento (CE) n° 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 133 de 30.4.2004, p. 1).

¹⁴³ Cfr. punto 74 2RMTAE.

Esta última cuestión puede considerarse en parte resuelta, al menos sobre el papel con la previsión de que quedan prohibidas las subvenciones cruzadas¹⁴⁴ de actividades económicas de empresas integradas que ya estuviesen experimentando dificultades económicas a 31 de diciembre de 2019, previsión para la que se exige que las empresas integradas tengan una separación clara de cuentas.

Tampoco se permite a la beneficiaria hasta la total amortización de la recapitalización ni distribuir dividendos, ni efectuar pagos de cupones no obligatorios, ni recomprar acciones, salvo en relación con el Estado. Debe tenerse en cuenta que en aquellas sociedades participadas por socios exclusivamente financieros que hubieran instrumentalizado su presencia en acciones o participaciones sin voto, la ausencia de remuneración puede producir “daños colaterales” para la sociedad, pues en tanto no perciban el dividendo mínimo con el que se retribuyen dichos títulos confieren a sus detentadores los derechos políticos como acciones o participaciones ordinarias de los que precisamente carecen estas acciones o participaciones sin voto, lo que puede suponer un cambio en las relaciones de poder de singular relevancia práctica en las compañías¹⁴⁵.

En la misma línea de estímulo de la salida del capital público se limita la remuneración de su equipo directivo hasta que se haya amortizado al menos el 75 % de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. punto 76 MYAE.

¹⁴⁵ Cfr. Artículo 99.3 LSC (Dividendo preferente.), conforme al cual, “3. De no existir beneficios distribuibles o de no haberlos en cantidad suficiente, la parte de dividendo mínimo no pagada deberá ser satisfecha dentro de los cinco ejercicios siguientes. Mientras no se satisfaga el dividendo mínimo, las participaciones y acciones sin voto tendrán este derecho en igualdad de condiciones que las ordinarias y conservando, en todo caso, sus ventajas económicas.”

¹⁴⁶ La 3RMTAE da nueva redacción al punto 78 e incorpora los puntos 78Bis y Ter respecto de las retribuciones. Su actual redacción es la siguiente: “78. Mientras no se haya amortizado al menos el 75 % de las medidas de recapitalización en el contexto de la COVID-19, la remuneración de cada miembro de la dirección de los beneficiarios no podrá exceder de la parte fija de su remuneración a 31 de diciembre de 2019. Para las personas que se conviertan en miembros de la dirección en el momento de la recapitalización o con posterioridad a ella, el límite aplicable es la remuneración fija de los miembros de la dirección con el mismo nivel de responsabilidad a 31 de diciembre de 2019. Bajo ningún concepto se abonarán primas u otros elementos de remuneración variables o comparables.” Por su parte, la de los puntos 78 bis y 78 ter: “78 bis Cuando el Estado sea un accionista existente, es decir, anterior a la aportación de capital en el contexto de la COVID-19 y: a) el Estado aporte nuevo capital en las mismas condiciones que los inversores privados y a prorrata de su participación existente (o inferior) y b) la participación privada sea considerable (en principio, del 30 % como mínimo del nuevo capital aportado) y c) la aportación de nuevo capital por parte del Estado constituya ayuda estatal por sus circunstancias particulares, por ejemplo, por otra medida de la que se beneficie la empresa, no es necesario imponer condiciones específicas por lo que se refiere a la salida del Estado y será de aplicación lo siguiente: i. los puntos 61 y 62 no son de aplicación a las medidas de aportación de capital en el contexto de la COVID-19 de este tipo; ii. como excepción a los puntos 74, 75 y 78, la prohibición de adquisición y el límite máximo de la remuneración de los gestores se limitan a tres años; iii. como excepción al punto 77, se levanta la prohibición de dividendos para los titulares de las nuevas acciones. Para las acciones existentes, se levanta la prohibición de dividendos, siempre y cuando los titulares de dichas acciones existentes en total queden diluidos por debajo del 10 % de la empresa. Si los titulares de acciones existentes no quedan en total diluidos a una participación en la empresa inferior al 10 %, la prohibición de dividendos será de aplicación a los titulares existentes durante tres años. En cualquier caso, la remuneración correspondiente a los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada relacionados con la COVID-19 de titularidad estatal se pagarán antes que cualquier dividendo a los accionistas en un ejercicio dado; iv. no son de aplicación los requisitos contemplados en la sección 3.11.7, excepto en el caso de las obligaciones de información con arreglo al punto 83, que serán de aplicación durante tres años; y v. todas las demás condiciones expuestas en la sección 3.11 son de aplicación mutatis mutandis.” y “78 ter Cuando el Estado aporte capital a una empresa de la que no sea un accionista existente (es decir, anterior a la medida de aportación de capital en el contexto de la COVID-19), y a) aporte nuevo capital en las mismas condiciones que los inversores privados, y b) la participación privada sea considerable (en principio, del 30 % como mínimo del nuevo capital aportado), y c) cuando la aportación de capital del Estado constituya ayuda estatal por sus circunstancias particulares, por ejemplo, por otra medida de la que se beneficie la empresa, será de aplicación lo siguiente: i. como excepción al punto 77, se levanta la prohibición de dividendos para todos los titulares de nuevas acciones. Para las acciones existentes, se levanta la prohibición de dividendos, siempre y cuando los titulares de dichas acciones existentes en total queden diluidos a una participación en la empresa inferior al 10 %. En cualquier caso, la remuneración correspondiente a los instrumentos híbridos de capital y de deuda subordinada relacionados con la COVID-19 de titularidad estatal se pagarán antes que cualquier dividendo a los accionistas en un ejercicio dado; y ii. todas las demás condiciones expuestas en la sección 3.11 son de aplicación mutatis mutandis.”.

También es relevante que al aludir a las reglas de gobernanza no se aluda al posible ejercicio de derechos políticos lo que se daría en el caso de suscribir acciones o participaciones ordinarias, cuestión esta que puede ser problemática¹⁴⁷ haciendo más costosa la recapitalización pública para los demás socios.

Por otro lado, debemos destacar que el estímulo para la salida se centra únicamente en las empresas recapitalizadas pero no en la salida del Estado inversor, que puede tener otros intereses para permanecer en las empresas, máxime cuando su participación se trata de remunerar en las mejores condiciones posibles.

7. Estrategia de salida y obligaciones de información¹⁴⁸

La preocupación de la Comisión por el efecto anticompetitivo de la artificial financiación pública en los mercados se evidencia además de en las limitaciones y exigencias ya aludidas en la detallada manera en la que se regulan las condiciones exigibles a la estrategia de salida del capital público. No obstante, se fijan únicamente a los "beneficiarios que no sean pymes". Son tres las condiciones que se exigen a las "estrategias de salida" del capital público en las grandes empresas:

- 1) las grandes empresa que hayan recibido más del 25 % de su capital en el momento de la intervención deben de "acreditar que cuentan con una estrategia de salida creíble para la participación del Estado miembro, a no ser que la intervención del Estado miembro se reduzca a un nivel inferior al 25 % del capital en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión de la ayuda", haciendo a este respecto la importante precisión de que "los instrumentos híbridos concedidos por el Estado deben contabilizarse como capital."¹⁴⁹
- 2) La estrategia de salida deberá indicar: a) el plan del beneficiario para la continuación de su actividad y la utilización de los fondos invertidos por el Estado, incluido un calendario de pago de la remuneración y de amortización de la inversión estatal ("el calendario de reembolsos"); y b) las medidas que adoptarán el beneficiario y el Estado para respetar el calendario de reembolsos.
- 3) El deber de información debe cumplirse con el Estado concedente y con la Comisión. La estrategia de salida debe ser preparada y presentada al Estado miembro en un plazo de doce meses desde la concesión de la ayuda y debe ser aprobada por el Estado miembro a quien los beneficiarios deben informar sobre sus avances en su aplicación en un plazo de doce meses desde la presentación del calendario y, posteriormente, de forma periódica cada doce meses. Adicionalmente y salvo que se trate de PYMES, los beneficiarios que no hayan amortizado íntegramente el capital recibido deberán publicar información sobre la utilización de la ayuda en un plazo de doce meses desde la fecha de concesión de la ayuda y, posteriormente, de forma periódica cada doce meses¹⁵⁰.

¹⁴⁷ A este respecto, WILSON apunta que si los Estados miembros exigen influencia sobre las decisiones comerciales de una empresa a cambio de la ayuda de recapitalización, la inversión de los otros accionistas podría verse afectada aún más. Cita al respecto el caso de que un gobierno impulsa decisiones que están influenciadas por consideraciones políticas más amplias, como favorecer a ciertos proveedores nacionales o la preservación del empleo. Por ejemplo, Lufthansa parece estar preocupada de que el gobierno alemán se ponga del lado de los representantes de los grupos de empleados si el Estado fuera representado en la junta de supervisión de la compañía a cambio de ayuda. Otro ejemplo es el Ministro de Finanzas francés que solicitó que el receptor de la ayuda, Air France, continúe siendo "un buen cliente para Airbus". Cfr. WILSON, T., "COVID-19 and EU State aid recapitalisation, op. cit, en sus observaciones al documento ("2. 2. Burden sharing").

¹⁴⁸ Cfr. epígrafe 3.11.7. Estrategia de salida del Estado de la participación resultante de la recapitalización y obligaciones de información.

¹⁴⁹ Cfr. nota (29) MTAE, en el punto 79.

¹⁵⁰ El punto 83 MTAE precisa acerca de esta obligación que "En particular, esto debe incluir información sobre la forma en que la utilización de la ayuda recibida apoya sus actividades en consonancia con los objetivos de la UE y las obligaciones

Por su parte, el Estado miembro debe informar anualmente a la Comisión sobre la aplicación del calendario de reembolsos y el cumplimiento de las condiciones de gobernanza.

La estrategia de salida se refuerza de forma clara al fijar¹⁵¹ que si en seis años¹⁵² desde la recapitalización, la intervención del Estado no se ha reducido a menos del 15 % del capital del beneficiario, deberá notificarse a la Comisión para aprobar un plan de reestructuración con arreglo a las Directrices de salvamento y reestructuración que será evaluado por la Comisión para garantizar la viabilidad del beneficiario teniendo también en cuenta los objetivos de la UE y las obligaciones nacionales relacionados con la transformación ecológica y digital y la salida del Estado sin afectar negativamente al comercio en una medida contraria al interés común.

12. Ayuda en forma de apoyo por costes fijos no cubiertos¹⁵³.

La 4RMTAE incorpora una nueva modalidad de ayuda, cuya compatibilidad va a ser posible, al acaparo de la excepción del artículo 107.3.b(TFUE, bajo las condiciones que la propia Comisión delimita. SU finalidad declarada no es otra que reducir el deterioro del capital de las empresas cuya actividad se ha visto reducida por la pandemia¹⁵⁴. Estos requisitos son:

1. la ayuda antes del 30 de junio de 2021 y por los costes fijos no cubiertos soportados durante el período comprendido entre el 1 de marzo de 2020 y el 30 de junio de 2021, incluidos aquellos en que se incurra en una parte de dicho período ("período subvencionable");
2. Se concede en virtud de un régimen a empresas que sufren una disminución del volumen de negocios durante el período subvencionable de al menos el 30 % en comparación con el mismo período de 2019; (*)
3. dichos costes son los costes fijos soportados por las empresas durante el período subvencionable que no estén cubiertos por la contribución a los beneficios (es decir, los ingresos menos los costes variables) durante el mismo período y que no estén cubiertos por otras fuentes, como seguros, medidas de ayuda temporal cubiertas por la presente Comunicación o ayudas de otras fuentes. La intensidad máxima es el 70 % de los costes fijos no cubiertos, excepto en el caso de las microempresas y las pequeñas empresas respecto de las que el límite se eleva al 90 %¹⁵⁵.
4. la ayuda global no será en ningún caso superior a los 3 millones EUR por empresa y puede concederse en forma de subvenciones directas, garantías y préstamos, siempre que el valor nominal total de tales medidas se mantenga por debajo del

nacionales relacionadas con la transformación ecológica y digital, incluido el objetivo de la UE de lograr la neutralidad climática de aquí a 2050."

¹⁵¹ Cfr. punto 85 MTAE.

¹⁵² Se prevé, no obstante (punto 85 in fine) el plazo se eleva a 7 años para no cotizada y una pyme,

¹⁵³ Nuevo epígrafe 2.12 (puntos 86 y 87) incorporado en la 4RMTAE (13-10.2020).

¹⁵⁴ Cfr. punto 11 4RMTAE.

¹⁵⁵ Como se aclara en el punto 87, letra c) in fine, "A efectos del presente punto, las pérdidas de las empresas en sus cuentas de pérdidas y ganancias durante el período subvencionable (***) se considerarán costes fijos no cubiertos. La ayuda otorgada en virtud de esta medida podrá concederse sobre la base de las pérdidas previstas, mientras que el importe final de la ayuda se determinará tras la realización de las pérdidas sobre la base de las cuentas auditadas o, con la debida justificación aportada por el Estado miembro a la Comisión (por ejemplo, en relación con las características o el tamaño de determinados tipos de empresas), en función de la contabilidad fiscal. Se recuperarán todos los pagos que superen el importe final de la ayuda;"

citado límite máximo global, aclarándose que “todas las cifras utilizadas constituyen importes brutos, es decir, antes de cualquier deducción fiscal o de otro tipo”¹⁵⁶.

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

V. CONTROL Y PRESENTACIÓN DE INFORMES¹⁵⁷

Como resulta evidente, un cuadro de medidas tan complejo y en unas circunstancias en que cualquier exceso puede magnificar sus efectos, el MTAE incorpora, necesariamente, reglas específicas de control que se suman a la previa aprobación de los respectivos planes que se reserva la Comisión. Buena prueba de la importancia de estas medidas es que su redacción ha sido revisada en las dos modificaciones del MTAE original.

Se impone a los Estados una doble obligación de información: 1) al público (entiéndase otros Estados miembros y competidores) y 2) a la propia Comisión.

Respecto de la información al público, la nueva redacción del punto 86 MT (ex 3RMT) dispone: “86. Salvo en caso de la ayuda concedida en virtud de las secciones 3.9, 3.10 y 3.11, los Estados miembros han de publicar información pertinente sobre cada ayuda individual superior a 100 000 EUR (*)¹⁵⁸ concedida al amparo de la presente Comunicación, y superior a 10 000 EUR (**)¹⁵⁹ en el sector de la agricultura y la pesca, en el sitio web general sobre ayudas estatales o en la herramienta informática de la Comisión (***)¹⁶⁰ en un plazo de 12 meses desde el momento de la concesión. Los Estados miembros han de publicar información pertinente (****) sobre cada recapitalización individual concedida al amparo de la sección 3.11 en el sitio web general de ayudas estatales o en la herramienta informática de la Comisión en un plazo de tres meses desde el momento de la recapitalización. El valor nominal de la recapitalización se indicará por beneficiario.”

Por su parte, respecto de la Comisión, los Estados miembros deben presentar informes anuales a la Comisión¹⁶¹. Además, fijando como nuevo límite la 4RMTAE el 30 de junio de 2021¹⁶², deben facilitarle una lista de las medidas que se adopten al amparo del MTAE, exigiéndoles que se aseguren de que se conservan registros detallados de las ayudas concedidas y de que los mismos contengan toda la información necesaria para

¹⁵⁶ Cfr. punto 87, lryta d) in fine.

¹⁵⁷ Estas medidas se expondrán conjuntamente con las disposiciones generales y se corresponden, tras la segunda revisión del MTAE con los puntos 86 a 94, cuyo punto 86 es redactado de nuevo en la 3RMTAE.

¹⁵⁸ (*) En relación con la información requerida en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión. En relación con los anticipos reembolsables, las garantías, los préstamos, los préstamos subordinados y otras formas de apoyo, el valor nominal del instrumento subyacente se insertará por beneficiario. En relación con las ventajas fiscales y de pago, el importe de la ayuda individual puede indicarse en forma de intervalos.

¹⁵⁹ (**) En relación con la información requerida en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión y en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014. En relación con los anticipos reembolsables, las garantías, los préstamos, los préstamos subordinados y otras formas de apoyo, el valor nominal del instrumento subyacente se insertará por beneficiario. En relación con las ventajas fiscales y de pago, el importe de la ayuda individual puede indicarse en forma de intervalos.

¹⁶⁰ (***) La página de búsqueda pública de transparencia de las ayudas estatales da acceso a los datos de las concesiones de ayudas estatales individuales facilitados por los Estados miembros en cumplimiento de los requisitos de transparencia europeos de las ayudas estatales y puede consultarse en <https://webgate.ec.europa.eu/competition/transparency/public?lang=es> (****) Es decir, la información requerida en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 702/2014 de la Comisión, y en el anexo III del Reglamento (UE) n.º 1388/2014 de la Comisión, de 16 de diciembre de 2014.

¹⁶¹ En nota, la Comisión se remite al contenido del DO L 140 de 30.4.2004, p. 1.

¹⁶² Cfr. punto 43 4RMTAE.

determinar el cumplimiento de las condiciones establecidas, durante diez años a contar desde la concesión de la ayuda y entregarse a la Comisión cuando esta lo pida.

Igualmente se reserva la Comisión la potestad de requerir "información adicional" para comprobar que se respetan las condiciones establecidas en la decisión de la Comisión por la que se aprueba la medida de ayuda.

Respecto de las ayudas ilegales (no notificadas o ejecutadas antes de obtener autorización de la Comisión), la Comisión, de conformidad con la Comunicación de la Comisión sobre la determinación de las normas aplicables a la evaluación de las ayudas estatales ilegales¹⁶³, aplicará lo siguiente sobre las ayudas no notificadas:

- a. la presente Comunicación, si la ayuda se hubiera concedido después del 1 de febrero de 2020;
- b. en todos los demás casos, las normas aplicables en el momento de concesión de la ayuda.

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

VI. VALORACIÓN FINAL Y REFLEXIÓN DE CONJUNTO

No cabe duda de que habría sido difícil imaginar que la Comisión Europea hubiera llegado a aprobar un marco temporal de ayudas estatales como el aprobado para hacer frente al COVID-19 si no hubiéramos vivido personalmente, como muchos europeos, los acontecimientos de los últimos meses.

Lo cierto es que la Comisión Europea ha demostrado una vez más, al menos en este campo, la utilidad de disponer de unas reglas lo suficientemente abiertas como para permitir, de ordinario, una aplicación rigurosa y cuando concurren circunstancias excepcionales una amplia flexibilidad como la necesaria para hacer frente a la crisis financiera pasada y a la actual crisis económica y sanitaria derivada del COVID-19. n la legalidad europea.

El volumen de la ayuda ya autorizada y la que previsiblemente puede autorizarse todavía es tan extremo como las circunstancias que motivan su autorización excepcional y temporal pero esa valoración cuantitativa¹⁶⁴ no debe ocultar la cualitativa, que debe centrarse en el impacto sobre el tejido económico y el funcionamiento competitivo de los mercados de tal volumen de ayuda pública.

Más allá del control previo y, del todavía más importante a posteriori que realice la Comisión Europea, el margen de maniobra de que disponen todos los Estados miembros por igual para paliar los efectos de la pandemia sobre la economía europea, contrasta claramente con la capacidad real de cada uno de ellos para materializarlo en medidas

¹⁶³ DO C 119 de 22.5.2002, p. 22.

¹⁶⁴ Debemos tener en cuenta que en ocasiones el presupuesto no aparece ni en la versión no confidencial de la decisión ni en la nota sucinta publicada en el DO que incluye dicho campo, Vid, por ejemplo SA.56787 COVID-19: Bundesregelung Bürgschaften 2020 y DO C 158, 08.05.2020, pp. 2 y 3.

concretas, lo que afectara sensiblemente el nivel de competencia efectiva y la competitividad de las empresas a medio y largo plazo¹⁶⁵.

Por ello, aunque no se puede decir que los Estados miembros juegan con reglas diferentes, sí lo hacen ciertamente con armas o instrumentos de diferente calibre ("Bazucas contra tirachinas"¹⁶⁶) y esa es una realidad que no nos puede dejar indiferentes.

Una cuestión diversa, pero no menos importante, es que la diferencia en capacidad económica no deriva únicamente del tamaño de los "contrincantes" sino de la fortaleza de sus economías y de sus respectivas políticas públicas.

Mirando hacia atrás "sin ira", poco se puede decir. Hacia delante sí que tenemos tarea por hacer.

Nadie discute hoy que las ayudas estatales son un instrumento legítimo de política económica¹⁶⁷ del que la propia Unión Europea hace un amplio uso cotidianamente. La Unión Europea lo hace desde la perspectiva del interés común europeo y los Estados miembros, legítimamente desde la perspectiva nacional. En este indudable conflicto de interés, la Comisión debe mediar para que los intereses legítimos de los Estados miembro no afecten de forma sensible al interés general de la Unión.

Ello nos sitúa en una cuestión clave no siempre abordada con claridad: más allá de la disponibilidad presupuestaria y de que la medida resulte autorizada por la Unión Europea, cualquier decisión sobre otorgamiento de ayudas públicas (europeas o nacionales) debe respetar las reglas básicas de cualquier actuación de los poderes públicos¹⁶⁸, tenga o no carácter normativo. Nos referimos a los Principios de buena regulación, que hoy se recogen entre otras normas, en el Artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹⁶⁹, a cuya lectura nos remitimos que, *mutatis mutandi*, pueden ser aplicables al otorgamiento de cualquier ayuda pública, sea cual sea la fuente de financiación¹⁷⁰. Las

¹⁶⁵ Desde esta perspectiva resulta esencial valorar iniciativas tan oportunas y fundamentadas como la presentada por Alfonso Lamadrid y José Luis Buendía, remitida no sólo al Consejo Europeo sino a la comunidad jurídica en general, planteando de forma seria y viable la necesidad de crear un fondo europeo COVID-19, financiado con un porcentaje de las ayudas nacionales otorgadas para su ulterior reparto. Cfr. LAMADRID DE PABLOS, A./BUENDÍA SIERRA, J. L., no sólo a las Autoridades europeas, sino a la comunidad jurídica y al público en general. Cfr. "A Moment of Truth for the EU: A Proposal for a State Aid Solidarity Fund", publicado primero en Chillin Competition (<https://chillingcompetition.com/2020/03/31/a-moment-of-truth-for-the-eu-a-proposal-for-a-state-aid-solidarity-fund/>) y posteriormente como editorial en Journal of European Competition Law & Practice, 2020, Vol. 11, No. 1-2. Aunque como apunta López-Chaves, I. ("Competencia, COVID-19 y ayudas de Estado", Faro de Vigo, 05.05.2020, p. 27), dicho fondo cumpliría una función similar a la que, en los puertos de interés general, cumple el Fondo de Compensación Interportuario como instrumento de redistribución de recursos del sistema portuario estatal, fondo que se forma con la aportación de todos los puertos en proporción al resultado de su ejercicio o se pudiera decir que existen en la Unión Europea múltiples fondos y programas la importancia y singularidad de la propuesta de este nuevo fondo no puede ser más oportuna y su financiación al proceder del propio volumen de ayuda concedida tendría un efecto más interesante sobre la competencia que cualquier otro fondo existente o que se creara por otra vía.

¹⁶⁶ Tomamos esta gráfica imagen de la propuesta de LAMADRID y BUENDÍA, citada en la nota anterior.

¹⁶⁷ Acerca de esta cuestión en el marco de la crisis económica generada por el COVID-19, vid. PADILLA, J./PETIT, N., "Competition Policy and the Covid-19 Opportunity", en concurrences N° 2-2020, Art. N° 94317, pp. 2 a 6 (<https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-2-2020/foreword/competition-policy-and-the-covid-19-opportunity-94317-en>) y FABRA PORTELA, N./MOTTA, M./PEITZ, M., "Una oportunidad para recuperar Europa", en ELPais, 14-05-2020 (<https://elpais.com/autor/massimo-motta/>). En esta misma línea resulta muy interesante la exposición de Massimo Motta y Jorge Padilla, en el coloquio "Competencia e intervención pública para la reconstrucción económica: riesgos y oportunidades", organizado por la Red Académica de Derecho de la Competencia, el 20/05/2020, disponible en: (RADC), el <https://www.youtube.com/watch?v=pt6eM1xCg8w>

¹⁶⁸ No debemos desconocer tampoco las orientaciones políticas de los respectivos Gobiernos nacionales. En este sentido, IACOVIDES, M./NOWAG, J./IACOVIDES, M., "Covid-19 and the transformative power of State Aid: a framework for a democratically legitimate recovery", 28. May 2020, disponible en: <https://www.lexxion.eu/en/coreblogpost/covid-19-and-the-transformative-power-of-state-aid-a-framework-for-a-democratically-legitimate-recovery/>

¹⁶⁹ BOE nº 236, de 02/10/2015.

¹⁷⁰ La CNC lo expuso ya en el ya citado Primer Informe Anual sobre Ayudas Públicas 2008, (p. 22) que se simplifica en las tres preguntas siguientes:

- ¿Está la medida dirigida a un objetivo de interés común bien definido?

medidas que se articulen en el futuro estarán, en principio fuera del MTAE, cuya vigencia es temporal, lo que no excluye que cuando los fondos reúnan las condiciones del artículo 107.1 TFUE hayan de someterse al mismo y al marco que en su momento se apruebe para reemplazar al actual MTAE¹⁷¹.

Entre los intereses que deben protegerse no ocupa un lugar menor el de garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados y ahí, las Autoridades de competencia nacionales (y, en nuestro caso, también autonómicas), pueden desempeñar una importante labor más allá de la actual, limitada a la promoción de la competencia, si se sigue el modelo propuesto en su día por la Competition and Market Authority (CMA) británica para el escenario post-Brexit, consistente en atribuir a dicho organismo independiente una labor equivalente a la de la Comisión Europea en sede de ayudas en el ámbito del Reino Unido¹⁷².

Aunque entendemos que la labor de la Comisión Europea en sede de ayudas estatales es insustituible, las Autoridades nacionales de competencia podrían desempeñar un importante papel, no sólo si se incrementa la colaborando con aquella sino contribuyendo a que su utilización sea más eficiente.

Aunque sus atribuciones sigan limitadas al ámbito de la promoción de la competencia, dotar de carácter previo y preceptivo a sus informes, al menos en nuestro caso, respecto de las ayudas públicas que por acogerse a la regla de minimis o a una exención por categoría, quedan fuera del control previo de la Comisión Europea¹⁷³, sería un paso adelante muy importante, porque sus efectos anticompetitivos pueden ser igualmente graves en su respectivo ámbito de aplicación.

Para sacar algo bueno de lo malo, debemos revisar el diseño y elaboración de todas las ayudas públicas para que sean un verdadero instrumento de política económica verdaderamente eficiente y eficaz.

-
- ¿Resulta pertinente conseguir este objetivo de interés común mediante una ayuda pública? En tal caso, ¿está la ayuda bien concebida para conseguir dicho objetivo?
 - ¿Los falseamientos de la competencia y el efecto sobre el comercio son limitados de forma que, en conjunto, se garantice un balance positivo?

¹⁷¹ La contribución directa de la Unión Europea para ayudar a los Estados miembros en la lucha contra la crisis ha movilizó y movilizará ingentes recursos provenientes no sólo de los fondos e instrumentos ya existentes sino de los que se movilizarán como consecuencia del acuerdo alcanzado en la Reunión extraordinaria del Consejo Europeo, 17 a 21 de julio de 2020. Nos referimos, en concreto, al instrumento de emergencia único impulsado por la Comisión Europea bajo el nombre de "Next Generation EU" (NGEU), por valor 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, una de cuyas piezas clave será el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), cuya propuesta de reglamento de creación está tramitándose en el momento de redactar el presente trabajo.

¹⁷² En el momento de redactar estas páginas aun es incierto el resultado de las negociaciones, tanto para el panorama de acuerdo, como para el denominado "No Deal".

¹⁷³ Esta es una cuestión que debería tenerse en cuenta en la transposición pendiente de la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DO L 11 de 14.1.2019, p. 3).