

LAS AYUDAS DE RECAPITALIZACIÓN Y ADQUISICIÓN DE ACTIVOS DEPRECIADOS EN EL SECTOR FINANCIERO

Francisco URÍA FERNÁNDEZ

Vicesecretario General y Jefe de la Asesoría Jurídica
Asociación Española de Banca

1. LA CRISIS FINANCIERA INTERNACIONAL DE 2007 Y LA RESPUESTA DE LOS ESTADOS EUROPEOS

La crisis financiera internacional que estamos sufriendo comenzó a manifestar sus primeros efectos en agosto de 2007. Desde entonces, un buen número de relevantes instituciones financieras internacionales tuvieron dificultades que se agravaron de forma sustancial a partir de septiembre de 2008, coincidiendo con la quiebra de Lehman Brothers.

Hasta este agravamiento de la crisis financiera internacional producido en septiembre de 2008, la reacción de los Estados frente a las dificultades de entidades de crédito determinadas fue bastante tradicional: el otorgamiento de ayudas públicas de distinto tipo con el objetivo de evitar un perjuicio a los depositantes y una mayor desconfianza en los mercados.

Sin embargo, a partir de septiembre de 2008, los mecanismos de apoyo a entidades concretas mediante el uso de recursos públicos dieron paso al establecimiento de medidas generales de respaldo al sector bancario por parte de los Estados. Este fue el caso, por ejemplo, de Irlanda, que ya en aquel momento adoptó medidas unilaterales de protección de los derechos

de los depositantes y de (aunque luego esto fue corregido a instancia de la Comisión Europea) sus propias entidades de crédito.

La adopción de medidas unilaterales por parte de determinados Estados implicaba una grave amenaza para la competencia entre las entidades de crédito europeas. En primer lugar, algunos de los mecanismos adoptados resultaron incompatibles con el Tratado al incluir exclusivamente de su ámbito de aplicación a las entidades de crédito «nacionales» y no a otras entidades europeas que desarrollan actividad bancaria en esos Estados, provocando así una discriminación inaceptable que hubo de ser corregida, como se ha indicado, tras la intervención de la Comisión Europea.

Pero, en segundo término, estas medidas amenazaron con provocar un colosal movimiento de depósitos en toda Europa desde los Estados en los que no se habían establecido medidas adicionales de protección de esos depósitos a los que sí lo habían hecho.

Tratando de evitar una fragmentación definitiva del mercado interior de servicios financieros, la Unión Europea optó por tratar de coordinar las medidas de respaldo a las entidades de crédito.

Esa coordinación se produjo en dos ámbitos: en un primer momento, se anunció la modificación de la Directiva 94/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, realizada mediante la aprobación de la Directiva 2009/14/CE, de 11 de marzo, de forma que el nivel de cobertura quedó establecido en 50.000 euros.

Además, se alcanzaron algunos Acuerdos en la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno del Área Euro celebrada el 12 de octubre de 2008 (posteriormente ratificados por el Consejo Europeo de Bruselas de los días 15 y 16 de octubre) en virtud de los cuales se estableció una tipología de los mecanismos de apoyo que los Estados podían establecer para restablecer a sus respectivos sistemas y entidades bancarias. Esa tipología incluía la garantía pública de las emisiones de instrumentos financieros por parte de las entidades de crédito, la adquisición de activos propiedad de las entidades de crédito en dificultades y la recapitalización con fondos públicos.

Los Acuerdos no establecieron condiciones, límites o características comunes a esas medidas de respaldo con lo que, *de facto*, la puerta quedaba abierta a que, a la hora de concretar los distintos esquemas de apoyo, se produjeran grandes diferencias entre Estados.

La situación no mejoró con los Acuerdos adoptados en las reuniones del «G-20». Su carácter genérico, aunque no pueda desconocerse su importancia, tampoco fue capaz de reducir las diferencias entre las entidades de crédito en distintos sistemas bancarios. De hecho, de manera paulatina,

la atención de los trabajos del G-20 y los organismos derivados del mismo ha ido orientándose más hacia la reforma de la regulación financiera internacional que al respaldo a los sistemas bancarios a través de medidas concretas, tarea esta que se ha dejado básicamente a los distintos Estados.

2. EL PAPEL DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE AYUDAS DE ESTADO Y SU REACCIÓN FRENTE A LAS MEDIDAS DE APOYO AL SECTOR FINANCIERO. APROXIMACIÓN GENERAL

Desde un punto de vista jurídico, no cabía duda de que los mecanismos de apoyo que, basándose en los Acuerdos de los órganos europeos a que se ha hecho referencia en el apartado anterior, fueron adoptados por los distintos Estados en las semanas siguientes constituían ayudas de Estado a efectos del Tratado, de modo que su compatibilidad con el mismo habría de ser analizada por la Comisión Europea, que tendría que autorizar o denegar su autorización *a priori* a dichas ayudas.

La necesidad de una autorización por parte de la Comisión que fuese previa al otorgamiento de las ayudas planteaba dos problemas prácticos muy importantes dada la grave situación en la que se encontraban los mercados y las entidades financieras: por un lado, y desde un punto de vista procedimental, la experiencia de casos anteriores de análisis de las ayudas de Estado evidenciaba que podían ser necesarios muchos meses (años, incluso) para una evaluación rigurosa de las ayudas. La situación de los mercados financieros y de las entidades no permitía esperar tanto.

Por otra parte, la aplicación de los criterios que, hasta el momento, venían rigiendo el análisis de la Comisión sobre la compatibilidad con el Tratado de las ayudas de Estado, conducía, en la práctica totalidad de los casos, a una reestructuración de gran envergadura o, incluso, a una liquidación ordenada de las entidades beneficiarias de las ayudas, lo que también se considera una posibilidad inaceptable en esos momentos.

Para solventar ambos problemas, los Acuerdos de los órganos europeos a que nos hemos referido anteriormente, trataron de comprometer a la Comisión en dos sentidos: que su análisis de los expedientes y la concesión de las autorizaciones (aunque fueran provisionales) se hiciera con la mayor celeridad y, lo que era más importante, que la aplicación de las reglas europeas sobre ayudas de Estado se hiciera «con flexibilidad»¹.

¹ Concretamente, en las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo celebrado los días 15 y 16 de octubre de 2008 (Doc.14368/08), y dentro del apartado dedicado a la «situación económica y financiera» se señaló, textualmente, que «en las circunstancias excepcionales actuales, la aplicación de las normas europeas debe seguir respondiendo a la exigencia de una actuación rápida».

A la altura de octubre del año 2008, la Comisión Europea ya había analizado mecanismos de ayuda pública anteriormente adoptados por los Estados europeos en relación con entidades individuales que afrontaban dificultades. El caso más conocido, aunque no el único, fue el expediente que afectaba a Northern Rock, en el Reino Unido.

Estas primeras ayudas fueron evaluadas por la Comisión aplicando las normas «tradicionales» sobre ayudas de Estado.

Ante las ayudas públicas, el art. 87.1 del Tratado establece, como principio general, la incompatibilidad con el mercado común de las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales.

Este principio general encuentra únicamente excepciones determinadas por el propio Tratado, y que deben ser objeto de una interpretación restrictiva.

Dejando al margen las «exenciones de oficio», contenidas en el apartado 2 del art. 87 del Tratado, que obviamente no resultaban aplicables a los casos que se sometían al conocimiento de la Comisión, había de recurrirse a alguno de los supuestos de «exención eventual» contenidos en el apartado 3 del art. 87 del Tratado.

Ello implicaba que la Comisión habría de decidir, caso por caso, y con un amplio margen de discrecionalidad (aunque no total) sobre si las ayudas eran o no compatibles con el Tratado.

Entre los supuestos que establece el art. 87.3 del Tratado como excepciones «eventuales» a la regla general de prohibición de las ayudas de Estado susceptibles de distorsionar la competencia, solamente podían considerarse aplicables a las ayudas concedidas por los Estados a los sistemas y entidades bancarios aquéllas para poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro del art. 87.3.b) del Tratado y las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades, de acuerdo con el art. 87.3.c).

De acuerdo con la tradición anterior, lo normal hubiera sido la aplicación del art. 87.3.c) del Tratado. Se trata del precepto que suele fundamentar la autorización de ayudas de Estado y que se encuentra en la base jurídica de los criterios tradicionalmente aplicados por la Comisión en la materia, contenidos en las «Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de empresas en crisis» (DOC 244, de 1 de enero

y flexible. El Consejo Europeo apoya a la Comisión en la aplicación, con este ánimo, de las normas relativas a la política de la competencia y, en particular, las relativas a las ayudas públicas, sin dejar de aplicar al mismo tiempo los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas». Como se comenta en el texto de este trabajo, la referencia a los principios del mercado único y del régimen de tales ayudas no es una expresión equivalente a la aplicación del régimen de tales ayudas.

de 2004). De hecho, en la primera «fase» de la crisis, y hasta octubre de 2008, la Comisión Europea aplicó, sin mayores especialidades, las normas y criterios derivados del art. 87.3.c) del Tratado².

Sin embargo, a partir de octubre de 2008, el fundamento para la autorización de las ayudas pasó a ser distinto y las autorizaciones fueron concedidas con base en el art. 87.b) del Tratado.

La base jurídica de esta diferente fundamentación jurídica se describe en el Informe de la Comisión Europea sobre las ayudas de Estado aplicadas hasta la primavera del año 2009³. En dicho informe se dice que:

«la erosión general de la confianza en el sector bancario en octubre de 2008 llevó a serias dificultades para acceder a la liquidez. La crisis se había convertido en sistémica y afectó por igual a instituciones financieras cuyas dificultades tenían su origen exclusivamente en las condiciones generales de los mercados que habrían restringido de forma severa el acceso a la liquidez. Se hizo entonces dudoso si las Directrices de Salvamento y Reestructuración (en lo sucesivo, Directrices S&R) continuaban proporcionando un marco jurídico adecuado para responder a la crisis, una vez que ésta había golpeado también a bancos que no podrían haber sido normalmente considerados como entidades “en dificultades”».

Creo que la decisión de aplicar el art. 87.3.c) en una situación como la que se ha descrito fue jurídicamente acertada. El grave deterioro de la situación económica mundial, y, en particular, las dificultades de los países integrantes de la Unión Europea, expresados en términos de desempleo, crecimiento económico, cifras de déficit público y evolución del endeudamiento de los distintos Estados, hacían indiscutible tanto la gravedad de los efectos de la crisis financiera internacional como, sobre todo, el riesgo de que el traslado de los mismos a la llamada «economía real», provocase una grave recesión internacional similar en su intensidad y extensión a la de 1929.

La necesidad de una relevante intervención pública para respaldar a los sistemas financieros era, pues, inevitable en la práctica por lo que, no debe extrañar que, ante esta situación «excepcional» en lo económico, se adoptasen medidas igualmente excepcionales para preservar la estabilidad de los mercados financieros, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 87.3.b) del Tratado.

Sin embargo, y una vez dicho lo anterior, parece igualmente evidente que las ayudas debían configurarse de tal modo que minimizasen al máximo su inevitable efecto distorsionador de la competencia de modo que

² En el caso más notorio, el de Northern Rock (UK) la decisión de iniciar un procedimiento de ayuda de Estado, adoptada en abril de 2008 (Cao C14/2008) se tomó al amparo del art. 87.3.c) exigiéndose la presentación de un plan de reestructuración.

³ *Vid.* nota 2. P. 8.

la supervivencia de las entidades en dificultades no pudiera amenazar la capacidad competitiva de bancos con menores problemas.

Decidida la aplicación del art. 87.3.b) como fundamento jurídico de la autorización de las ayudas, la siguiente cuestión se centraría en resolver si se aplicarían los criterios contenidos en las Directrices S&R, ya que, al tratarse de un precepto escasamente utilizado en la práctica⁴, el art. 87.3.b) había carecido de un desarrollo propio.

Desde un primer momento, y atendiendo a la petición de «flexibilidad» que habían realizado los Estados reunidos en el Consejo, la Comisión optó por no aplicar las Directrices S&R, estableciendo unas nuevas reglas y criterios contenidos en una serie de comunicaciones que se aprobarían y publicarían sucesivamente y a través de las que la Comisión guiaría la futura aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado a los mecanismos de apoyo establecidos por los Estados miembros para respaldar a sus sistemas y entidades bancarios.

Las Comunicaciones dictadas fueron las siguientes: la Comunicación general sobre los mecanismos de ayuda al sector bancario de 13 de octubre de 2007, la Comunicación sobre ayudas de recapitalización de 5 de diciembre de 2007, la Comunicación sobre Adquisición de Activos Dañados (de valor deteriorado) de 25 de febrero de 2009 y la Comunicación sobre Reestructuración de 22 de julio de 2009.

No creo que sea exagerado decir que estas Comunicaciones conforman un auténtico Derecho europeo de la competencia «de excepción», en el sentido de que ha surgido con la vocación de aplicarse en un momento determinado y en circunstancias excepcionales, de modo que superadas éstas y, desde luego, a partir del 31 de diciembre de 2010, esta normativa *ad hoc* dejará de ser aplicable retornándose al art. 87.3.c) y su normativa de desarrollo como único instrumento para el análisis de las ayudas de Estado a favor de entidades individuales.

Esta interpretación encuentra respaldo en las propias palabras de la Comisión cuando, en la nota de prensa publicada por la Comisión el pasado 23 de julio de 2009 para anunciar la publicación de su Comunicación sobre ayudas a la reestructuración bancaria⁵, afirma que «estas guías [las cuatro Comunicaciones publicadas a partir de octubre de 2008 para guiar

⁴ En el informe de la Comisión Europea titulado «State Aid Scoreboard. Spring 2009 update. Special edition on State Aid interventions in the current financial and economic crisis» [COM (2009)164], de 8 de abril de 2009, pp. 4 y 5, se dice que se ha hecho un uso sin precedentes del art. 87.3.b) del Tratado, ya que este artículo sólo había sido utilizado en una ocasión con anterioridad (Grecia) a pesar de la existencia de serias crisis económicas que afectaron a distintos Estados miembros en las recesiones de los años setenta y primeros ochenta.

⁵ Referencia: IP/09/1180.

la interpretación y aplicación del art. 87.3.b) a las ayudas otorgadas a las entidades de crédito] están basadas en el art. 87.3.b) del Tratado, que autoriza las ayudas de Estado en caso de una seria perturbación de la economía. Serán temporales y se aplicarán hasta el final de 2010. Después de esa fecha, las reglas normales sobre rescate y reestructuración, basadas en el art. 87.3.c) del Tratado (ayudas para el desarrollo de ciertas actividades económicas o áreas en que tales ayudas no afecten negativamente a las condiciones de comerciales en un grado contrario a los intereses comunes) se aplicarían nuevamente».

Los acuerdos recientemente alcanzados entre el grupo holandés ING y la Comisión Europea parecen confirmar este retorno paulatino a los antiguos principios sobre reestructuración.

Trataremos de analizar a continuación, siquiera brevemente, los rasgos y contenidos fundamentales de estas comunicaciones.

3. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 13 DE OCTUBRE DE 2008

El objetivo de esta Comunicación, referida 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»⁶, era «proporcionar una orientación sobre los criterios pertinentes para la compatibilidad con el Tratado, tanto de los regímenes generales como de los casos individuales de aplicación de tales regímenes y casos particulares de importancia sistémica». Es decir, se trataba de anticipar los criterios que aplicaría la Comisión de forma que, si los Estados se adecuaban a los mismos, podrían beneficiarse de una autorización rápida de sus mecanismos de ayuda.

Esta primera Comunicación sobre los criterios a aplicar para el análisis de los mecanismos de ayuda a los sistemas bancarios y entidades de crédito individuales tuvo una gran importancia puesto que, como se ha dicho, abrió el camino a la aplicación del art. 87.3.b) del Tratado, en lugar del 87.3.c). A través de la Comunicación, la Comisión pudo autorizar la concesión de relevantes ayudas públicas, incluso, como veremos, de recapitalización con fondos públicos a entidades de crédito en dificultades sin exigirles la presentación de un plan de reestructuración de gran envergadura.

En sentido, la Comunicación ya indicaba que «habida cuenta del nivel de gravedad que ha alcanzado la crisis actual en los mercados financieros

⁶ La versión en castellano de esta Comunicación fue publicada por el *Diario Oficial de la Unión Europea* (C-270/8 a 14), de 25 de octubre de 2008.

y de su posible impacto en la economía global de los Estados miembros, la Comisión considera que el art. 87, apartado 3, letra *b*), en las actuales circunstancias, es una base jurídica apropiada para las medidas de ayuda adoptadas para abordar esta crisis sistémica. Esta afirmación es especialmente aplicable a las ayudas concedidas mediante un régimen general para varias o todas las instituciones financieras de un Estado miembro»⁷.

Se trataría, en todo caso, de medidas coyunturales y de duración acotada en el tiempo, pues, como indicaba la propia Comunicación, «esto implica la necesidad de que todos los regímenes generales creados sobre esta base... se revisen regularmente y finalicen tan pronto como la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita»⁸.

La tipología de las ayudas que se admite es amplia, destacando, singularmente, las «garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras» y la «recapitalización de las instituciones financieras».

Cualquiera que fuera el tipo de ayuda establecido, deberían respetarse algunos principios generales; el de necesidad (la ayuda debe ser imprescindible para preservar la estabilidad del sistema bancario), el de proporcionalidad (la ayuda concedida no deberá exceder de lo que sea estrictamente necesario para lograr su objetivo legítimo), no discriminación (las ayudas deben establecerse de forma objetiva y no discriminatoria) y prevención de distorsiones de la competencia (las medidas deben establecerse de modo que se eviten o minimicen los efectos negativos en los competidores, en otros sectores y en otros Estados miembros).

Al objeto de prevenir esas distorsiones en la competencia, la Comunicación de la Comisión establecía una serie de medidas que podrían establecerse a modo de salvaguardia. Estas medidas se consideraban también útiles para evitar el riesgo moral, inherente a este tipo de ayudas.

Entre tales limitaciones se citaban medidas relativas al comportamiento que garanticen que las instituciones financieras beneficiarias no se dedican a una expansión agresiva aprovechando la garantía pública, restricciones en la conducta comercial (tales como publicidad que expongan el hecho de que el banco beneficiario es objeto de una garantía pública, precios aplicados o expansión de las actividades), limitaciones al valor del balance de las instituciones beneficiarias en relación con una referencia adecuada (por ejemplo, el PIB), prohibición de comportamientos irreconciliables con el objetivo de la garantía (por ejemplo, readquisición de participaciones por instituciones financieras beneficiarias o emisión de

⁷ Tomamos la cita de la versión en español de la Comunicación, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, C-270, de 25 de octubre de 2008, p. 9.

⁸ *Vid.* nota anterior.

nuevas opciones de compra de acciones para sus directivos) o disposiciones adecuadas que permitan al Estado miembro en cuestión garantizar la aplicación de estas restricciones en cuanto al comportamiento.

La Comunicación de la Comisión partía, en su introducción, de distinguir entre instituciones financieras con problemas que son resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se ven expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros y otras entidades financieras (a las que la Comunicación califica de «sólidas») cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidación.

En el primer caso, la Comisión consideraba que, para que las instituciones en dificultades retornasen a la viabilidad a largo plazo, sin liquidarse, habrían de afrontar un plan de reestructuración de gran envergadura de sus operaciones.

Por el contrario, en el caso de las entidades sólidas, la Comisión consideraba suficiente una reestructuración menos importante.

Sobre esta relevante dicotomía, la Comunicación de continuada referencia ofrece alguna clave adicional un poco más adelante cuando, dentro del capítulo dedicado a las «garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras», incluye un apartado denominado «aplicación del régimen a casos individuales».

En ese apartado, referido a las entidades insolventes, se alude a que tras la adopción de medidas de salvamento de urgencia, se adopten medidas adecuadas que conduzcan a la reestructuración o liquidación del beneficiario.

Al margen de lo anterior, el capítulo V de la Comunicación, referido a la «liquidación controlada de las instituciones financieras» dejaba abierta la puerta a un procedimiento tradicional de liquidación de entidades en crisis, respetando criterios análogos a los que se han enumerado anteriormente.

La Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 permitió que entidades «solventes» pudieran recibir ayudas de Estado sometándose a determinadas condiciones tendentes a evitar graves distorsiones de la competencia en Europa pero sin imponer la aplicación del acervo comunitario en la materia y, singularmente, las normas vigentes sobre reestructuración y saneamiento de entidades en dificultades, régimen este al que, sin embargo, quedarían abocadas las entidades no solventes. Ello sin perjuicio de que a unas y otras operaciones les fueran aplicados los «principios generales» contenidos en las Directrices. En el caso de estas

entidades «solventes», la Comunicación se limita a exigir una reestructuración «menos importante»⁹.

Por su parte, las instituciones financieras «insolventes», utilizando la expresión de la propia Comunicación¹⁰, no quedaban forzosamente abocadas a la liquidación, ya que se consideraba admisible una reestructuración aunque de «gran envergadura», por citar de nuevo la Comunicación¹¹.

Aunque, como vemos, la distinción entre las entidades solventes y las que no lo son resulta crítica y determina la producción de muy distintos efectos jurídicos, la Comunicación de la Comisión de 13 de octubre de 2008 no precisaba qué autoridad nacional o europea certificaría que una determinada entidad tenía o no dicha condición por lo que, *de facto*, no existía ningún requisito objetivo ni se definía ningún procedimiento para la determinación de qué entidades tenían la condición de «solventes».

En todo caso, una vez publicada la Comunicación, los diferentes Estados europeos sometieron a la Comisión sus planes nacionales de respaldo al sector financiero.

Transcurrido prácticamente un año desde la aprobación de estos primeros mecanismos de ayuda, que básicamente consistieron en la garantía pública de las emisiones de instrumentos financieros realizadas por las entidades de crédito, podemos decir que, aunque las condiciones que produjo dicha garantía fueron complementemente distintas en cada caso, lo que en sí mismo suponía una distorsión de la competencia, estas medidas fueron adoptadas con un grado de transparencia aceptable, coherente con su carácter general, siendo conocidas, al menos en líneas generales, las condiciones y limitaciones a que quedaba supeditada su utilización por parte de las entidades de crédito.

Por ello, y teniendo en cuenta su naturaleza y efectos, consideramos que el impacto de estas medidas sobre las condiciones de competencia en el mercado bancario europeo fue limitado. No podría decirse lo mismo, sin embargo, respecto de las ayudas públicas consistentes en la recapitalización con fondos públicos de las entidades de crédito.

En las entidades de crédito, las condiciones en que se obtiene la financiación determinan en buena parte las condiciones en que pueden ofrecerse los productos y servicios financieros lo que tiene una repercusión directiva sobre su competitividad. Por ello la capacidad de distorsión competitiva de las medidas de recapitalización con fondos públicos era, sin duda, muy superior a la de medidas que, como la garantía pública de las emisiones

⁹ *Vid.* nota 5. P. 8. Párrafo 2.

¹⁰ *Vid.* nota 5. P. 12. Párrafo 30.

¹¹ *Vid.* nota 5. P. 8. Párrafo 2.

de ciertos instrumentos financieros, no podían dejar de considerarse como un mecanismo adicional de liquidez tendente a compensar los fallos de funcionamiento del mercado.

4. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE 5 DE DICIEMBRE DE 2008: LA RECAPITALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO

El Consejo ECOFIN, en su reunión de 2 de diciembre de 2008, abordó nuevamente el tema de las ayudas a entidades de crédito y, como recogió la Comunicación de la Comisión Europea a que se hará inmediata referencia, «reconoció la necesidad de orientaciones adicionales para las recapitalizaciones cautelares destinadas a sostener el crédito, e instó a su pronta aprobación por la Comisión». Este posicionamiento del Consejo, que se encuentra en el origen de la Comunicación de la Comisión que da título a este apartado, hizo posibles las «recapitalizaciones preventivas» de las entidades de crédito.

La Comisión Europea, en ejecución del mandato político recibido del Consejo ECOFIN, aprobó una nueva Comunicación de 5 de diciembre de 2008 sobre «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»¹². Los criterios establecidos por la Comisión Europea a través de esta Comunicación, fueron posteriormente confirmados por el Consejo Europeo en su reunión de 11 y 12 de diciembre¹³.

La aprobación de estos nuevos criterios era necesaria porque la primera Comunicación en la materia era bastante abstracta y debían detallarse los criterios que se utilizarían para el análisis y, en su caso, la aprobación de este tipo de ayudas.

En mi opinión, la nueva Comunicación no se limitó a concretar los criterios de aplicación de la normativa sobre competencia contenidos en la Comunicación anterior sino que introdujo cambios significativos en ellos, lo que favoreció la concesión de autorizaciones que, hasta ese momento, y con los criterios anteriormente vigentes, no se habían concedido.

¹² La versión en castellano de esta segunda Comunicación en la materia fue publicada por el *Diario Oficial de la Unión Europea* C-10/2 al 10, de 15 de enero de 2001.

¹³ Las Conclusiones de la Presidencia en relación con los acuerdos adoptados por el Consejo Europeo (Documento 17271/1/08 REV 1) respaldaron este cambio de orientación. Textualmente se afirmó, en parte repitiendo la declaración realizada en el Consejo anterior, que «en las circunstancias actuales, la aplicación, por parte de la Comisión, de las normas de competencia debe responder también a la exigencia de una actuación rápida y flexible. En este contexto, el Consejo Europeo se congratula en particular de la adopción por la Comisión de nuevas directrices para las entidades financieras e insta a su rápida aplicación».

Éste fue el caso, aparentemente, de los mecanismos de Francia, Austria y, respecto de entidades determinadas, Alemania ¹⁴.

De hecho, el inciso final del último párrafo de la introducción de la Comunicación de referencia viene a reconocer este cambio cuando señala que «la presente Comunicación ofrece orientaciones para los nuevos regímenes de recapitalización y abre la posibilidad de *adaptar los existentes*».

Así, mientras la introducción de la primera Comunicación de la Comisión sobre ayudas a entidades de crédito hacía referencia a dos únicas situaciones: la de las entidades financieras con problemas que eran resultado de su modelo empresarial o de prácticas comerciales particulares, cuyas deficiencias se vieron expuestas y exacerbadas por la crisis de los mercados financieros y respecto de las que, para que retornen a la viabilidad a largo plazo, sería necesaria una reestructuración «de gran envergadura» de sus operaciones, y la de las instituciones financieras sólidas cuyas dificultades se derivan exclusivamente de las condiciones generales del mercado, que han restringido gravemente el acceso a la liquidez y respecto de las que su viabilidad a largo plazo puede requerir una reestructuración menos importante, la nueva Comunicación de 5 de diciembre de 2008 aumenta la tipología de los supuestos en que cabría una ayuda de Estado compatible con el Tratado, al incluir, en el primer párrafo del apartado dedicado a los «objetivos comunes: restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y abordar el riesgo sistémico de posible insolvencia».

Quedaban, de este modo, ampliados los objetivos a los que podría responder una operación o mecanismo de recapitalización de entidades de crédito. La nueva Comunicación admitía que los mecanismos de ayuda de los Estados europeos a entidades de crédito pudieran tener como objetivo restaurar la estabilidad financiera, garantizar la concesión de préstamos a la economía real y afrontar el riesgo de insolvencia.

Era indiscutible que estas ayudas podían provocar distorsiones en la Competencia, como reconoció la propia Comunicación, diferenciando entre tres niveles distintos de distorsión ¹⁵:

¹⁴ El 29 de noviembre de 2008, se publicó un artículo en el *Financial Times* en el que, bajo el expresivo título de «Brussels blocks French move to shore up capital for retail banks», su corresponsal en París, Ben Hall, aludía a la existencia de conversaciones entre el Gobierno francés y la Comisaría Europea de Competencia para conseguir levantar el veto que, de acuerdo con la información publicada, pretendía imponer la Comisión a la utilización de mecanismos de recapitalización de entidades de crédito con fondos públicos con el objetivo de incrementar el volumen de concesión de créditos.

¹⁵ *Vid.* nota 13. P. 9. Párrafos 7 al 11.

- a) Un nivel general, en el que la recapitalización de los bancos de un Estado miembro mediante fondos públicos pudiera darles una ventaja competitiva indebida frente a los bancos de otros Estados.
- b) Un segundo nivel en el que los regímenes de recapitalización a los que pudieran acceder todos los bancos de un Estado miembro otorguen una ventaja competitiva a las entidades en dificultades o menos eficientes frente a los bancos que son esencialmente sólidos y más eficaces.
- c) Un tercer nivel en que la recapitalización pública y, en particular, sus condiciones de remuneración, situasen en una peor posición competitiva a las entidades de crédito que hubieran optado por buscar capital adicional en el mercado sin recurrir a los mecanismos de ayuda pública frente a las que sí hubieran utilizado estos instrumentos.

Una vez más, la Comunicación de la Comisión acoge la distinción entre «bancos esencialmente sólidos y eficaces» y «bancos en dificultades y menos eficaces», de modo que su aproximación a los instrumentos de prevención de esas distorsiones competitivas parte de esta diferenciación. Así, aun admitiendo que ambos tipos de instituciones pudieran ser recapitalizados con fondos públicos, la Comisión Europea entendió que habían de establecerse reglas distintas para unos y otros casos.

A tal fin, la Comisión trató de establecer algunos criterios objetivos sobre los que fundamentarla. Entre ellos, cabe mencionar los siguientes:

- El cumplimiento de los requerimientos reglamentarios de solvencia
- Las perspectivas de adecuación de capital certificadas por las autoridades nacionales de supervisión,
- Las calificaciones de solvencia financiera, y
- Los diferenciales de permutas financieras por impago crediticio (CDS spreads) anteriores a la crisis.

Tanto la distinción entre entidades fundamentalmente solventes y las que no lo son, como los criterios objetivos en que pretende fundamentarse, tenían su origen en el trabajo previamente efectuado por el Banco Central Europeo en los meses anteriores y, concretamente, en las Recomendaciones del Banco Central Europeo, adoptadas por su Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008¹⁶. Estas Recomendaciones permitieron a la Comisión establecer también los principios que habrían de regir la

¹⁶ Recomendaciones del Consejo de Gobierno de 20 de noviembre de 2008 relativas a una metodología para la evaluación comparativa de la fijación de precios de las medidas públicas de recapitalización destinadas a instituciones esencialmente sólidas en la zona del euro.

determinación del coste de las ayudas de recapitalización en el caso de las entidades esencialmente solventes y aquéllas en que no concurre esta cualidad.

El principio fundamental en la materia sería el de que las entidades fundamentalmente solventes podrían beneficiarse de unas condiciones menos severas que las que no tuvieran dicha condición.

Una vez más, se echaba de menos la concreción de qué autoridad asumiría la competencia para certificar que una entidad concreta tendría o no, en aplicación de esos criterios u otros, la condición de «banco esencialmente solvente», ya que esta Comunicación tampoco introducía ninguna precisión en este punto.

Evidentemente, en tanto que autoridad competente para aplicar el Derecho europeo de la competencia, la Comisión Europea asumiría, en última instancia, dicha responsabilidad. No obstante, no era menos evidente que dicha decisión dependería, en última instancia, del acceso a información confidencial relativa a las entidades beneficiarias de las ayudas que sólo podría ser suministrada por éstas o por sus respectivas autoridades y supervisores.

El esfuerzo de objetivación realizado por la Comisión en esta Comunicación alcanzó también a las condiciones de remuneración de las ayudas públicas, estableciéndose las siguientes reglas generales:

- Cuando las condiciones de remuneración por las ayudas públicas fueran próximas al mercado, la Comisión aceptaría las condiciones fijadas por las partes entendiéndose que los efectos de la recapitalización en términos competitivos serían reducidos.
- Cuando las medidas de recapitalización se alejasen de las condiciones de mercado, y aun entendiéndose que las mismas se encontraban distorsionadas por los graves problemas que afectaban a los mercados financieros, no podrían implicar una vuelta a las condiciones anteriores a la crisis. A fin de objetivar la decisión, se adoptaba como propio la horquilla de precios previamente recomendada por el Banco Central Europeo para determinados instrumentos financieros.
- Debían establecerse incentivos adecuados para el reembolso del capital público cuando las condiciones de mercado lo hicieran posible.
- Las condiciones de la recapitalización de bancos que no sean esencialmente sólidos debían estar sujetas a requisitos más estrictos que la de los bancos sólidos, lo que se reflejaba en la exigencia de que la remuneración establecida fuera más alta en el caso de aquéllos.

Todo ello venía complementado por unas determinadas limitaciones en el comportamiento de las entidades beneficiarias de las ayudas, que, en definitiva, implicaban la prohibición de que las ayudas fueran utilizadas como instrumento para competir en el mercado en una posición ventajosa, bien por la utilización publicitaria de las ayudas recibidas o bien por financiar una expansión comercial agresiva.

Se imponía un requisito adicional para las «recapitalizaciones de rescate de otros bancos», es decir, de las recapitalizaciones de los bancos «no esencialmente sólidos»: la Comunicación exigía que, en el plazo de seis meses desde la recapitalización, se presentase un plan de reestructuración global o un plan de liquidación para estos bancos.

Tras la publicación de la segunda Comunicación de la Comisión de 5 de diciembre de 2008, se produjo la aprobación de los mecanismos de ayuda mediante refinanciación de entidades de crédito concretas mediante fondos públicos en Francia y Austria¹⁷. También se produjo la autorización de alguna medida de recapitalización referida a una entidad concreta establecida por el Gobierno alemán¹⁸. En los meses siguientes, se sometieron a la Comisión otros esquemas y medidas individuales.

De este modo, y en aplicación de los criterios aprobados por la Comisión a través de sus dos primeras Comunicaciones de 2008, un buen número de Estados europeos estableció mecanismos de recapitalización de todas, varias o alguna de sus entidades de crédito. Se trató de mecanismos heterogéneos con lo que sus efectos sobre la competencia eran previsibles.

El efecto provocado por las ayudas públicas de recapitalización de bancos europeos fue descrito por el Comité Europeo de Supervisores Bancarios (CEBS) en su «Análisis de los planes nacionales para la estabilización de los mercados» de fecha 5 de febrero de 2009¹⁹, señalando que «existen ventajas competitivas potenciales para los bancos que se han beneficiado de inyecciones de capital por parte de sus autoridades nacionales»²⁰. El informe señala que «los bancos que han recibido estas inyecciones pueden encontrarse en mejor posición para obtener financiación en el mercado (*market funding*), garantizar préstamos (*grant loans*) o desa-

¹⁷ La autorización de las medidas de recapitalización de las entidades de crédito en Francia por parte de la Comisión Europea se produjo el 8 de diciembre de 2008. La autorización, en el caso austriaco, se produjo al día siguiente, el 9 de diciembre de 2008.

¹⁸ Concretamente, el 18 de diciembre de 2008 se autorizó la recapitalización de la entidad Bayern LB.

¹⁹ «Analysis of the supervisory implications of the national plans for the stabilization of markets». Puede localizarse en la página web del propio Comité Europeo de Supervisores Bancarios, www.ceb-s.org.

²⁰ *Vid.* nota anterior, p. 12.

rollar planes futuros, incluso una vez que la situación de crisis general se haya resuelto».

A juicio del CEBS, los mecanismos de recapitalización con fondos públicos desarrollados por los Estados miembros podían disparar una competición para captar capital al más alto nivel, al calar entre las agencias de *rating* y los analistas la idea de que el nivel de capital necesario ha subido, situando a las entidades que no pueden captar financiación en el mercado ante la alternativa de aceptar la recapitalización con fondos públicos o la restricción del crédito con su correlativo efecto sobre los resultados de las entidades.

El informe del CEBS destaca también la existencia de grandes diferencias entre los mecanismos a través de los que se realizó la recapitalización de las entidades, destacando los siguientes: instrumentos elegidos, las condiciones de precio, la atribución de una calificación determinada como instrumento de capital (tier 1), las cantidades proporcionadas o los criterios de selección de los bancos destinatarios de las ayudas²¹.

Además del problema de la falta de heterogeneidad, debe hacerse además referencia a los problemas de transparencia que han provocado estas ayudas. Esos problemas de transparencia se refieren, en primer lugar, a las propias ayudas, ya que las condiciones financieras en que han sido concedidas no siempre son fáciles de conocer. También ha existido falta de transparencia real en cuanto a las limitaciones y condiciones de toda índole al que se subordinó la autorización de las ayudas públicas por parte de la Comisión Europea, puesto que, en este último caso, las resoluciones de la Comisión en las que se establecen no han sido publicadas íntegramente por motivos de confidencialidad.

Ello ha dificultado en la práctica que los competidores de las entidades receptoras de las ayudas e, incluso, los supervisores bancarios y las autoridades distintas de aquellas que, por haber establecido las ayudas, fueron parte en el procedimiento seguido por la Comisión, puedan conocer el detalle de las ayudas y las limitaciones de comportamiento comercial que llevaban aparejadas. Por ello, fuera del ámbito estrictamente nacional, estas limitaciones y condiciones son un instrumento escasamente útil a la hora de compensar los efectos derivados de las medidas de recapitalización con fondos públicos sobre la competencia entre las entidades de crédito.

La distorsión competitiva provocada por las ayudas públicas de recapitalización de entidades de crédito ha sido muy relevante por las siguientes razones:

²¹ *Vid.* notas anteriores, pp. 10 y 11.

1. En primer lugar, ha permitido a entidades de crédito en dificultades eludir procesos de reestructuración de envergadura que implicasen su fusión con otras entidades o, incluso, su liquidación.
2. En segundo término, ha posibilitado que entidades de crédito con problemas pudieran captar financiación cuando el mercado no se la hubiera proporcionado.
3. Además, las condiciones de esa financiación pública no eran homogéneas, como ha tratado de explicarse, lo que afecta al precio al que las entidades pueden ofertar productos y servicios. De este modo, se produce una ganancia de competitividad artificial e injusta.
4. Las condiciones de la financiación y las limitaciones impuestas por la Comisión Europea para evitar una distorsión competitiva derivada de este tipo de ayudas no han sido suficientemente conocidas lo que ha dificultado el control, especialmente cuando se trataba de entidades que desarrollaban su actividad fuera de su país de origen.

5. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA DE 25 DE FEBRERO DE 2009. LA ADQUISICIÓN DE ACTIVOS DETERIORADOS

La gravedad de los problemas que padecían algunas entidades bancarias internacionales sistémicas hizo que las medidas de recapitalización con fondos públicos de entidades en dificultades no fueran suficientes.

De hecho, y como consecuencia de la aplicación de la normativa contable, las entidades se enfrentaban a una espiral de minoraciones en el valor de sus activos que las obligan, una y otra vez, al reconocimiento de graves pérdidas, lo que exigiría un proceso continuado de recapitalización con fondos públicos si pretendía evitarse su liquidación.

Además, los poderes públicos deseaban contener el rápido efecto contractivo del crédito que amenazaba con empeorar la recesión en la «economía real».

Todo ello condujo a la decisión de adoptar medidas adicionales para el fortalecimiento del capital y la solvencia de las entidades.

A tal fin, en la reunión del Consejo ECOFIN celebrada el 10 de febrero de 2009, se alcanzaron algunos Acuerdos que abrieron la puerta a la adopción de nuevas medidas de apoyo a entidades de crédito en dificultades por parte de las Autoridades nacionales.

En particular, se autorizó a los Estados para que pudieran proceder a la creación de instituciones o vehículos (conocidos coloquialmente como «*bad Banks*») que adquirirían activos tóxicos que se encontraban en el balance de las entidades de crédito.

Una vez más, la Comisión dio pronta respuesta a esta solicitud, publicando una nueva Comunicación, la tercera, «sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector bancario comunitario»²².

Los objetivos de la Comunicación se ponen de manifiesto desde su introducción, cuando señala que, tras la adopción de medidas de recapitalización a los bancos, «varios Estados miembros han anunciado su propósito de complementar las medidas de apoyo ya en vigor adoptando un plan de rescate de los activos bancarios cuyo valor ha sufrido un deterioro (activos deteriorados). Estas declaraciones han impulsado, en paralelo a una iniciativa similar de los Estados Unidos, un debate de mayor alcance en la Comunidad sobre la idoneidad del rescate de activos como medida de ayuda pública a favor de los bancos... La presente Comunicación se centra en las cuestiones que deben abordar los Estados miembros a la hora de concebir, elaborar y aplicar medidas de rescate de activos».

La configuración de este nuevo mecanismo de ayuda pública respondía a líneas semejantes a los instrumentos de recapitalización con fondos públicos. Por un lado, se trataba, otra vez, de medidas nacionales, lo que resultaba difícilmente conciliable con un mercado interior de servicios financieros y no tendería, dada la heterogeneidad de las medidas adoptadas, a minimizar los impactos competitivos derivados de este tipo de ayudas públicas.

En segundo término, y puesto que las medidas estarían dirigidas, fundamentalmente, a la adquisición de activos «cuyo valor había sufrido un deterioro», afectarían asimétricamente a las entidades en función de que dispusieran o no de activos de tales características o, incluso, del volumen en que los hubieran adquirido.

Al igual que en el caso de la Comunicación anterior, aunque la Comunicación de 25 de febrero de 2009 realizó un relevante esfuerzo para reducir la heterogeneidad de los instrumentos a establecer por los Estados, no fue capaz de introducir criterios realmente homogéneos ni para valorar los activos ni, tan siquiera, para la definición de los activos elegibles, lo que permitía a cada Estado adoptar decisiones propias en aspectos tan relevantes como la política de precios a aplicar (efectuar las operaciones

²² La Comunicación fue publicada, en su versión en castellano, en el *Diario Oficial de la Unión Europea* C-72, de 26 de marzo de 2009.

a precio de mercado, que podía minimizar los problemas políticos, amenazaba con restringir la eficacia de las ayudas, o fijar precios más altos), o los activos elegibles, todo lo cual tiene importantes repercusiones en términos competitivos.

En consecuencia, la tercera Comunicación de la Comisión prolongaba la situación anteriormente existente, aunque ampliada a la nueva tipología de las ayudas: los Estados podían adoptar medidas heterogéneas, con lo que las condiciones de competencia entre las entidades de crédito se veían de nuevo alteradas.

Este efecto negativo sobre la competencia trataba de paliarse a través de unas «orientaciones sobre la aplicación de las normas relativas a las ayudas estatales a las medidas de rescate de activos» a través de las que la Comisión persigue minimizar, *ex ante*, los efectos distorsionadores de la competencia potencialmente derivados de las ayudas.

Para empezar, trata de precisarse el concepto de ayuda pública, indicando que «se considera que una garantía constituye ayuda estatal cuando el banco beneficiario no puede encontrar en el mercado ningún operador privado independiente dispuesto a ofrecerle una garantía similar. El importe de la ayuda estatal corresponde a la obligación neta máxima que el Estado se compromete a asumir»²³.

En el otorgamiento de las ayudas, deben respetarse los principios generales ya establecidos en las Comunicaciones anteriores: necesidad, proporcionalidad y minimización de los falseamientos de la competencia ya se produzcan entre entidades de crédito beneficiarias y no beneficiarias de las ayudas y, entre aquéllas, entre las que reciben ayudas menores o mayores o en unas condiciones más o menos beneficiosas.

De nuevo, la Comunicación de la Comisión trata de introducir una serie de criterios de aplicación de las normas de competencia que permitan minimizar los efectos que podrían producir estos mecanismos de adquisición de activos deteriorados respecto de las condiciones de competencia entre las entidades de crédito en Europa. Entre los elementos más relevantes cabe citar los siguientes:

- Como condición previa a la aplicación de medidas de rescate de activos es preciso realizar algunas tareas de análisis previo con el objetivo de garantizar que este tipo de ayudas se dirige, exclusivamente, a entidades viables.
- Se establece el principio de que las entidades beneficiarias de este tipo de ayudas, sus accionistas y otras partes interesadas debían so-

²³ *Vid.* nota 25, p. 4, nota 2.

portar, al menos en parte, las pérdidas asociadas a los activos deteriorados. Con ello se reduciría, al mismo tiempo, el problema del riesgo moral (*moral hazard*).

- Se fija el principio de temporalidad de las ayudas de modo que los mecanismos de adquisición de activos deben tener una duración limitada en el tiempo que la Comunicación fija en seis meses.
- Se trata de establecer criterios objetivos para la elegibilidad de los activos. Sin embargo, estos criterios conducen a una admisibilidad relativamente amplia ya que no sólo se admiten activos «tóxicos» sino también otros que no tienen esa consideración. La Comunicación permite que los Estados miembros cuyo sector bancario se vea afectado por otros factores de magnitud tal que amenacen la estabilidad financiera, como el estallido de una burbuja en su mercado inmobiliario, puedan extender la elegibilidad a categorías de activos bien definidas correspondientes a esa amenaza sistémica, con la debida justificación y sin restricciones cuantitativas. Ello podría ser una posibilidad interesante en el caso español.

No obstante, el elemento crítico era, una vez más, el de las condiciones de obtención de las ayudas y, sobre todo, el problema de la valoración de los activos elegibles para las medidas de rescate y los criterios para la determinación de los precios de adquisición. En este punto, la Comunicación de la Comisión trata de establecer, al igual que en la Comunicación anterior, una serie de criterios objetivos que habrían de guiar la adquisición de los activos. Se trata de una cuestión muy relevante desde el punto de vista de la competencia, ya que si los activos se adquieren a precio de mercado, no estaríamos, en puridad, ante una medida destinada a la recapitalización de una entidad de crédito sino, más bien, ante una medida de liquidez. Si, por el contrario, se fija un precio de adquisición muy alto, existiría una ayuda pública orientada a mejorar la solvencia de la entidad beneficiaria. Por último, si el precio fijado está por debajo del que marca el mercado, se estaría penalizando a la entidad titular de los activos deteriorados.

Los criterios que establece la Comunicación son los siguientes:

Como regla general, se establece el principio de que los activos habrían de valorarse, siempre que fuera posible, según su valor actual de mercado.

Sin embargo, esta regla no se aplicaba del mismo modo a todas las entidades, ya que la Comunicación abría la posibilidad de establecer una valoración más alta «para lograr el efecto de rescate». Además, se hacía referencia a otros instrumentos alternativos como la creación de un banco sano en el que el Estado compraría los activos sanos y otros instrumentos a través de los que los bancos pasaran a ser propiedad pública.

Nuestra valoración de estas reglas contenidas en la Comunicación es la de que, a pesar del esfuerzo realizado, lo cierto es que los Estados conservaban una amplia capacidad de decisión para el establecimiento de sus medidas de adquisición de activos lo que, una vez más, conduciría a la heterogeneidad de las medidas adoptadas y sus efectos potencialmente distorsionadores de la competencia.

Al margen de estas reglas, el mecanismo de cierre establecido en la Comunicación era la exigencia de que se presentase un plan de reestructuración de las entidades beneficiarias de las ayudas y un plan para la devolución de las ayudas recibidas. La cuestión es que esa exigencia no se proyectaba sobre todas las entidades receptoras de ayudas sino, una vez más, sobre las entidades que no eran fundamentalmente solventes o que no se consideraban viables.

Así, y al igual que en las Comunicaciones precedentes, la Comunicación de 25 de febrero de 2009 incluía un apartado referido a las medidas de seguimiento, con mención específica a la reestructuración y recuperación de la viabilidad.

También en este ámbito se trata de objetivar los supuestos en que una entidad receptora de ayudas se encuentra obligada a afrontar un plan de reestructuración. Por ello, se establece una presunción en virtud de la cual se presumiría la necesidad de proceder a una reestructuración profunda cuando de una valoración apropiada de los activos deteriorados se desprendiera una situación de insolvencia técnica o neto patrimonial negativo en ausencia de intervención pública o cuando la entidad hubiera recibido cualquier tipo de ayuda estatal que, bien contribuya a la cobertura o evitación de pérdidas o bien en conjunto supere el 2 por 100 del total de los activos del banco ponderados en función del riesgo.

En todo caso, seguía todavía pendiente la determinación de los casos en que procedería la exigencia de un plan de reestructuración y, sobre todo, el alcance del mismo. Por este motivo, se hacía imprescindible la aprobación de una nueva Comunicación de la Comisión Europea.

6. LA COMUNICACIÓN DE 23 DE JULIO DE 2009 SOBRE EL RETORNO A LA VIABILIDAD Y LA ASISTENCIA A LAS MEDIDAS DE REESTRUCTURACIÓN EN EL SECTOR FINANCIERO EN EL CONTEXTO DE LA PRESENTE CRISIS BAJO LAS REGLAS DE LAS AYUDAS DE ESTADO

Como hemos visto, la posibilidad de exigir la reestructuración de las entidades de crédito beneficiarias de ayudas públicas aparece en las tres

Comunicaciones ya analizadas. En julio de 2009 la Comisión Europea no había definido ni los supuestos en que procedía ni, sobre todo, su alcance, tratándose de una cuestión de la mayor importancia, la evaluación de las ayudas transcurridos los primeros seis meses de vigencia. Por ello sorprende que la Comunicación de la Comisión Europea no fuera aprobada hasta el 22 de julio de 2009.

Esta Comunicación era esencial para dar credibilidad a la acción de la Comisión Europea en materia de ayudas de Estado ya que varias de las autorizaciones provisionales concedidas por la Comisión a determinadas ayudas se habían condicionado a la presentación de un plan de reestructuración, por lo que debían proporcionarse algunas orientaciones al respecto.

Una vez más, la Comisión Europea parte de la distinción entre las entidades esencialmente solventes y las que no cumplen este requisito. Sólo se exigirá la presentación de un plan de reestructuración de gran envergadura a estas últimas. El objetivo de este plan de reestructuración es el de conseguir que la entidad recupere su viabilidad de modo que, a medio plazo, puedan ser innecesarias las ayudas públicas.

Sólo las entidades que se consideren viables en el futuro, pueden percibir ayudas de Estado, aunque esa viabilidad pase por afrontar la reestructuración derivada de un Plan elaborado y aprobado a tal efecto. Ello implica que la Comisión habrá de realizar un análisis riguroso de las circunstancias que han provocado la crisis de la entidad, su modelo de negocio y sus posibilidades de futuro, todo lo cual formará parte del plan de reestructuración.

En esta Comunicación aparecen también los mecanismos complementarios que, como en Comunicaciones anteriores, tratan de asegurar que las ayudas recibidas, aun cuando vayan acompañadas de un plan de reestructuración, no produzcan efectos negativos desde el punto de vista de la competencia.

El objetivo central de la Comunicación es el de anticipar los criterios que la Comisión utilizará en la evaluación semestral de la situación de las entidades receptoras de ayudas públicas obligadas a la presentación de un plan de reestructuración, al objeto de constatar la compatibilidad de las ayudas públicas para la reestructuración de las entidades en crisis con las reglas generales contenidas en el Tratado.

Estos criterios aparecen revestidos de una cierta flexibilidad ya que el análisis al que nos hemos referido en el párrafo anterior «modulará» prácticas anteriores de la normativa sobre ayudas de Estado a la vista de la naturaleza y carácter global de la presente crisis financiera, el rol sistémico

del sector bancario para toda la economía y los posibles efectos sistémicos derivados de la necesidad de que varios bancos deban afrontar procesos de reestructuración al mismo tiempo.

El Plan de Reestructuración está sujeto a un principio de temporalidad de modo que su ejecución no pueda demorarse más allá de un período máximo de cinco años.

En cuanto al contenido y alcance de esa reestructuración, la misma puede consistir, con arreglo a la Comunicación de la Comisión, por la venta de la entidad en dificultades a otra entidad sana (a través de un proceso de compra abierto, transparente y público que evite todo privilegio o discriminación), o por la ejecución de un plan elaborado por la propia entidad y sin la participación de otra entidad diferente. En este último caso, el alcance del plan de reestructuración y las condiciones de remuneración de las ayudas pasan a tener la mayor importancia al objeto de evitar una relevante distorsión competitiva.

Como en el caso de la Comunicación sobre Adquisición de Activos Deteriorados, esta Comunicación de la Comisión sobre Reestructuraciones, exige que el esfuerzo del saneamiento de una entidad en dificultades no recaiga exclusivamente en las arcas públicas. La Comisión exige la participación en los costes asociados a la reestructuración de la propia entidad y de sus propietarios. De este modo se evitan a un tiempo el riesgo moral inherente al rescate de una entidad en dificultades y los que la recepción de una ayuda pública puede producir desde un punto de vista competitivo.

A estos mismos objetivos contribuyen otras medidas complementarias establecidas en la Recomendación, como son las limitaciones en las políticas de remuneración del capital (que no se prohíben durante el período de reestructuración) y en el comportamiento comercial de la entidad beneficiaria de las ayudas, que, por ejemplo, no debe ofrecer productos o servicios en condiciones alejadas de las normales en el mercado (utilizando así de forma indebida las ayudas públicas recibidas).

Las ayudas públicas ligadas a un proceso de reestructuración se encuentran también sometidas al principio de proporcionalidad, de modo que deben reducirse al mínimo imprescindible para lograr los objetivos fijados en el plan de reestructuración y recuperación de la viabilidad.

La Comunicación no resuelve adecuadamente, en cambio, uno de los problemas que se derivan de los planes de reestructuración y las ayudas públicas concedidas en atención a los mismos: el de sus efectos sobre la competencia más allá de las fronteras del Estado que concede las ayudas. Es una cuestión relevante por cuanto el supervisor de acogida no tendrá

probablemente acceso a las condiciones y limitaciones a que se supeditó la concesión de las ayudas.

En cambio, la Comunicación sí presta gran atención a un tema cercano, cual es la prohibición de que las ayudas se condicionen a que la actividad de la entidad beneficiaria se reduzca o desaparezca en el territorio de otro Estado. Se trata de evitar el serio riesgo de fragmentación del mercado bancario europeo.

7. CONCLUSIÓN

Ante la gravedad de la situación financiera internacional, los Estados europeos tuvieron que implementar paquetes de ayudas públicas a sus sistemas y entidades bancarias en dificultades como, por otra parte, se estaba haciendo también en otras jurisdicciones (sobre todo, en Estados Unidos). La efectividad de estas ayudas quedaba condicionada, en aplicación del Tratado, a su autorización por parte de la Comisión Europea.

El otorgamiento de estas autorizaciones, a partir de septiembre del año 2008, se produjo al amparo del art. 87.3.b) del Tratado y no, como se había hecho hasta el momento, en el marco del art. 87.3.c).

Este criterio se plasmó ya desde la primera Comunicación de la Comisión en esta materia, de 13 de octubre de 2008. La aprobación de esta Comunicación, y de las tres que le siguieron, implicó la inaplicación de las Directrices sobre Reestructuración y rescate en el marco de las ayudas de Estado y su sustitución por unos criterios nuevos, más flexibles que, en última instancia, no obligaban a todas las entidades receptoras de ayudas públicas a afrontar procesos relevantes de reestructuración.

Aunque la necesidad de actuar con criterios flexibles frente a una situación de extraordinaria gravedad sea comprensible, no es menos cierto que esta actitud benefició a unas entidades de crédito frente a otras alterando las condiciones de competencia en el mercado interior de servicios financieros.

Además, las condiciones concretas en que las ayudas fueron concedidas por cada Estado e incluso a cada entidad, determinaron que la heterogeneidad de las situaciones fuera muy elevada de modo que la distorsión competitiva puede considerarse relevante.

Por su naturaleza y volumen, las ayudas de recapitalización y la adquisición de activos deteriorados fueron, con diferencia, las que provocaron una mayor perturbación de las condiciones de competencia ya que, a diferencia de otras medidas (como la garantía pública de emisiones de instrumentos financieros) no sólo constituían un respaldo de liquidez sino

que facilitaban financiación a entidades en dificultades en condiciones financieras que no hubiera podido obtenerla o que hubieran tenido que pagar por ella un precio mucho más alto.

Las Comunicaciones de la Comisión han tratado de sujetar las autorizaciones de las ayudas públicas a la exigencia de una remuneración adecuada, la contribución de las propias entidades y de sus accionistas, la limitación de determinadas prácticas y comportamientos comerciales y, en última instancia, la presentación de un plan de reestructuración de un cierto alcance.

No obstante, ha existido un cierto número de entidades europeas, consideradas fundamentalmente solventes, que, a pesar de ser receptoras de ayudas de capital no ha sufrido la imposición de las relevantes exigencias que sí han sufrido los receptores de ayudas individuales.

En los próximos meses, resulta previsible que la Comisión vaya endureciendo progresivamente sus criterios de aplicación de la normativa sobre ayudas de Estado, apartándose de los criterios fijados en las Comunicaciones que se han analizado en este trabajo y retornando a sus criterios tradicionales en la materia, plasmados en las Directrices sobre Sanearamiento y Reestructuración.

Sería injusto que esta evolución, lógica en el caso de quienes comenzaron a recibir ayudas públicas ya en el cuarto trimestre del año 2008, pretendiera imponerse también a entidades que, como aquellas entidades de crédito españolas que eventualmente terminasen por ser receptoras de este tipo de ayudas en el año 2010 como apoyo a un plan de reestructuración, pudieran recibirlas en un momento muy posterior, ligado a la propia evolución temporal de la situación de la economía española.