

# ANÁLISIS JURÍDICO DE LAS GARANTÍAS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN SITUACIONES DE CRISIS EMPRESARIALES

MARCOS M. PASCUAL GONZÁLEZ

Profesor Contratado Doctor de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad de Oviedo

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS CON LAS NORMAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO.—III. LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA AYUDA DE ESTADO EN LAS GARANTÍAS: 1. *Criterios para la determinación de la concurrencia de una ayuda incompatible*. 2. *Cuantificación del «elemento de ayuda» en las garantías individuales y en los regímenes de garantía*. 3. *Las obligaciones de información por parte de los Estados miembros*.—IV. SUPUESTOS DE NO CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA AYUDA DE ESTADO.—V. CONSIDERACIONES FINALES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

El autor analiza la reciente Comunicación de la Comisión para evaluar la compatibilidad de las garantías de las Administraciones nacionales en caso de crisis empresarial conforme al artículo 87.1 TCE. Para ello se analizan tanto las garantías prestadas de forma individual como las ofrecidas en el marco de un régimen de garantía. La garantía no implica *per se* una transferencia de recursos, pero que sí puede producirse si la situación de insolvencia de la empresa impide obtener créditos en los mercados financieros sin la asistencia de las Administraciones Públicas. De ahí la necesidad de examinar las garantías a la luz del principio del inversor privado para determinar la compatibilidad con el Derecho comunitario.

*Palabras clave:* garantías estatales; Derecho comunitario de la competencia; principio del inversor privado.

## ABSTRACT

The author analyzes the recent Communication of the European Commission to evaluate the compatibility of the guarantees of the national governments in case of company crisis in accordance with the article 87.1 TCE. For it are examined so much the guarantees borrowed individual form as offered ones in the frame of a regime of guarantee. The guarantee does not imply *per se* transference of resources, but that can take place if the situation of insolvency of the enterprises prevents from obtaining credits on financial markets without the assistance of the public Administrations. It is here where the private investor principle enters to determine the compatibility with the European Community Law.

*Key words:* State guarantees; European Community Competition Law; private investor principle.

## I. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes, la Comisión Europea ha dictado una Comunicación que tiene por objeto la actualización de su planteamiento sobre las garantías que las distintas Administraciones de los Estados miembros puedan ofrecer dentro de su ámbito de competencias. De esta manera, la citada institución podrá brindar a los Estados miembros una orientación más detallada sobre los principios en los que basará su interpretación de las normas comunitarias para su aplicación a las garantías estatales<sup>1</sup>.

Con ella, la Comisión pretende dar la máxima transparencia a su política en este terreno, garantizando la coherencia de sus decisiones y la igualdad de trato. Insiste en dicha línea cuando manifiesta su deseo de ofrecer, tanto a las pequeñas y medianas empresas como a los Estados miembros, refugios que predeterminen, para una empresa concreta y sobre la base de su solvencia financiera, el margen mínimo que debería aplicarse a una garantía estatal para que no pueda considerarse contrario al Derecho comunitario, en especial al que rige la política sobre competencia.

En relación con los tipos de garantías, hemos de advertir que generalmente las garantías están vinculadas a un préstamo u otra obligación financiera contraída por un prestatario con un prestamista. En este sentido, se pueden conceder de forma individual o dentro de un régimen de garantía.

Sin embargo, pueden existir otras formas de garantía en función, entre otros, de su base jurídica, el tipo de transacción cubierta o su duración. La Comisión establece, sin ánimo exhaustivo, la siguiente clasificación de formas de garantía:

- Las garantías generales, a saber, las garantías prestadas a empresas como tales frente a las garantías vinculadas a transacciones específicas, como puedan ser préstamos, inversiones en acciones, etc.
- Las garantías prestadas por un instrumento específico frente a garantías vinculadas a la forma jurídica de la empresa misma.
- Las garantías prestadas directamente o contragarantías prestadas directamente a un garante de primer nivel.
- Las garantías ilimitadas frente a garantías limitadas en importe y en tiempo o limitadas bien sólo en importe, bien sólo en tiempo. La Comisión considera asimismo constitutivas de ayuda en forma de garantía las condiciones de crédito más ventajosas obtenidas por empresas cuya forma jurídica impide la posibilidad de quiebra u otros procedimientos de insolvencia o prevé explícitamente una garantía o cobertura de pérdidas por parte del Estado. Lo mismo ocurre cuando un Es-

---

<sup>1</sup> Vid. Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, *DOUE* C 155, de 20.6.2008, págs. 10 y ss.

tado adquiere una participación en una empresa, si ello implica una responsabilidad ilimitada en vez de una responsabilidad limitada normal.

- Las garantías originadas claramente de una fuente contractual (como contratos formales, cartas de aceptación) u otra fuente jurídica frente a garantías cuya forma es menos visible (como notas complementarias, compromisos verbales), probablemente con los diversos niveles de aceptación que pueden ofrecer estas garantías.

Al respecto de todas ellas, aunque quizá con más incidencia en el último de los casos expuestos, especifica la Comisión que la falta de registros legales o contables adecuados provoca que con frecuencia la trazabilidad sea deficiente, esto es, que no se puedan describir de manera oportuna los rasgos característicos de la garantía en cuestión. Esto afecta tanto al beneficiario como al Estado u organismo público que la concede y, como consecuencia, a la información disponible a terceros.

No es una idea nueva aplicar a las garantías prestadas por las Administraciones Públicas de los Estados miembros los artículos 87 y 88 del Tratado de la Comunidad Europea, es decir, analizar las garantías desde la óptica de las normas comunitarias sobre ayudas de Estado<sup>2</sup>. Ya en el año 1963, la Comisión, para no verse obligada a formular una definición de ayuda de Estado, proporcionaba una enumeración de las distintas formas que puede tener la medida benefactora, entre las que incluía a «las garantías de préstamos en condiciones puramente favorables (...) o cualquier otra medida de efecto equivalente»<sup>3</sup>. Es por ello que en las alegaciones presentadas por la Comisión en la sentencia de 17 de septiembre de 1980 defendió que «la noción de ayuda comprende aquellas intervenciones que, de forma directa, se presentan bajo aspecto de importes concedidos para facilitar una inversión, importes que aligeran las cargas que normalmente corren a cargo del balance de la empresa interesada»<sup>4</sup>.

En esta línea, la Comisión ha considerado que son ayudas de Estado y, por tanto, incompatibles con las normas comunitarias recogidas en el artículo 87 del Tratado, entre otras:

- La garantía crediticia, reducción de deuda, conversión de capital<sup>5</sup>.
- Los contravales<sup>6</sup>.
- Las garantías del Estado sobre préstamos bancarios<sup>7</sup>.

<sup>2</sup> La Comunicación objeto de nuestro análisis es, básicamente, una revisión de la política de la Comisión para adaptar la Comunicación que sobre la materia dictó la Comisión en el año 2000 (DOCE C 71, de 11.3.2000, pág. 14).

<sup>3</sup> DOCE 125, de 17 de agosto de 1963. Respuesta de la Comisión de 30 de julio de 1963 a la pregunta escrita núm. 48/1963, del Sr. BURGABACHER.

<sup>4</sup> Sentencia del TJCE de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris/Comisión*, 730/79, *Rec.* 1980, pág. 2671.

<sup>5</sup> DOCE L 273, de 25.10.1994, pág. 22.

<sup>6</sup> DOCE L 314, de 18.11.1997, pág. 20.

<sup>7</sup> DOCE L 246, de 27.9.1996, pág. 43.

En este punto es importante destacar la Decisión de la Comisión 96/655/CE<sup>8</sup>, donde, por aplicación del criterio del inversor privado<sup>9</sup>, entendió que existía ayuda de Estado por el hecho de que el Gobierno español se viera obligado a buscar una garantía estatal para que una empresa obtuviera créditos comerciales, sin la cual la empresa no habría podido obtener créditos del sector privado, pues «ningún avalista comercial habría estado dispuesto a conceder una garantía en condiciones comparables a las de la garantía estatal»<sup>10</sup>. La tesis mantenida por la Comisión tiene su fundamento en la jurisprudencia comunitaria, donde se afirma la necesidad de constatar, a la hora de determinar si una garantía estatal es una ayuda incompatible en el sentido del artículo 87.1 del Tratado, las posibilidades que el garantizado tendría de conseguir el préstamo en el mercado de capitales de no existir la citada garantía<sup>11</sup>.

De lo anterior resultará que si por la precaria situación financiera de una empresa ninguna entidad financiera aceptara prestarle dinero sin garantía del Estado, el importe total del préstamo garantizado que obtenga la citada empresa debe considerarse como una ayuda<sup>12</sup>. Las garantías estatales no constituyen ayudas de Estado sólo por la utilización del criterio del inversor privado, sino que además, como también ha puesto de manifiesto el Tribunal de Primera Instancia, existirá una transferencia de recursos públicos, ya que la ejecución de la garantía supondrá una carga adicional para el presupuesto del Estado<sup>13</sup>.

En consecuencia, cualquier régimen de garantía que implique una transferencia de riesgo al garante, aunque no cumpla uno o varios de los criterios específicos a los que hace referencia la Comunicación de la Comisión, entrará en el campo de análisis casuístico, «para lo cual, siempre que sea necesario, se aplicarán las secciones o metodologías aplicables descritas en la presente Comunicación»<sup>14</sup>. Por tanto, por «régimen de garantía» hemos de entender todo instrumento en virtud del cual, sin necesidad de medidas de aplicación suplementarias, se pueden prestar garantías a las em-

<sup>8</sup> DOCE L 298, de 22.11.1996, pág. 14.

<sup>9</sup> Sobre la utilización del criterio del inversor privado para la determinación de si existe o no ayuda de Estado, vid. MARCOS PASCUAL GONZÁLEZ (2003), *Las ayudas de Estado de carácter fiscal. Su incidencia en el Régimen Económico y Fiscal de Canarias*, Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, págs. 107 y ss.

<sup>10</sup> En el mismo sentido, vid. Decisión 98/364/CE (DOCE L 164, de 9.6.1998, pág. 30).

<sup>11</sup> Cfr. las sentencias del TJCE de 14 de febrero de 1990, *Francia/Comisión*, C-301/87, *Rec.* 1990, pág. I-307, apartado 39, y de 21 de marzo de 1990, *Bélgica/Comisión*, C-142/87, *Rec.* 1990, pág. I-959, apartado 26.

<sup>12</sup> Sentencia del TJCE de 5 de octubre de 2000, *Alemania/Comisión*, C-288/96, apartado 31. CASTILLO DE LA TORRE Y KEPPELNE (2001), «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2000», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, enero-febrero, pág. 69, destaca aquí que el montante de la ayuda lo constituye el importe total del préstamo garantizado y no únicamente la diferencia entre los tipos de interés.

<sup>13</sup> Sentencia del TJCE de 1 de diciembre de 1998, *Ecotrade*, C-200/97, *Rec.* 1998, pág. I-7907, apartado 43, y la sentencia del TPI de 13 de junio de 2000, *EPAC/Comisión*, asuntos acumulados T-204/97 y T-270/97, apartados 80 a 82.

<sup>14</sup> DO C 155, de 20.6.2008, pág. 11.

presas respetando determinadas condiciones de duración, montante, transacción subyacente, tipo o tamaño de las empresas, como sería el caso de las pequeñas y medianas empresas.

Antes de entrar en el análisis del contenido normativo de la Comunicación, queremos hacer nuestra la advertencia que realiza la propia Comisión en el texto:

«Como en la mayoría de los casos la transacción cubierta por una garantía será un préstamo, en adelante la Comunicación se referirá al principal beneficiario de la garantía como “prestatario” y como “prestamista” al organismo cuyo riesgo se ve reducido por la garantía estatal. El uso de estos dos términos específicos pretende también facilitar la comprensión de las razones subyacentes al texto, ya que el principio básico de los préstamos es ampliamente comprendido. Sin embargo, no hay por eso que suponer que las secciones 3 y 4 son aplicables solamente a las garantías de préstamos. Se aplican a todas las garantías en las que tiene lugar una transferencia similar de riesgo, como una inversión en forma de fondos propios, siempre que se tenga en cuenta el correspondiente perfil de riesgo (incluida la posible colateralización).

La Comunicación se aplica a todos los sectores económicos, incluidos el sector agrario, el de la pesca y el del transporte, sin perjuicio de las normas específicas relativas a las garantías del sector de que se trate.

La presente Comunicación no se aplica a las garantías de créditos a la exportación».

## II. LA INCOMPATIBILIDAD DE LAS GARANTÍAS CON LAS NORMAS SOBRE AYUDAS DE ESTADO

La consecución o establecimiento del mercado común, asentado en los principios de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, es uno de los principales fines de la Comunidad, tal y como se desprende del artículo 2 del Tratado CE. Para alcanzarlo establece el artículo 3, en su letra g), que la acción de la Comunidad implicará un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior, lo que conlleva la necesidad de limitar y condicionar la autonomía de las políticas económicas de los Estados miembros<sup>15</sup>, con el objetivo de establecer las

---

<sup>15</sup> Como señala la Comisión, «la profundización del proceso de integración implicará por sí misma un endurecimiento de la competencia y existe el peligro de que los Estados miembros reaccionen a esta intensificación adjudicando más ayuda para promover o proteger a sus empresas nacionales» (*Primera encuesta sobre ayudas estatales en la Comunidad Europea*, editada por la Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Bruselas-Luxemburgo, 1989, pág. 1).

condiciones mínimas exigibles para que aquellos principios alcancen plena efectividad<sup>16</sup>. Tal propósito supone, entre otras medidas, la instauración de un mecanismo que permita controlar las ayudas que los Estados miembros puedan conceder<sup>17</sup>, para evitar que se falsee o se amenace falsear la competencia<sup>18</sup> y el comercio comunitario<sup>19</sup>.

Las ayudas estatales pueden ser utilizadas, según la Comisión:

«como una forma de proteccionismo para favorecer a los productores nacionales, para ofrecerles ventajas en la competencia, para evitar la adaptación estructural necesaria: en resumen, para trasladar las dificultades a los competidores de otros Estados. A la vista de la importancia del comercio de productos industriales en la Comunidad, estas ayudas, aunque puedan parecer beneficiosas desde un punto de vista nacional a corto plazo, pueden amenazar y poner en peligro la unidad del Mercado común, cuya propia existencia y desarrollo constituyen la mejor posibilidad de superar la recesión económica. En este contexto, el control de las ayudas estatales llevado a cabo por la Comisión de acuerdo con los poderes que le confieren los artículos 92 y siguientes del Tratado CEE (actuales artículos 87 y ss.) adquiere cada vez más importancia en el desarrollo de la Comunidad y en particular en el mantenimiento de la unidad del Mercado común»<sup>20</sup>.

A tenor del mencionado artículo 87.1 del Tratado, «salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ FARRERES (1993), *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Fundación Universidad-Empresa, Cívitas, Madrid, pág. 13.

<sup>17</sup> «El conjunto de disposiciones en materia de competencia aparece como la consecuencia lógica de los propios presupuestos que dieron lugar al nacimiento de la integración económica europea» [BERNINI (1984), «Las reglas de la Competencia», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, pág. 349].

En el mismo sentido se manifiestan WAELBROECK y FRIGNANI (1998), *Derecho Europeo de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona, pág. 423, así como la Comisión en su *Segunda encuesta sobre ayudas estatales en el sector manufacturero y en algunos otros sectores de la Comunidad Europea*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1991, pág. 2.

<sup>18</sup> La Comisión concluye «que la ayuda estatal puede minar la libre competencia no sólo al interferir el empleo más eficiente de recursos sino también al ser utilizada como barrera arancelaria y otras formas de proteccionismo» [Séptimo informe sobre ayudas estatales a la industria y a otros sectores en la Unión Europea, COM (1999) 148 final, 30.3.1999, Bruselas, pág. 7].

<sup>19</sup> BELLAMY y CHILD (1992), *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Cívitas, Madrid, pág. 785. Para MATTERA, las ayudas nacionales pueden poner en peligro «la consecución del mercado interior si no se respeta una disciplina comunitaria especialmente estricta» [MATTERA (1991), *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Ed. Cívitas, Madrid, pág. 87].

<sup>20</sup> *Duodécimo Informe sobre la Política de la Competencia* (1983), punto 158.

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».

De una primera lectura del precepto se desprende ya una clara conclusión: la inexistencia en el mismo de un concepto de ayuda de Estado. Para la delimitación del término es necesario acudir a la doctrina de la Comisión Europea y a la jurisprudencia del TJCE. Para el Tribunal, el concepto de ayuda es más amplio que el de subvención, pues comprende no sólo las prestaciones positivas, sino también las intervenciones que, de diversas maneras, aligeran las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa y que, por tanto, sin ser subvenciones en el sentido estricto de la palabra, tienen el mismo carácter e idénticos efectos<sup>21</sup>. En su sentencia de 27 de marzo de 1980 consideró ayuda «las decisiones de los Estados miembros que, persiguiendo objetivos sociales y económicos que les son propios, por medio de decisiones unilaterales y autónomas ponen a disposición de la empresas o de otros sujetos de derecho recursos o les facilitan ventajas destinadas a favorecer la realización de los objetivos económicos o sociales perseguidos»<sup>22</sup>.

La Comisión, compartiendo el parecer del Tribunal, no ha formulado una definición de ayuda de Estado, sino que enumera las distintas formas que puede tener la medida benefactora: «subvenciones, exoneraciones de impuestos y tasas, exoneraciones de tasas parafiscales, bonificaciones de intereses, garantías de préstamos en condiciones puramente favorables, cesión de inmuebles o terrenos de forma gratuita o en condiciones particularmente favorables, suministro de bienes o servicios en condiciones preferentes, cobertura de pérdidas de explotación o cualquier otra medida de efecto equivalente»<sup>23</sup>. Su labor no es conceptual, sino de examen casuístico, como más arriba habíamos señalado.

Podemos concluir aquí, del análisis del artículo 87.1 del Tratado, la exigencia de que concurren cuatro requisitos para que nos encontremos ante una ayuda de Estado. Éstos son:

- a) que afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros;

---

<sup>21</sup> Sentencia del TJCE de 23 de febrero de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad*, 30/59, *Rec.* 1961, pág. 3.

<sup>22</sup> Sentencia del TJCE de 27 de marzo de 1980, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Denkavit Italiana*, 61/79, *Rec.* 1980, pág. 1205, apartado 31.

En la sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Asteris y otros/Grecia y Comisión*, asuntos acumulados 106/87 a 120/87, *Rec.* 1988, pág. 5515, consideró el Tribunal, en el fundamento 31 de la misma, que «la prohibición de ayudas públicas establecidas por el artículo 92, párrafo 1, del Tratado CEE (actual artículo 87.1), engloba el conjunto de ayudas acordadas por los Estados o a cargo de los recursos estatales y concierne a las intervenciones de carácter público que puedan tener por objeto falsear las condiciones normales de los cambios entre los Estados miembros».

<sup>23</sup> *DOCE* 125, de 17 de agosto de 1963. Respuesta de la Comisión de 30 de julio de 1963, más arriba citada.

- b) que la ayuda sea otorgada por el Estado o mediante fondos estatales y bajo cualquier forma;
- c) que se falsee o se amenace con falsear la competencia, y
- d) que se favorezca a determinadas empresas o producciones.

Lo que se consagra en el citado precepto no es tanto un principio de integración negativa, sino, eminentemente, un principio de integración coordinada o solidaria, ya que lo que se procura no es la supresión de las ayudas de Estado, sino su control por ser necesarias para el reequilibrio económico y social de las regiones europeas. Si la normativa existente en el Tratado fuera tal mecanismo defensivo, entendemos que su objetivo sería la consecución de un mercado guiado única y exclusivamente por las fuerzas de la competencia<sup>24</sup>, cuando en realidad lo que se pretende es alcanzar una nivelación competencial, pero sin dejar de lado el objetivo del desarrollo económico y social, tanto de regiones desfavorecidas como de sectores económicos sensibles, que no podrían hacer frente a la competencia externa sin el beneficio que tales ayudas comportan.

En definitiva, tras el análisis de las notas o elementos individuales de caracterización del artículo 87.1 del Tratado CE, tuvimos ocasión de definir a las ayudas de Estado como «aquellas medidas producidas en el ejercicio de la actividad de algún organismo público interno o privado dependiente de uno público que, implicando sacrificio positivo o negativo de fondos públicos nacionales, generen beneficio específico a determinadas empresas o producciones, siempre que la medida ocasione sensibles efectos distorsionantes en el mercado común»<sup>25</sup>.

Como explicita la Comisión en la Comunicación objeto de estudio, los criterios generales aplicados en materia de ayudas de Estado son de aplicación también a las garantías. Dentro del elemento «bajo cualquier forma» se pueden incluir sin duda, y por tanto tener la condición de ayudas estatales, «las garantías concedidas directamente por el Estado, esto es, por las autoridades centrales, regionales o locales, así como las garantías concedidas mediante fondos estatales por otros organismos controlados por el Estado, como puedan ser empresas, e imputables a las autoridades públicas»<sup>26</sup>.

Aquí hemos de partir de las bases sentadas en la conocida sentencia *Philips Morris*. En este sentido, «cuando una ayuda financiera concedida por el Estado refuerza la posición de una empresa en relación con otras empresas competidoras en el comercio intracomunitario, debe considerarse que este último está influenciado por la ayuda»<sup>27</sup>. El que se pueda disfrutar de una garantía prestada por una Administración Pública, sin duda, es una posible amenaza de falseamiento de la competencia, por lo que se puede estar in-

<sup>24</sup> Para un análisis de los principios inspiradores del Tratado, vid., por todos, TAMAMES (1994), *La Unión Europea*, Alianza Editorial, S.A., Madrid.

<sup>25</sup> Vid. PASCUAL GONZÁLEZ (2003: 116).

<sup>26</sup> DO C 155, de 20.6.2008, pág. 12.

<sup>27</sup> TJCE, sentencia de 17 de septiembre de 1980, *Philip Morris/Comisión*, 730/79, *Rec.* 1980, pág. 2671, apartado 11.



merso en uno de los elementos que configuran el concepto de ayuda de Estado. Y tenemos que traer de nuevo a colación la Decisión 96/655/CE, en donde la Comisión advirtió de la existencia de ayudas estatales sin necesidad de aportación de capital por parte de la Administración. La hay, por tanto, cuando un Gobierno nacional se ve obligado a buscar una garantía estatal para que una empresa obtuviera créditos comerciales, sin la cual la empresa no habría podido obtener créditos del sector privado, pues «ningún avalista comercial habría estado dispuesto a conceder una garantía en condiciones comparables a las de la garantía estatal»<sup>28</sup>. Es la doctrina jurisprudencial que considera incompatible con el artículo 87.1 del Tratado CE toda garantía sin la cual el garantizado no tendría las mismas posibilidades de obtener el préstamo<sup>29</sup>.

Como ya expusimos más arriba, las garantías estatales pueden ser constitutivas de ayudas de Estado porque, en el fondo, existe transferencia de recursos públicos, ya que la posible ejecución de la garantía supondría una carga adicional para el presupuesto del Estado. En este sentido, la ventaja de las garantías que pueda conceder una Administración estatal, regional, federal, autonómica o local consiste en que es el Estado el que asume el riesgo vinculado a la garantía. Es por ello que afirma la Comisión en su Comunicación que:

«La asunción de este riesgo por parte del Estado debería compensarse normalmente con una prima adecuada. El que el Estado renuncie, en todo o en parte, a dicha prima implica tanto una ventaja para la empresa como una pérdida de recursos para el Estado. De este modo puede existir una ayuda estatal, a efectos del artículo 87, apartado 1, del Tratado aunque suceda que el Estado no efectúa ningún pago amparado por una garantía. La ayuda se otorga al conceder la garantía, no en el momento de ejecutarla o de hacer efectivo un pago en virtud de la misma. La evaluación del elemento de ayuda y, cuando proceda, de su importe, debe considerarse en el momento en que se concede la garantía»<sup>30</sup>.

Una vez constatada la existencia de transferencia de recursos públicos, o la posibilidad cierta de esa transferencia, hemos de comprobar si ello provoca, asimismo, que se realice otro de los elementos constitutivo de una ayuda de Estado incompatible con el Tratado. En este sentido, hemos de recordar que la medida debe provocar que se aligeren las cargas que normalmente gravan el presupuesto de una empresa. O, como ya hemos tenido ocasión de expresar, que genere un beneficio específico a la empresa conse-

<sup>28</sup> En el mismo sentido, vid. Decisión 98/364/CE (DOCE L 164, de 9.6.1998, pág. 30).

<sup>29</sup> Cfr. las sentencias del TJCE de 14 de febrero de 1990, *Francia/Comisión*, C-301/87, Rec. 1990, pág. I-307, apartado 39, y de 21 de marzo de 1990, *Bélgica/Comisión*, C-142/87, Rec. 1990, pág. I-959, apartado 26.

<sup>30</sup> DO C 155, de 20.6.2008, pág. 12.

cuencia del cual la ayuda pueda ocasionar sensibles efectos distorsionantes en el mercado común. Por tanto, para que incida negativamente en el comercio intracomunitario, falseando la competencia, la transferencia de fondos públicos o la medida de similares efectos que sea concedida por el Estado ha de implicar un beneficio tal que suponga el refuerzo de la posición de la empresa en relación con otras empresas competidoras en el mercado.

En la Comunicación, la Comisión no pone reparos a que el Estado pueda actuar como garante, pero la asunción de este riesgo por su parte debería estar compensada, normalmente, con una prima adecuada. Como dijimos más arriba, el que el Estado renuncie, en todo o en parte, a dicha prima implica una pérdida de recursos para el Estado o, dicho de otro modo, una transferencia de fondos al mercado. Es por ello que podrá suponer una ventaja para la empresa. Y será así desde el momento en que el prestatario, que suele ser el beneficiario de la ayuda, no necesita pagar la prima, o paga una prima baja. Es en tales casos cuando obtiene una ventaja a partir de tal pérdida de recursos del Estado. Todo ello desembocará en un refuerzo de la posición de la empresa en el mercado, afectando a los intercambios comerciales entre los Estados miembros mediante el falseamiento o la amenaza de falsear la competencia. Resultado de ello será que la medida de garantía será considerada como ayuda de Estado incompatible con el artículo 87.1 del Tratado y, en consecuencia, contraria al Derecho comunitario.

Así se expresa acertadamente, a nuestro juicio, la Comisión cuando afirma que «en comparación con una situación sin garantía, la garantía estatal para préstamos permite al prestatario obtener mejores condiciones financieras que las que hubiera conseguido en los mercados financieros. Gracias a la garantía estatal, el prestatario puede obtener normalmente tipos más bajos o dar menos garantías. En algunos casos el prestatario no hubiera encontrado, sin la garantía del Estado, ninguna entidad financiera dispuesta a concederle un préstamo del tipo que fuera. De este modo, las garantías estatales facilitan la creación de nuevos negocios y permiten a ciertas empresas obtener la financiación necesaria para emprender nuevas actividades. De igual manera, una garantía del Estado puede ayudar a una empresa en dificultades a seguir activa en vez de desaparecer o reestructurarse, falseando así la competencia»<sup>31</sup>.

Dicho esto, el prestatario no siempre será el beneficiario de la ayuda. En la mayoría de los casos lo será, pero ello no nos debe hacer descartar al prestamista como posible beneficiario. Así lo será si se otorga una garantía estatal sobre un préstamo u otra obligación financiera a posteriori, sin que se hayan adaptado sus condiciones. Incluso, en el caso de que un préstamo garantizado se utilice para pagar otro no garantizado a la misma entidad de crédito, puede apreciarse también ayuda al prestamista, ya que la garantía del préstamo aumenta. Cuando la garantía implique ayuda al prestamista,

---

<sup>31</sup> DO C 155, de 20.6.2008, pág. 12.

deberá recordarse que dicha ayuda puede constituir, en principio, una ayuda de funcionamiento. Este tipo de ayudas, las denominadas «de funcionamiento», son las que reducen periódicamente los gastos corrientes de las empresas por contar con la nota de perdurabilidad en el tiempo, sin agotarse tras su concesión, como ocurre con las ayudas a la inversión. La jurisprudencia comunitaria considera por tales aquellas que tienen por objeto liberar a una empresa de los costes que normalmente hubiera debido soportar en el marco de su gestión corriente o de sus actividades normales, por lo que en principio falsean las condiciones de competencia<sup>32</sup>.

Además de determinarse cuándo se está ante una ayuda de Estado en atención a los elementos constitutivos de la medida junto con la condición del destinatario, es también relevante el carácter del precursor de ella. En este sentido, a las Administraciones a las que alcanza esta norma no es sólo la estatal. Pese a que del tenor literal del artículo 87.1 Tratado CE pueda inferirse que sólo serán incompatibles con el mercado común las ayudas que hayan sido otorgadas por la propia Administración estatal, el TJCE es determinante al estimar que «el hecho de que [un] programa de ayudas haya sido adoptado por un Estado federado o por una colectividad territorial y no por el poder federal o central no impide la aplicación del apartado 1 del artículo (87) del Tratado, si se cumplen los requisitos de este artículo. En efecto, dicha disposición, al mencionar las ayudas concedidas por “los Estados o mediante fondos estatales bajo cualquier forma”, se refiere a todas las ayudas financiadas por medio de recursos públicos. De ello se deduce que las ayudas concedidas por las entidades regionales y locales de los Estados miembros, cualesquiera que sean su estatuto y denominación, deben también ser examinadas, en el sentido del artículo (87) del Tratado»<sup>33</sup>. La Comisión ha mantenido invariablemente una consideración idéntica en orden a calificar como ayuda de Estado las medidas adoptadas por las autoridades centrales, regionales o locales u otros entes públicos, incluidas las empresas públicas<sup>34</sup>.

---

<sup>32</sup> Vid. la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de junio de 1995, *Siemens/Comisión*, T-459/93, *Rec.* 1995, pág. II-1679, apartados 48 y 77, y la jurisprudencia que allí se cita.

<sup>33</sup> Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 1987, *Alemania/Comisión*, 248/84, *Rec.* 1897, pág. 4013 y pág. 4041, apartado 17.

<sup>34</sup> Cfr. artículo 2 de la Directiva 80/723 de la Comisión, de 25 de junio de 1980, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (*DOCE* L 195, de 29.7.1980, pág. 35).

En el *Primer Informe sobre Política de la Competencia*, 1970, ya había considerado como ayuda de Estado medidas adoptadas por autoridades locales (apartados 158 y 159).

### III. LA CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA AYUDA DE ESTADO EN LAS GARANTÍAS

#### 1. *Criterios para la determinación de la concurrencia de una ayuda incompatible*

En su Comunicación, la Comisión es tajante al afirmar que cuando una garantía individual o un régimen de garantía no cumpla con el principio del inversor en una economía de mercado, se supondrá que implica ayuda estatal. El inversor privado, elemento configurador de la ayuda al que ya hemos hecho alusión, es un criterio por el que las instituciones comunitarias pretenden enlazar la aplicación del artículo 87.1 del Tratado a una medida en el caso de realizarse sin la adecuación oportuna a las condiciones normales del mercado. Esto es, habrá ayuda incompatible cuando la transferencia de fondos públicos se realice en circunstancias tales que un operador privado no la hubiera realizado. Es, pues, continuista con la línea jurisprudencial que marcó el TJCE en su sentencia de 10 de julio de 1986, en la que señaló que «para comprobar si una de estas medidas tiene carácter de ayuda estatal, lo adecuado es aplicar el criterio (...) basado en las posibilidades de la empresa de obtener las sumas en cuestión en los mercados privados de capitales»<sup>35</sup>. En la sentencia de 21 de marzo de 1991, el TJCE enlazó el criterio del inversor privado con el principio de igualdad de trato entre las empresas públicas y las privadas al afirmar que «los capitales que el Estado pone, directa o indirectamente, a disposición de una empresa, en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado, no pueden ser consideradas ayudas de Estado. (...) Es necesario analizar si, en circunstancias similares, un grupo industrial habría podido proceder de la misma manera a la compensación de las pérdidas de explotación (...). No obstante, cuando las aportaciones de capital de un inversor público prescindan de toda perspectiva de rentabilidad, incluso a largo plazo, dichas aportaciones deben ser consideradas como ayudas en el sentido del artículo 87 del Tratado y su compatibilidad con el mercado común debe analizarse teniendo en cuenta únicamente los criterios enunciados en dicho artículo»<sup>36</sup>.

En dicha sentencia se introduce un nuevo elemento para examinar el criterio del inversor privado: el *holding* industrial. Es factible, por tanto, equiparar la transferencia de capitales que un *holding* privado hace de una filial a otra para contribuir a soportar pérdidas pasajeras con la aportación de capital que una autoridad pública pueda hacer por el mismo motivo. Pero todo, obviamente, de modo temporal. Esto es, asumir las pérdidas o las obligaciones durante un tiempo prudencial; de ahí que en la Decisión

<sup>35</sup> Sentencia de 10 de julio de 1986, *Bélgica/Comisión*, 234/84, *Rec.* 1986, pág. 2263, apartado 14.

<sup>36</sup> Sentencia del TJCE de 21 de marzo de 1991, *Italia/Comisión*, C-303/88, *Rec.* 1991, pág. 1433, apartados 20 y ss.

96/115/CE la Comisión desestimara los argumentos de las autoridades italianas al entender que ningún accionista privado aceptaría unos resultados tan malos durante un período tan largo.

Pero lo que más nos interesa a los efectos de nuestro actual estudio no es tanto el determinar o considerar si la inversión realizada por una autoridad pública se corresponde con la que realizaría un inversor privado en el caso de crisis o acuciante déficit por parte de la empresa beneficiaria. En lo que debemos prestar más atención es en la utilización del criterio del inversor privado para constatar si la actuación pública es incompatible o no con el Tratado. En la sentencia de 11 de julio de 1996, el TJCE tomó como elemento de comprobación de la inversión «si la retribución percibida como contrapartida es inferior a la que se habría exigido en condiciones normales de mercado»<sup>37</sup>. La determinación de lo que se entiende por retribución normal por las prestaciones «supone un análisis económico que tenga en cuenta todos los factores que una empresa, actuando en condiciones normales de mercado, habría tenido que tomar en consideración en el momento de fijar la retribución por los servicios prestados»<sup>38</sup>. Es esta línea la que desemboca en la ya reiterada Decisión 96/655/CE, cuyo definitivo desenlace, hasta ahora, es la Comunicación objeto de análisis, en la que señala que una garantía será ayuda estatal cuando no cumpla el principio del inversor en una economía de mercado. Para ello habrá que estar y cuantificar lo que en la citada Comunicación se denomina «elemento de la ayuda», definido en ella como la diferencia entre el precio apropiado de mercado de la garantía prestada individualmente o a través de un régimen y el precio efectivo pagado por ella. Tal diferencia es lo que la Comisión denomina, con expresión técnica, «el equivalente subvención en efectivo de una garantía».

En la Comunicación, la Comisión señala los criterios que utilizará para el cálculo de este «elemento de la ayuda», esto es, para cuantificar lo que sería el equivalente a una subvención, en tanto paradigma de la ayuda de Estado. Tales criterios serán los que resulten de responder a las siguientes cuestiones que se plantea la institución comunitaria.

a) *¿Se encuentra el prestatario, en el caso de garantías individuales, en una situación financiera difícil? ¿Establecen, para el caso de regímenes de garantía, los criterios de elegibilidad del régimen la exclusión de tales empresas?*

Hemos de advertir que no existe una definición comunitaria de empresa

<sup>37</sup> Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1996, *SFEI y otros*, C-39/94, *Rec.* 1996, pág. I-3547, apartado 62.

<sup>38</sup> *Ibid.*, apartado 61. En el mismo sentido, vid. las conclusiones del Abogado General JACOBS en la sentencia del TJCE de 14 de septiembre de 1994, *España/Comisión*, asuntos acumulados C-278/92, C-279/93 y C-280/93, *Rec.* 1994, pág. I-4103. Asimismo, en la sentencia del TPI de 30 de abril de 1998, *Cityflyer Express/Comisión*, T-16/96, *Rec.* 1998, pág. II-7, el Tribunal lleva a cabo una interpretación de las circunstancias existentes en el momento de la concesión de un préstamo para determinar si nos encontramos ante un supuesto de ayuda de Estado. En el mismo sentido, vid. las consideraciones de la Comisión en la Decisión 94/696/CE (*DOCE* L 273, de 25.10.1994, pág. 22) y la Decisión 97/13/CE (*DOCE* L 5, de 9.1.1997, pág. 30).

en crisis. Sin embargo, acudiendo a la Comunicación de la Comisión en la que estableció las directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis<sup>39</sup>, podemos entender que una empresa se encuentra en tal situación si es incapaz, mediante sus propios recursos financieros o con los que están dispuestos a inyectarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo. Concretamente, se considera que una empresa está en crisis, sea cual sea su tamaño, en las siguientes circunstancias:

— Tratándose de una sociedad de responsabilidad limitada, cuando haya desaparecido más de la mitad de su capital suscrito y se haya perdido más de una cuarta parte de él en los últimos doce meses.

— Tratándose de una sociedad en la que al menos alguno de sus socios tenga una responsabilidad ilimitada sobre la deuda de la empresa, cuando haya desaparecido más de la mitad de sus fondos propios, tal como se indica en sus libros, y se haya perdido más de una cuarta parte de los fondos propios en los últimos doce meses.

— Para todas las formas de empresas, cuando se reúnan las condiciones establecidas en el Derecho interno para someterse a un procedimiento de quiebra o insolvencia. De referirse al ordenamiento jurídico español, estaríamos ante un concurso de acreedores, también llamado procedimiento concursal<sup>40</sup>. Dos son los tipos de concurso que recoge la normativa interna española. El primero, el concurso voluntario, que es el supuesto en que el propio deudor —empresa o persona física— presenta la solicitud ante la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones financieras, esto es, que se encuentre en estado de insolvencia inminente, que se producirá cuando el deudor prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones. El segundo, el concurso necesario, que será el que se establece cuando los acreedores de la empresa son los que presentan la solicitud de declaración de concurso, que deberá estar fundada en título por el cual se haya despachado ejecución o apremio sin que del embargo resultasen bienes libres bastantes para el pago, o en la existencia de alguno de los siguientes hechos:

- 1.º El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.
- 2.º La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

---

<sup>39</sup> DO C 244, de 1.10.2004, pág. 2.

<sup>40</sup> Materia que se halla regulada por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Como referencia recomendamos las siguientes obras colectivas: *Comentarios a la legislación concursal* (PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA y ALCOVER GARAU, dirs.), Dykinson, Madrid, 2004; *Comentarios a la legislación concursal* (SÁNCHEZ-CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, dirs.), Lex Nova, Valladolid, 2004; *Comentarios a la Ley concursal* (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coord.), Tecnos, Madrid, 2004.

- 3.º El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.
- 4.º El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo período; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.

Además de en las referidas circunstancias, se podrá considerar que una empresa está en una situación financiera difícil cuando estén presentes los síntomas habituales de crisis, como el nivel creciente de pérdidas, la disminución del volumen de negocios, el incremento de las existencias, el exceso de capacidad, la disminución del margen bruto de autofinanciación, el endeudamiento creciente, el aumento de los gastos financieros y el debilitamiento o desaparición de su activo neto.

La Comisión señala que, en el caso de empresas en crisis, un garante del mercado, si existe, exigiría una prima elevada en el momento de conceder la garantía, dado el porcentaje de incumplimiento que cabría esperar. Si la probabilidad de que el prestatario no pueda devolver el préstamo es particularmente elevada, es posible que este tipo de mercado no exista y que, en circunstancias excepcionales, el elemento de ayuda de la garantía sea tan elevado como el importe efectivamente cubierto por esa garantía.

b) *¿Puede evaluarse adecuadamente el alcance de cada garantía en el momento de su concesión?*

Esto significa que las garantías deben estar vinculadas a una transacción financiera específica, por un importe máximo fijo y por un período limitado. A este respecto, la Comisión considera en principio que las garantías ilimitadas son incompatibles con el artículo 87 del Tratado.

c) *¿Cubre la garantía más del 80% de cada préstamo u otra obligación financiera?*

La Comisión considera que si una obligación financiera está cubierta en su totalidad por una garantía estatal, el prestamista tiene menos incentivos para valorar, asegurar y minimizar el riesgo de la operación de préstamo, y en particular para evaluar la solvencia del prestatario. El garante estatal no siempre puede realizar dicha valoración del riesgo, debido a la falta de medios de que dispone. Esta falta de incentivo para minimizar el riesgo de impago del préstamo puede alentar a los prestamistas a contraer préstamos con un riesgo comercial más alto que el habitual e incrementar así el número de garantías de mayor riesgo de la cartera estatal.

Con el fin de garantizar que el prestamista corra efectivamente con parte del riesgo, deberá prestarse la debida atención a los dos aspectos siguientes:

- Cuando el volumen del préstamo o de la obligación financiera disminuya con el tiempo, por ejemplo debido a que empieza a devolverse el préstamo, la cantidad garantizada deberá disminuir proporcionalmente, de forma que en todo momento la garantía no cubra más del 80% del préstamo o de la obligación financiera pendiente.
- Las pérdidas deberán soportarlas proporcionalmente y de igual forma el prestamista y el garante. Igualmente, los reembolsos netos (es decir, los ingresos excluidos los costes de tratamiento de demandas) generados por la recuperación de los créditos derivados de las garantías aportadas por el prestatario deberán reducir proporcionalmente las pérdidas a cargo del prestamista y el garante. Se considerará que las garantías a primera pérdida, en las que las pérdidas se atribuyen en primer lugar al garante y después al prestamista, pueden incluir elementos de ayuda.

Además de lo anterior, y con el fin de garantizar que el prestamista tiene un incentivo real para evaluar, asegurar y minimizar convenientemente el riesgo derivado de la operación de préstamo, y en particular evaluar correctamente la solvencia del prestatario, la Comisión considera que al menos un porcentaje del 20% no cubierto por una garantía estatal debe correr a cargo del prestamista para asegurar correctamente sus préstamos y minimizar el riesgo asociado a la transacción. Por tanto, la Comisión deberá examinar con más atención las garantías o regímenes de garantía que cubran la totalidad (o la casi totalidad) de una transacción financiera, salvo que el Estado miembro pueda justificarla, por ejemplo por la naturaleza específica de la transacción.

d) *¿Se han tenido en cuenta las características específicas de la garantía y el préstamo (u otra obligación financiera) al determinar la prima de mercado de la garantía, a partir de la cual se calcula el elemento de ayuda comparándola con la prima realmente pagada?*

En este punto es donde se procede al análisis de si lo que se paga por la garantía es un precio basado en el mercado, pues no olvidemos que la asunción de riesgo deberá ser compensada con una prima adecuada sobre el importe garantizado. Si el precio pagado por la garantía no es, al menos, tan elevado como la correspondiente referencia para la prima de la garantía que pueda encontrarse en los mercados financieros, la garantía será considerada como ayuda incompatible con la normativa comunitaria.

Si no puede hallarse en los mercados financieros la correspondiente referencia para la prima de la garantía, el coste financiero total del préstamo garantizado, incluidos los tipos de interés del préstamo y la prima de garantía, deberá compararse con el precio de mercado de un préstamo similar no garantizado.

En ambos casos, y con el fin de determinar el correspondiente precio de mercado, se deberán tener en cuenta las características de la garantía y del préstamo subyacente. Esto incluye:



- el importe y duración de la transacción;
- la garantía ofrecida por el prestatario y otros antecedentes que afecten a la evaluación del índice de recuperación;
- la probabilidad de incumplimiento por parte del prestatario debido a su situación financiera, su sector de actividad y las perspectivas;
- otras condiciones económicas.

Este análisis debería permitir, especialmente, clasificar al prestatario por el grado de riesgo.

## 2. *Cuantificación del «elemento de ayuda» en las garantías individuales y en los regímenes de garantía*

A partir de la utilización de tales criterios se puede ya obtener cuál es el «elemento de ayuda» de la garantía, esto es, a cuánto asciende el equivalente subvención en efectivo de una de ellas. Para el caso de una garantía individual, dicho equivalente deberá ser igual a la diferencia entre el precio de mercado de la garantía y el precio realmente pagado. Ahora bien, es posible que no podamos contar con un precio de mercado para la garantía en determinados supuestos. Así ocurrirá, por ejemplo, cuando el propio mercado no ofrezca garantías para el tipo de transacción en cuestión. En tal caso, el elemento de ayuda deberá calcularse de la misma forma que el equivalente subvención de los préstamos subvencionados, a saber, la diferencia entre el tipo específico de interés del mercado que esta empresa hubiera debido asumir sin la garantía y el tipo de interés obtenido mediante la garantía estatal una vez deducidas las primas pagadas. Si no hay tipo de interés de mercado y si el Estado miembro desea utilizar el tipo de referencia como valor, la Comisión señala que las condiciones que se fijan en la Comunicación sobre los tipos de referencia son válidas para calcular la intensidad de la ayuda de las garantías individuales. Esto significa que hay que prestar la debida atención al ajuste que debe añadirse al tipo de base para tener en cuenta el perfil de riesgo vinculado a la operación cubierta, la empresa beneficiaria de la garantía y las garantías colaterales.

En el caso de garantías individuales para pequeñas y medianas empresas es posible aplicar un sistema de evaluación simplificado para establecer si una garantía de un préstamo incluye algún tipo de ayuda incompatible con la normativa comunitaria. En este sentido, estaremos ante una ayuda estatal incompatible con el Derecho comunitario de no aplicarse la denominada «prima anual mínima» o «prima refugio anual». Sin necesidad aquí de entrar en detalle, hemos de señalar que la Comisión se basa en un cuadro referido a las categorías de calificación de Standard & Poor's, Fitch y Moody's, que son las agencias de calificación que utiliza con más frecuencia el sector bancario para enlazar su propio sistema de calificación. Así encontramos una prima de refugio anual del 0,4% para las empresas de calidad crediticia sobresaliente, hasta una del 6,3% para empresas con capacidad

de pago mermada por condiciones adversas. E, incluso, supuestos en los que no puede proporcionarse la prima refugio a aquellas empresas con capacidad de pago dependientes de condiciones favorables sostenidas o que estén en condición de incumplimiento o cerca del incumplimiento<sup>41</sup>.

Cuando se esté ante un régimen de garantía, el equivalente subvención en efectivo de cada garantía dentro del régimen será la diferencia entre la prima efectivamente aplicada (si la hubiera) y la prima que se debería haber aplicado en un régimen equivalente sin ayuda creado de conformidad con las condiciones fijadas en la propia Comunicación para considerar que no se está ante una ayuda estatal incompatible, y que más adelante tendremos ocasión de exponer.

Tales primas teóricas, esto es, aquellas a partir de las que se calcula el elemento de ayuda, deberán cubrir, en todo caso, en primer lugar, los riesgos normales asociados a la garantía y, en segundo lugar, los costes administrativos y de capital<sup>42</sup>. Esta forma de calcular el equivalente subvención tiene por objeto garantizar que, tanto a medio como a largo plazo, el importe total de la ayuda concedida en virtud del régimen sea igual al capital aportado por las autoridades públicas para cubrir el déficit del régimen. Sólo en casos claramente comprobados y debidamente justificados por el Estado miembro de que se trate podrá aceptar la Comisión excepciones a estas normas. A pesar de ello, en estos casos se deberá seguir respetando una metodología basada en el riesgo. No obstante todo lo anterior, es necesario aclarar que, ante la posibilidad de que al evaluar el régimen de garantías estatales se desconozcan las características específicas de cada caso, el elemento de ayuda deberá evaluarse en referencia a las disposiciones del régimen<sup>43</sup>.

Para el caso de regímenes de garantías para pequeñas y medianas empresas, la Comisión, consciente de la situación particular de tales empresas, y con el fin de facilitar su acceso a la financiación —especialmente median-

---

<sup>41</sup> Para más detalle sobre esta cuestión nos remitimos a la Comunicación en sus puntos 4.3 y 3.3, en relación con el aludido cuadro de valoración de garantías individuales para PYMES (*DO C 155*, de 20.6.2008, págs. 19 y 15, respectivamente).

<sup>42</sup> Explica la Comisión dicho cálculo indicando que puede resumirse, para cada categoría de riesgo, como la diferencia entre: a) la suma garantizada pendiente, multiplicada por el factor de riesgo de la categoría de riesgo (siendo el riesgo la probabilidad de incumplimiento tras la inclusión de los costes administrativos y de capital) que representa la prima de mercado; y b) cualquier prima pagada, es decir, (suma garantizada × riesgo) – prima pagada.

<sup>43</sup> Los elementos de ayuda de los regímenes de garantía también se pueden calcular mediante métodos ya aceptados por la Comisión tras su notificación mediante algún Reglamento adoptado por la Comisión en el ámbito de la ayuda estatal, como el Reglamento (CE) núm. 1628/2006 de la Comisión, de 24 de octubre de 2006, relativo a la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas regionales a la inversión (*DO L 302*, de 1.11.2006, pág. 29), o el Reglamento (CE) núm. 1857/2006 de la Comisión, de 15 de diciembre de 2006, sobre la aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado a las ayudas estatales para las pequeñas y medianas empresas dedicadas a la producción de productos agrícolas, y por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 70/2001 (*DO L 358*, de 16.12.2006, pág. 3), siempre que el método aprobado se aplique explícitamente al tipo de garantías y al tipo de transacciones subyacentes de que se trate.

te el recurso a estos regímenes de garantía—, ha previsto dos posibilidades específicas para ellas. La primera, consistente en el uso de primas refugio tal como se definen en las garantías individuales para las pequeñas y medianas empresas, como acabamos de exponer. La segunda, mediante la evaluación de los regímenes de garantía como tales, permitiendo la aplicación de una prima única y evitando la necesidad de una calificación individual de las PYMES beneficiarias. A efectos del cálculo de la ayuda en estos casos, la Comisión ha definido las condiciones de uso de ambas opciones del siguiente modo:

— *Uso de primas refugio en regímenes de garantía para pequeñas y medianas empresas.*

En estos casos, si la prima para una categoría dada de un régimen de garantía no corresponde al valor fijado como mínimo para su categoría de calificación, se considerará ayuda la diferencia entre este nivel mínimo y la prima aplicada. Este cálculo consistirá, para cada categoría de riesgo, en la suma garantizada pendiente multiplicada por la diferencia entre: a) el porcentaje de prima de riesgo de esta categoría de riesgo, y b) el porcentaje de prima pagada, es decir, la suma garantizada  $\times$  (prima refugio – prima pagada).

De extenderse la garantía por más de un año, habrá que hacer uso del tipo de referencia para actualizar los déficits anuales.

— *Uso de primas únicas en regímenes de garantía para pequeñas y medianas empresas.*

Teniendo en cuenta que el falseamiento de la competencia provocado por la ayuda estatal otorgada en el marco de un régimen de garantía para PYMES es más limitado, si un régimen de garantía prevé sólo garantías para PYMES y si el importe garantizado no supera un límite máximo de 2,5 millones de euros por empresa en ese régimen, la Comisión podrá admitir, como excepción, que se evalúe la intensidad de la ayuda del régimen como tal, sin que sea necesario evaluar cada garantía individual o la categoría de riesgo dentro del régimen.

Este cálculo puede resumirse, independientemente de la categoría de riesgo, como la diferencia entre: a) la suma garantizada pendiente, multiplicada por el factor de riesgo del régimen (siendo el riesgo la probabilidad de incumplimiento tras la inclusión de los costes administrativos y de capital), y b) cualquier prima pagada, es decir, (suma garantizada  $\times$  riesgo) – prima pagada.

### 3. *Las obligaciones de información por parte de los Estados miembros*

Se establece en la Comunicación la obligación para los Estados miembros de presentar ante la Comisión informes sobre los regímenes de garantía aprobados. Esto es debido, por un lado, a las obligaciones generales de control reguladas en el Derecho comunitario y, por otro, a la ne-

cesidad de seguir las evoluciones de los mercados financieros, dado que es difícil evaluar el importe de las garantías estatales en tanto es cambiante con el tiempo.

En el caso de los regímenes de garantía que incluyan ayuda, estos informes se deberán presentar como mínimo al final del período de validez del régimen de garantía, así como también para el caso de la notificación de un régimen modificado. No obstante ello, de considerarse oportuno, la Comisión podrá solicitar informes con más frecuencia.

En los regímenes de garantía para los que la Comisión haya tomado una decisión sobre la ausencia de ayuda, y especialmente cuando no existan datos históricos sólidos para el régimen, la Comisión puede solicitar en su decisión sobre la ausencia de ayuda que se presenten dichos informes, explicando así caso por caso la frecuencia y el contenido del requisito de informar.

No obstante lo anterior, los informes deberán incluir, como mínimo, la siguiente información:

- a) El número e importe de las garantías emitidas.
- b) El número e importe de las garantías pendientes al término del período.
- c) El número y valor de las garantías incumplidas (presentadas individualmente) sobre una base anual.
- d) Los ingresos anuales:
  - 1) ingresos por primas cobradas;
  - 2) ingresos por reembolsos;
  - 3) otros ingresos (por ejemplo, intereses recibidos por depósitos o inversiones).
- e) Los costes anuales:
  - 1) costes administrativos;
  - 2) indemnizaciones pagadas por garantías movilizadas.
- f) El excedente o déficit anual (diferencia entre ingresos y costes).
- g) El excedente o déficit acumulado desde el inicio del régimen.

#### IV. SUPUESTOS DE NO CONCURRENCIA DE LOS ELEMENTOS QUE CONFIGURAN UNA AYUDA DE ESTADO

Si bien ha sido de manera somera, más arriba hemos tenido ocasión de exponer que la determinación que llevan a cabo las instituciones comunitarias sobre si una medida es o no constitutiva de ayuda de Estado, y por tanto incompatible con el Tratado, no se hace a partir de un concepto de ayuda estatal, sino desde el análisis de los elementos que configuran la medida

como ayuda incompatible. De modo tal que si está presente estaremos ante una ayuda de Estado contraria al espíritu del artículo 87.1 del Tratado CE. Tales elementos, recordemos, son los siguientes: que afecte a los intercambios comerciales entre los Estados miembros, que sea otorgada por el Estado o mediante fondos públicos y bajo cualquier forma, que falsee o amenace falsear la competencia y que favorezca a determinadas empresas. Y junto a tales elementos que el TCE configura como constitutivos de la ayuda, la doctrina de la Comisión y la jurisprudencia comunitaria han introducido, como reiteradamente ya hemos señalado, otro elemento: el del inversor privado.

En su Comunicación, la Comisión parte del principio general de que si una garantía individual o un régimen de garantía suscritos por el Estado no suponen ventaja alguna para la empresa, no constituirán ayuda estatal. No obstante, para entender de modo cabal esta afirmación hay que tener presente que las valoraciones que hace la Comisión están pensadas para ser aplicadas directamente a las garantías vinculadas a transacciones financieras específicas como los préstamos. Y ello es así en tanto entiende que, por su frecuencia y debido a que normalmente pueden cuantificarse, éstos son los supuestos en los que es más necesario clasificar las garantías, en su caso, como constitutivas de ayuda pública.

La Comisión, pese a la necesidad de que concurran todos y cada uno de los elementos que configuran como ayuda incompatible a una medida adoptada por el Estado, y alegando que asume la línea marcada por el Tribunal de Justicia, afirma que para determinar si se está otorgando una ventaja a través de una garantía o un régimen de garantía deberá basar su valoración en el principio de un inversor que actúa en una economía de mercado. Es por ello que advierte de la necesidad de tener en cuenta las posibilidades efectivas de que la empresa beneficiaria obtenga recursos financieros equivalentes recurriendo al mercado de capitales. Así las cosas, concluye que, en todo caso, no habrá ayuda estatal incompatible si la empresa dispone de una nueva fuente de financiación en condiciones que serían aceptables para un inversor privado en las condiciones normales de una economía de mercado.

Tras esta afirmación, que a nuestro juicio habría que calificar de incorrecta y no ajustada a la finalidad del artículo 87.1 del Tratado CE, se hace patente traer a colación una cuestión sobre la que reflexionó en su momento MATTERA: «¿Debe deducirse de los argumentos de la Comisión y del Tribunal que basta con que la empresa se halle en una buena situación financiera para excluir (invocando como elemento de comparación el comportamiento de un potencial inversor privado) que exista una ayuda?»<sup>44</sup>. Es obvio que invocando sólo este elemento no habría ayuda incompatible. Sin embargo, a nuestro entender, no se deben olvidar los demás elementos de la valoración, como el de falsear la competencia o afectar a los intercambios comerciales. Es por ello que consideramos que el casuismo imperante en

---

<sup>44</sup> *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento, op. cit.*, pág. 95.

esta materia no debe llevar a encasillarnos en el uso de un solo elemento de valoración para todos los casos. Así pues, el uso del criterio del inversor privado lo apreciamos como correcto, pero junto con los demás elementos configuradores de la ayuda incompatible, y no como criterio excluyente o sustitutivo del enunciado explícito del artículo 87.1 del Tratado.

Siguiendo con los dictados de la Comisión, en el caso de estar ante garantías estatales individuales, no habrá ayuda incompatible con la normativa comunitaria cuando se den todos y cada uno de los requisitos enumerados en la Comunicación. Esto es, cuando el «elemento ayuda» analizado anteriormente no se dé con la suficiente intensidad como para considerar la medida contraria al artículo 87.1 del Tratado CE.

Así pues, de estar ante un supuesto de garantía individual se descarta su consideración como ayuda de Estado incompatible cuando:

- El prestatario no se encuentra en una situación financiera difícil.
- El alcance de la garantía pueda evaluarse adecuadamente en el momento de su concesión. Esto significa que la garantía deberá estar vinculada a una transacción financiera específica, por un importe máximo fijo y por un período limitado.
- La garantía no cubra más del 80% del préstamo u otra obligación financiera pendiente.
- Se pague por la garantía un precio basado en el mercado. Si bien en este punto, como ya indicamos, la Comisión, para el caso de garantías individuales para pequeñas y medianas empresas, puede determinar si hay o no ayuda en función de si se aplica la prima anual mínima o prima refugio. Recordemos que son las primas que se aplican a los importes efectivamente garantizados o contragarantizados por el Estado al inicio de cada año correspondiente. Deben considerarse como el mínimo que debe aplicarse respecto a una empresa cuya calificación crediticia sea por lo menos igual a la que aparece en el cuadro incluido en el punto 3.3 de la Comunicación. Así, a modo de ejemplo, a una empresa a la que un banco asigna una calificación crediticia correspondiente a BBB-/Baa 3 se le debería aplicar una prima de garantía anual de un 0,8% como mínimo del importe efectivamente garantizado por el Estado al inicio de cada año.

Para el caso de los regímenes de garantías, señala la Comisión, también en atención al criterio del inversor privado, que no estaremos ante un supuesto de ayuda de Estado incompatible cuando se cumplan todas las condiciones que a continuación exponemos:

- El régimen ha de estar cerrado a prestatarios en situación de crisis.
- El alcance de las garantías deberá poder ser evaluado adecuadamente en el momento de su concesión. Esto significa que las garantías deberán estar vinculadas a transacciones financieras específicas, por un importe máximo fijo y por un período limitado.

— Las garantías no podrán cubrir más del 80% del préstamo u otra obligación financiera pendiente.

— Las modalidades del régimen se han de establecer basándose en una evaluación realista del riesgo, de forma que las primas que deban pagar los beneficiarios garanticen, con toda probabilidad, la autofinanciación. La Comisión considera el carácter autofinanciado del régimen y la orientación apropiada del riesgo como indicaciones de que las primas de garantía exigidas por el régimen se adecuan a los precios del mercado. Esto supone que se debe evaluar el riesgo de cada nueva garantía, sobre la base de todos los factores relevantes (calidad del prestatario, avales, duración de la garantía, etc.). Y, así, sobre la base del análisis de riesgo deberán ser definidas las categorías de riesgo, clasificándose la concreta garantía en una de las distintas categorías de riesgo establecidas, debiendo ser aplicada la correspondiente prima de garantía sobre el importe garantizado o contragarantizado.

— Con el fin de disponer de una evaluación correcta y progresiva del aspecto de autofinanciación del régimen, se deberá verificar si el nivel de las primas es el adecuado como mínimo una vez al año sobre la base del coeficiente de pérdidas efectivo del régimen en un período económicamente razonable, debiendo ajustarse las primas en consecuencia si existe el riesgo de que el régimen no pueda seguir autofinanciándose. Este ajuste puede afectar a todas las garantías concedidas o futuras o únicamente a estas últimas.

— Para considerar que estén adecuadas a los precios del mercado, las primas exigidas deberán cubrir los riesgos normales asociados a la concesión de la garantía, los costes administrativos del régimen y una remuneración anual de un capital adecuado, incluso si este último no se ha constituido todavía o sólo en parte. En este punto hay que realizar las siguientes precisiones:

- Por lo que respecta a los costes administrativos, éstos deberán incluir, como mínimo, la valoración del riesgo inicial específico, así como los costes del control y de la gestión de los riesgos ligados a la concesión y administración de la garantía.
- Por lo que respecta a la remuneración del capital, la Comisión observa que los garantes normales están sujetos a una normativa en materia de requisitos de capital y, de conformidad con esta normativa, están obligados a constituir capital propio para no ir a la quiebra si se producen variaciones en las pérdidas anuales vinculadas a las garantías. Los regímenes de garantías estatales normalmente no están sujetos a estas normas y, por lo tanto, no necesitan constituir tales reservas. En otros términos, cada vez que las pérdidas procedentes de las garantías superan a los ingresos de las primas de garantía, el déficit lo cubre simplemente el presupuesto estatal. Esta garantía estatal del régimen lo sitúa en una situación más favorable que la de un garante normal. Para evitar esta disparidad y remunerar al Estado por el riesgo que asume, la Comisión considera que las primas de garantía deben cubrir la remuneración de un capital adecuado.

- La Comisión considera que este capital debe corresponder al 8% de las garantías pendientes. En las garantías concedidas a empresas cuya clasificación sea equivalente a AAA/AA- (Aaa/Aa3), el importe de capital que debe remunerarse puede reducirse al 2% de las garantías pendientes. Mientras que para las garantías concedidas a empresas cuya clasificación sea equivalente a A+/A- (A1/A3), el importe del capital que debe remunerarse puede reducirse al 4% de las garantías pendientes.
- La remuneración normal de este capital estará constituida por una prima de riesgo, posiblemente incrementada por el tipo de interés sin riesgo.
- La prima de riesgo deberá pagarse al Estado por el importe adecuado de capital en todos los casos.
- Si, como en la mayoría de los regímenes de garantías estatales, el capital no se aporta al régimen y, por lo tanto, no hay contribución en efectivo del Estado, el tipo de interés sin riesgo no deberá tenerse en cuenta. De otro modo, si es el Estado el que suministra efectivamente el capital subyacente, es el Estado el que deberá asumir los costes financieros y el régimen se beneficiará de este capital, eventualmente invirtiéndolo. Por ello, el tipo de interés sin riesgo deberá ser abonado al Estado por el importe concedido. Por otra parte, esta carga deberá deducirse de los ingresos financieros del régimen y no necesariamente repercutir en las primas de garantía. A modo de ejemplo, la Comisión considera que el rendimiento de los bonos del Estado a diez años puede utilizarse como valor adecuado para el tipo sin riesgo, considerado como remuneración normal de capital.

— El régimen, con el fin de garantizar su transparencia, deberá establecer las condiciones en las que se concederán futuras garantías. Entre ellas se señalan las empresas elegibles en función de su calificación y, cuando proceda, el sector y el volumen, importe máximo y duración de las garantías.

También aquí, asimismo, se tiene en cuenta la particular situación de las pequeñas y medianas empresas para, como ya hemos visto en su momento, facilitarles el acceso a la financiación, especialmente recurriendo a los regímenes de garantía. Ya dijimos que son dos las posibilidades que en la Comunicación prevé la Comisión:

- La de poder usar estas empresas las primas refugio en el sentido en que están definidas en las garantías individuales, siempre que cumplan el resto de requisitos establecidos en la Comunicación. En tales casos, los regímenes de garantía podrán tener la consideración de autofinanciados y no constituir, en consecuencia, ayuda estatal incompatible con las normas comunitarias.
- La de evaluar los regímenes de garantía como tales, permitiendo la aplicación de una prima única y evitando la necesidad de una califica-



ción individual de las PYMES beneficiarias. La Comisión es consciente de que realizar una valoración individual del riesgo para cada prestatario es un proceso costoso, que puede no ser apropiado si un régimen cubre un gran número de pequeños préstamos para los que representa un instrumento de centralización del riesgo. Por consiguiente, si un régimen sólo prevé garantías para PYMES y el importe garantizado no supera un límite máximo de 2,5 millones de euros por empresa en dicho régimen, la Comisión puede aceptar, como excepción, una prima de garantía anual única para todos los prestatarios. Sin embargo, para que pueda considerarse que las garantías concedidas dentro de dicho régimen no constituyen ayuda estatal, el régimen debe seguir autofinanciado y también deben cumplirse el resto de condiciones establecidas en la Comunicación al respecto.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

La determinación de si una garantía ofrecida por el Estado o por otra Administración Pública es o no una ayuda estatal incompatible con la normativa comunitaria regulada en el artículo 87.1 del Tratado CE no es, en ningún caso, un acto automático. Requiere de la evaluación caso por caso por parte de la Comisión, que deberá examinar las garantías de Estado que entran en el ámbito de aplicación del artículo 87.1 del Tratado con el fin de determinar si son compatibles con el mercado común. Para determinar, pues, si la ayuda en forma de garantía es compatible, hará uso la Comisión de las normas que se aplican a otros tipos de ayudas en donde ha explicado detalladamente los criterios específicos empleados para la evaluación de la compatibilidad en los marcos y directrices relativos a las ayudas horizontales, regionales y sectoriales<sup>45</sup>. En este examen será preciso identificar quién es el beneficiario de la ayuda, cuáles son las características de tales beneficiarios y los objetivos perseguidos y, especialmente, se habrá de incidir, en particular, en la intensidad de la ayuda.

En todo caso, sólo se podrán aceptar garantías cuando su movilización esté contractualmente sometida a condiciones específicas que puedan llegar hasta la declaración de concurso de acreedores de la empresa beneficiaria u otro procedimiento similar que regule el Derecho interno de otro Estado miembro. Tales condiciones deberán ser acordadas entre las partes en el momento de la concesión de la garantía. De ahí que si un Estado deseara proceder a efectuar un cambio en la garantía en condiciones distintas a las que fueron convenidas en el momento de su concesión, se entenderá que se está ante una nueva ayuda, con la consiguiente obligación, recogida en el artículo 88.3 del Tratado CE, de ser notificada por el Estado a la Comisión.

Asimismo, el hecho de que no se cumpla alguna de las condiciones enumeradas en la Comunicación no significa que la garantía o el régimen de

---

<sup>45</sup> A ellas nos hemos referido en PASCUAL GONZÁLEZ (2003: 128 y ss.).

garantía se considere automáticamente como ayuda estatal incompatible. La calificación como ayuda de Estado no es automática, de ahí que si surgiera alguna duda sobre la existencia de ayuda en una garantía o un régimen de garantía previsto deberá notificarse a la Comisión, para que sea ésta quien, en el uso de sus exclusivas competencias, y dentro del marco normativo que hemos visto, determinará si la garantía es o no es compatible con la normativa comunitaria en materia de ayudas de Estado.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- BELLAMY y CHILD (1992): *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Cívitas, Madrid.
- BERNINI (1984): «Las reglas de la Competencia», en *Treinta años de Derecho Comunitario*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo.
- CASTILLO DE LA TORRE Y KEPPEL (2001): «Ayudas estatales: jurisprudencia comunitaria en 2000», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 211, enero-febrero.
- FERNÁNDEZ FARRERES (1993): *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, Fundación Universidad-Empresa, Cívitas, Madrid.
- MATTERA (1991): *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Ed. Cívitas, Madrid.
- PASCUAL GONZÁLEZ (2003): *Las ayudas de Estado de carácter fiscal. Su incidencia en el Régimen Económico y Fiscal de Canarias*, Consejería de Economía, Hacienda y Comercio del Gobierno de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria (la segunda edición ha sido publicada en 2006).
- TAMAMES (1994): *La Unión Europea*, Alianza Editorial, S.A., Madrid.
- VV.AA. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, coord.) (2004): *Comentarios a la Ley concursal*, Tecnos, Madrid.
- VV.AA. (PULGAR EZQUERRA, ALONSO LEDESMA, ALONSO UREBA Y ALCOCER GARAU, dirs.) (2004): *Comentarios a la legislación concursal*, Dykinson, Madrid.
- VV.AA. (SÁNCHEZ-CALERO Y GUILARTE GUTIÉRREZ, dirs.) (2004): *Comentarios a la legislación concursal*, Lex Nova, Valladolid.
- WAELEBROECK y FRIGNANI (1998): *Derecho Europeo de la Competencia*, Ed. Bosch, Barcelona.