



COMISIÓN EUROPEA

Bruselas, 10.02.2012
swd(2012)14

DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

Documento de orientación relativo a la financiación, la reestructuración y la privatización de empresas de propiedad estatal con arreglo a las normas sobre ayudas estatales

DOCUMENTO DE TRABAJO DE LOS SERVICIOS DE LA COMISIÓN

Documento de orientación relativo a la financiación, la reestructuración y la privatización de empresas de propiedad estatal con arreglo a las normas sobre ayudas estatales

ÍNDICE

1.	Introducción	3
2.	Principios básicos.....	3
3.	Financiación de las EPE.....	6
4.	Reestructuración de las EPE	8
5.	Privatización de las EPE	10
6.	Conclusiones	15

1. INTRODUCCIÓN

En el contexto de la actual crisis económica y financiera se ha hecho evidente que algunas empresas de propiedad estatal («EPE») generan pérdidas y/o han acumulado cantidades importantes de deuda, lo que hace su viabilidad económica incierta. Para resolver los problemas a los que se enfrentan las EPE, diversos Estados miembros están tomando medidas, consistentes en financiación (por ejemplo, aportaciones de capital, condonación de deudas), reestructuración y/o privatización de las EPE, lo que potencialmente implica ayuda estatal. Una medida constitutiva de ayuda estatal no será ejecutada antes de haber sido aprobada por la Comisión. La compatibilidad de las medidas de ayuda estatal debe ser evaluada con arreglo al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea («TFUE»).

El objetivo del presente documento de orientación es sensibilizar en todos los Estados miembros en cuanto a las normas sobre ayudas estatales de la UE, que deben ser respetadas al efectuar la financiación, reestructuración y/o privatización de las EPE, y aclarar la forma en que la Comisión aplica los principios fundamentales sobre ayudas estatales. El presente documento de orientación se refiere exclusivamente a las normas existentes; los asuntos individuales se evaluarán en función de sus circunstancias.

El documento de orientación pretende también aclarar el impacto que las normas sobre ayudas estatales pueden tener en las políticas y decisiones de los Estados miembros que están aplicando programas de ajuste económico, que se han comprometido a reducir la presión sobre las finanzas públicas, entre otras cosas, mediante la reestructuración y/o privatización de las EPE. Muy especialmente, la Comisión anima a los Estados miembros que están aplicando vastos programas de privatización a mantenerse en estrecho contacto con ella con el fin de garantizar que cualquier cuestión relativa a ayudas estatales que pudiera surgir en la ejecución del programa se solventa satisfactoriamente en el momento oportuno. Esto ayudará a garantizar el mayor grado posible de seguridad jurídica y muy probablemente evitará litigios que podrían obstaculizar el proceso de privatización.

El presente documento de orientación es un documento de trabajo de los servicios de la Comisión con fines informativos. No representa una posición oficial de la Comisión sobre este tema, ni prejuzga dicha posición. No pretende ser una afirmación jurídica ni prejuzga la interpretación de las disposiciones sobre ayudas estatales del Tratado por el Tribunal de Justicia o el Tribunal General de la Unión Europea. Salvo que se indique lo contrario, los principios contemplados en el presente documento de orientación son aplicables no solo a las EPE, de propiedad estatal total o parcial, sino más en general a cualquier participación que pueda tener una autoridad pública en una empresa, independientemente de si dicha autoridad pública ejerce efectivamente el control sobre ella.

2. PRINCIPIOS BÁSICOS

Cuándo una medida constituye ayuda estatal

El artículo 107, apartado 1, del TFUE establece una definición general de ayuda estatal, que se compone de los cuatro elementos acumulativos expuestos a continuación:

- (1) La medida debe ser concedida por un Estado o mediante **fondos estatales**.

Según las normas sobre ayudas estatales, el Estado no es solo la administración central sino todos los niveles de gobierno (es decir, regiones, ayuntamientos, etc.). Merecen especial atención las empresas públicas puesto que sus acciones pueden en muchos casos considerarse imputables al Estado y pueden implicar fondos estatales.

La medida puede consistir en una transferencia positiva de fondos estatales (por ejemplo, un préstamo o una subvención), pero también en una transferencia negativa, como es el caso cuando el Estado renuncia a ingresos que normalmente habría percibido (por ejemplo, mediante una exención fiscal o la renuncia a una deuda).

- (2) Debe haber una **ventaja selectiva** (la medida debe favorecer a determinadas empresas, la producción de determinados bienes o la prestación de determinados servicios).

El beneficiario de la medida debe ser una empresa. Con arreglo a las normas sobre ayudas estatales, este es un criterio funcional: lo que cuenta es la naturaleza económica de la actividad y si el beneficiario suministra un bien o presta un servicio en el mercado, más que su forma jurídica o si tiene ánimo de lucro.

El artículo 107 y siguientes del TFUE sobre ayudas estatales se aplican indistintamente a las empresas públicas o privadas. Esto es consecuencia del artículo 345 del TFUE, que consagra el principio de neutralidad con respecto al sistema de la propiedad, así como la jurisprudencia de los tribunales de la UE, que también han reconocido el principio de igualdad entre empresas públicas y privadas.

Una medida concede una ventaja al beneficiario cuando le otorga un beneficio financiero o comercial que esta empresa no habría podido obtener en el mercado (generalmente porque el Estado otorgó el beneficio gratuitamente o a cambio de una remuneración insuficiente). El comportamiento normal de mercado es la referencia utilizada para evaluar todos los tipos de transacciones económicas realizadas por las autoridades públicas. Para determinar qué constituye un comportamiento normal de mercado, la Comisión aplica la prueba del inversor en una economía de mercado, que se explica con más detalle en la sección 5.

La ventaja debe también ser selectiva, es decir, debe favorecer a determinadas empresas, regiones y/o actividades económicas en detrimento de otras. Obsérvese que una medida que sea formalmente neutra (es decir, que sobre el papel esté abierta a cualquiera) puede *de facto* ser selectiva si en la práctica solo se aplica a determinadas empresas.

- (3) Debe haber un **falseamiento de la competencia** (potencial).

Si una medida aportada por el Estado refuerza (o pudiese reforzar) la situación competitiva de la empresa beneficiaria frente a la de sus competidores, puede considerarse que la competencia queda falseada. Según el TFUE, que establece que la medida debe falsear o amenazar falsear la competencia, no es necesario que la competencia se falsee efectivamente.

- (4) Debe **afectar a los intercambios comerciales** entre Estados miembros.

Este criterio ha sido también ampliamente interpretado por los tribunales de la UE. De hecho, es suficiente con que la empresa beneficiaria suministre bienes o preste un servicio que pueda comerciarse entre Estados miembros. En este sentido, una medida puede también afectar a los intercambios comerciales incluso si la empresa beneficiaria no se dedica al comercio intracomunitario.

En caso de que una medida cumpla los cuatro criterios acumulativos, constituye ayuda estatal, lo que en principio está prohibido por el artículo 107, apartado 1, del TFUE. Sin embargo, el artículo 107, apartados 2 y 3, del TFUE establece una serie de condiciones en las cuales una ayuda estatal será, o podrá ser considerada compatible con el mercado interior y, por consiguiente, podrá ser autorizada por la Comisión (que tiene la competencia exclusiva para declarar una ayuda estatal compatible con el mercado interior). Sobre la base de estas disposiciones, la Comisión ha publicado instrumentos detallados y documentos de orientación con el fin de aclarar los criterios que aplica al evaluar la compatibilidad de las ayudas estatales¹.

Elementos esenciales de los procedimientos de ayuda estatal ante la Comisión

- Todas las medidas de ayuda estatal (medidas individuales y regímenes de ayuda) tienen que ser notificadas a la Comisión para su aprobación y no deben entrar en vigor antes de que la Comisión haya adoptado una decisión por la que las autorice («obligación de suspensión»)². Toda la ayuda ejecutada antes de ser aprobada por la Comisión se considera ayuda ilegal y puede tener que ser recuperada del beneficiario con intereses.
- Una vez notificada una medida, la Comisión tiene que adoptar una decisión en el plazo de dos meses. Este plazo comienza a contar cuando la notificación está completa y la Comisión dispone de toda la información necesaria.
- Cuando la notificación está completa, la Comisión puede decidir i) que la medida no constituye ayuda estatal, ii) que constituye ayuda estatal pero es compatible con el mercado interior (y, por consiguiente, se autoriza), o iii) que tiene dudas de que la ayuda sea compatible con el mercado interior y decide incoar un procedimiento de investigación formal.
- Si la Comisión decide incoar un procedimiento de investigación formal, efectuará una evaluación pormenorizada de la medida y de sus posibles motivos de compatibilidad. La apertura del procedimiento de investigación formal no prejuzga la decisión final de la Comisión. No hay un plazo vinculante para el procedimiento de investigación formal, aunque la Comisión hará todo lo posible por adoptar una decisión en un periodo de 18 meses desde la apertura del procedimiento³.
- Un investigación formal concluye mediante una decisión final de la Comisión por la que se establece i) si la medida constituye ayuda estatal, y, en tal caso, ii) si es compatible con el mercado interior y puede ser ejecutada sin problemas, o iii) si es incompatible y no debe

¹ Todas las normas figuran en http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/legislation.html.

² Hay, no obstante, algunas excepciones a la obligación de notificación previa. Véase por ejemplo el Reglamento (CE) n° 994/98 del Consejo, de 7 de mayo de 1998, sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea a determinadas categorías de ayudas de Estado horizontales (DO L 142 de 14.5.1998, p. 1), y el Reglamento (CE) n° 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado (Reglamento general de exención por categorías) (DO L 214 de 9.8.2008, p. 3).

³ Véase el artículo 7, apartado 6, del Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE (DO L 83 de 27.3.1999, p. 1). Este plazo podrá ampliarse de común acuerdo entre la Comisión y el Estado miembro interesado.

ser ejecutada (si ya se ha ejecutado, la Comisión generalmente ordenará al Estado miembro que recupere la ayuda del beneficiario).

La Comisión considerará, por otra parte, las denuncias de competidores, ciudadanos, etc., sobre cuestiones de ayudas estatales potenciales y puede también incoar una investigación a iniciativa propia. Así pues, si una medida de apoyo no se notifica a la Comisión para su aprobación antes de ser concedida, existe un riesgo evidente de litigio y posibles problemas en la ejecución de la misma, dado que podría constituir ayuda estatal ilegal. Cabe también señalar que un órgano jurisdiccional nacional al que se acuda (por ejemplo, un competidor) para evaluar si una medida constituye ayuda estatal puede ordenar la suspensión o la anulación de la medida y que se recupere la ayuda⁴.

La Comisión también ha puesto en marcha un **procedimiento de notificación previa específico**, destinado a asistir de manera informal al Estado miembro a preparar sus notificaciones. Este procedimiento también pueden utilizarlo Estados miembros que busquen asesoramiento para determinar si una medida se consideraría ayuda estatal. Las notificaciones previas se llevan a cabo de **manera informal** al tiempo que se respeta debidamente la **confidencialidad**.

3. FINANCIACIÓN DE LAS EPE

Las autoridades públicas pueden decidir aportar financiación a las EPE en el contexto de procesos de reestructuración/privatización. En tal caso, las medidas concedidas en condiciones de mercado y a cambio de un rendimiento que sería satisfactorio para un propietario o inversor privado del mismo sector, no constituyen ayuda estatal y no necesitan ser notificadas. No sería este el caso cuando se aporta nuevo capital en condiciones que no resultarían aceptables a un inversor privado que operase en las condiciones imperantes en el mercado. Por ejemplo, i) cuando la situación financiera de la empresa y, especialmente, la estructura y volumen de su endeudamiento sean tales que no quepa esperar un rendimiento normal (en dividendos o ganancias de capital), del capital invertido en un plazo de tiempo razonable; ii) cuando por cualquier motivo, por ejemplo, un flujo de tesorería insuficiente, la empresa no pudiera obtener los fondos precisos para el programa de inversión en el mercado de capitales; iii) cuando la participación sea a corto plazo, fijándose de antemano su duración y precio de venta de forma que el rendimiento para el proveedor de capital sea considerablemente inferior del que hubiera podido obtener con una inversión en el mercado de capitales durante un período semejante; o iv) cuando la participación de las autoridades públicas lleve consigo la asunción o continuación de todas o parte de las operaciones inviables de una empresa en dificultades mediante la constitución de una nueva entidad jurídica.

Para las medidas de apoyo que cumplen las condiciones necesarias para ser consideradas ayuda estatal, existen una serie de motivos por los que la ayuda puede ser considerada

⁴ Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales (DO C 85 de 9.4.2009, p. 1). La Comunicación ofrece orientaciones sobre posibles soluciones a las infracciones a la obligación de suspensión, tales como el reembolso de la ayuda ilegal, la reparación de los daños y perjuicios, dictar medidas cautelares o el pago de intereses. Establece además dos mecanismos de consulta para los órganos jurisdiccionales nacionales, que pueden solicitar a la Comisión información que obre en su poder y/o que se pronuncie sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales.

compatible con el mercado interior. Excede el ámbito del presente documento de orientación resumir los numerosos motivos de compatibilidad, aunque los siguientes parecen potencialmente válidos en el contexto de los programas de ajuste económico: ayudas de salvamento y reestructuración⁵, ayudas de finalidad regional⁶, ayudas a la formación⁷, ayudas de investigación, desarrollo e innovación⁸, etc. Cuando no concurren estos motivos de compatibilidad, la financiación de las EPE conllevará, en principio, ayuda estatal incompatible.

A los servicios públicos, denominados en los tratados servicios de interés económico general («SIEG»), se les aplican normas específicas. Los SIEG son actividades económicas que las autoridades públicas consideran de especial importancia para los ciudadanos y que no se prestarían (o se prestarían en condiciones distintas) si no hubiera intervención pública⁹. En su sentencia *Altmark*, el Tribunal de Justicia detalló las condiciones acumulativas en las que la compensación por la prestación de un SIEG no constituye ayuda estatal¹⁰. El nuevo paquete SIEG, adoptado por la Comisión el 20 de diciembre de 2011, aclara las condiciones en las que la ayuda estatal consistente en compensación por servicio público puede ser considerada compatible con las normas de la UE¹¹.

⁵ Véanse las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis, DO C 244 de 1.10.2004, p. 2.

⁶ Véanse en particular las Directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional para el período 2007-2013, DO C 54 de 4.3.2006, p. 13.

⁷ Véase la Comunicación de la Comisión sobre los criterios para el análisis de compatibilidad de ayudas estatales de formación sujetas a notificación individual, DO C 188 de 11.8.2009, p. 1.

⁸ Véase el Marco comunitario sobre ayudas estatales de investigación y desarrollo e innovación, DO C 323 de 30.12.2006, p. 1.

⁹ Los SIEG van desde los grandes servicios comerciales (industrias de red como los servicios postales, el suministro energético, los servicios de comunicaciones electrónicas o los servicios de transporte público) a toda una serie de servicios sanitarios y sociales (por ejemplo, los servicios de atención a ancianos y discapacitados).

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24.7.2003 en el asunto C-280/01, *Altmark Trans GmbH*, Rec.2003, p. I-7747. La compensación por la prestación de SIEG no equivale a ayuda estatal al no haber una ventaja – y, por lo tanto, no está sujeta a la notificación previa ni a la aprobación de la Comisión – si se reúnen cuatro condiciones acumulativas: i) debe encomendarse al beneficiario una misión de servicio público claramente definida; ii) los parámetros de cálculo del pago de la compensación deben estar fijados previamente de forma objetiva y transparente; iii) la compensación no puede superar los costes incurridos en el desempeño del servicio público menos los ingresos obtenidos por la prestación del servicio público más un beneficio razonable; y iv) la elección del beneficiario se realice a través de una licitación o la compensación no sea superior a los costes de una empresa bien gestionada que esté adecuadamente equipada con medios para prestar el servicio público.

¹¹ Véase la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas de la Unión Europea en materia de ayudas estatales a las compensaciones concedidas por la prestación de servicios de interés económico general, DO C 8 de 11.1.2012, p. 4; la Decisión de la Comisión relativa a la aplicación de las disposiciones del artículo 106, apartado 2, del TFUE a las ayudas estatales en forma de compensación por servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, DO L 7 de 11.01.2012, p. 3; y la Comunicación de la Comisión – Marco de la Unión Europea sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público, DO C 8 de 11.1.2012, p. 15.

Para poder establecer la presencia o ausencia de compensación excesiva, la Directiva de transparencia¹² dispone que las empresas que reciban compensación y operen tanto servicios públicos como en otros mercados deben llevar cuentas separadas de sus distintas actividades. En el caso de empresas públicas – definidas en la Directiva de transparencia como aquellas empresas en las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante – los Estados miembros deben garantizar la transparencia en cuanto a los fondos públicos que se ponen a su disposición y la utilización efectiva de dichos fondos. Esta obligación de transparencia se aplica en particular a la compensación de las pérdidas de explotación, las aportaciones en capital o en dotación, las aportaciones a fondo perdido o los préstamos en condiciones privilegiadas, la renuncia a una remuneración normal de los fondos públicos comprometidos y la compensación de las cargas impuestas por los poderes públicos.

4. REESTRUCTURACIÓN DE LAS EPE

En algunos casos, los Estados miembros pueden intentar maximizar el producto resultante de la privatización mediante una reestructuración previa de la empresa objeto de privatización, con el fin de suscitar el interés de potenciales compradores. Por consiguiente, en el contexto de la privatización de las EPE parece oportuno hacer un breve resumen de las normas principales sobre las ayudas de reestructuración.

Como principio general, puede descartarse la ayuda estatal en el marco de una reestructuración si las medidas se conceden en condiciones de mercado, es decir, si las medidas habrían sido comercialmente razonables para propietarios o acreedores privados de la empresa en circunstancias similares. Si no puede descartarse claramente la ayuda estatal, entonces son necesarias la notificación y la aprobación previa de la Comisión antes de que se ejecute la reestructuración. La Comisión evalúa la compatibilidad de la medida basándose en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis («Directrices de salvamento y de reestructuración»)¹³.

Para poder acogerse a la ayuda de reestructuración, la empresa beneficiaria debe ser una **«empresa en crisis»** a tenor de los puntos 9 a 13 de las Directrices de salvamento y de reestructuración. En pocas palabras, una empresa en crisis es una empresa que es incapaz, con sus propios recursos financieros, o con los que están dispuestos a aportarle sus accionistas y acreedores, de enjugar pérdidas que la conducirán, de no mediar una intervención exterior de las autoridades públicas, a su desaparición económica casi segura a corto o medio plazo.

La ayuda debe estar supeditada a la ejecución de un plan de reestructuración destinado a **restablecer la viabilidad a largo plazo** del beneficiario sobre la base de supuestos realistas y en un plazo razonable. La empresa beneficiaria debe abandonar aquellas actividades que, incluso una vez realizada la reestructuración, sigan generando pérdidas estructurales. La Comisión debe autorizar el plan de reestructuración antes de que se ejecute.

¹² Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas (DO L 318 de 17.11.2006, p. 17).

¹³ Véase la nota a pie de página 5. Aunque con arreglo a las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración la ayuda de salvamento (consistente en asistencia temporal y reversible) también es posible, parece improbable que sea particularmente relevante para las EPE.

La ayuda debe también **limitarse al mínimo** necesario. Se esperará que el beneficiario haga una contribución significativa a la reestructuración con cargo a sus propios recursos o mediante financiación externa obtenida en condiciones de mercado. La contribución debe ser real, es decir auténtica, sin incluir ningún beneficio previsto en el futuro como puede ser el flujo de tesorería, y debe ser lo mas alta posible. El alcance de la contribución propia para grandes empresas debe ser normalmente un importe del 50% de los costes de reestructuración como mínimo¹⁴.

Hay que señalar que también se exigirán **contrapartidas** para garantizar que el falseamiento de la competencia por el hecho de que la ayuda permita a la empresa seguir en activo es el mínimo posible. Estas medidas pueden incluir la venta de activos, la reducción de la capacidad o de la presencia en el mercado, la disminución de los obstáculos a la entrada en el mercado, etc.¹⁵, en función del caso específico y de los falseamientos de la competencia detectados. Sin embargo, esta condición no se aplicará normalmente a las pequeñas empresas, puesto que puede asumirse que la ayuda *ad hoc* para pequeñas empresas normalmente no falsea la competencia en forma contraria al interés común¹⁶. Las condonaciones y el cierre de actividades que generen pérdidas que hubieran sido necesarios en cualquier caso para restablecer la viabilidad no se considerarán contrapartidas.

Por último, el principio de **ayuda única** también debe ser respetado: no puede concederse ayuda de reestructuración a una empresa que se haya beneficiado de ayuda de reestructuración en los 10 años anteriores.

La venta de una EPE puede contribuir a hacer compatible la ayuda de reestructuración, siempre y cuando el adquirente aporte nueva financiación a la empresa. Esa financiación puede demostrar la confianza del mercado en el restablecimiento de la viabilidad de la empresa a largo plazo. Generalmente puede considerarse «contribución real» a tenor del punto 43 de las Directrices de salvamento y de reestructuración.

Aunque los principios generales de la ayuda de reestructuración se aplican a todos los sectores de la economía, se aplican normas y condiciones específicas a la reestructuración de empresas en los sectores de la agricultura,¹⁷ la pesca,¹⁸ financiero¹⁹ y de transportes²⁰.

¹⁴ Para pequeñas empresas debe ser de al menos el 25%, y para empresas medianas de al menos el 40%. En todos los tipos de empresas, la Comisión puede aceptar una contribución menos elevada en circunstancias excepcionales y en casos de dificultades especiales, que deben ser demostradas por el Estado miembro.

¹⁵ En el caso de regiones subvencionadas en virtud del artículo 107, apartado 3, letras a) y c) del TFUE, las condiciones para la autorización de la ayuda podrán ser menos estrictas en lo que respecta a la introducción de contrapartidas y a la dimensión de la contribución del beneficiario. Véanse los puntos 55 y 56 de las Directrices de salvamento y de reestructuración.

¹⁶ Véase el punto 41 de las Directrices de salvamento y de reestructuración.

¹⁷ Véase en particular el capítulo 5 de las Directrices de salvamento y de reestructuración así como las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales al sector agrario y forestal 2007-2013, DO C 319 de 27.12.2006, p. 1.

¹⁸ Directrices para el examen de las ayudas estatales en el sector de la pesca y la acuicultura, DO C 84 de 3.4.2008, p. 10.

¹⁹ Véase en particular la Comunicación de la Comisión: La recuperación de la viabilidad y la evaluación de las medidas de reestructuración en el sector financiero en la crisis actual con arreglo a las normas sobre ayudas estatales, DO C 95 de 19.8.2009, p. 9. Téngase en cuenta que esta Comunicación, así como el resto de las comunicaciones adoptadas para el sector financiero en respuesta a la crisis

5. PRIVATIZACIÓN DE LAS EPE

Como se ha explicado anteriormente, el comportamiento normal de mercado es la referencia utilizada para evaluar la actuación de las autoridades públicas cuando participan en transacciones económicas. Este principio general también se aplica a las privatizaciones: para que una privatización no conlleve ayuda estatal, las autoridades públicas deben garantizar que se ha llevado a cabo en condiciones de mercado y que no se conceden ventajas (que habitualmente consisten en ingresos no percibidos) al comprador y/o a la empresa vendida. Este es el caso especialmente de las empresas muy endeudadas, para las que la liquidación es una opción plausible.

Para identificar o excluir la presencia de ayuda estatal, la Comisión se basa en el denominado principio del inversor en una economía de mercado («PIEM»). Para determinar si se ha concedido una ventaja y su alcance, se debe comparar la actuación de las autoridades públicas con lo que un operador en el mercado normal habría hecho en las mismas circunstancias²¹. A efectos de la evaluación del PIEM, solo se considerarán aquellos costes que habría soportado un operador privado que se encontrara en la misma situación y no los costes o pérdidas que el Estado soportaría como autoridad pública²².

Si la prueba muestra que un operador en el mercado normal habría hecho lo mismo que el Estado, entonces puede descartarse la presencia de una ventaja y, por tanto, no hay ayuda estatal. Cuando el Estado invierte en una empresa conjuntamente (concomitantemente) con un inversor privado en circunstancias comparables y en las mismas condiciones, constituye una prueba sólida de que se cumple la prueba del PIEM. No obstante, es necesario que la inversión del operador privado sea importante y que su comportamiento no esté influenciado por el del Estado.

En un contexto de privatización, el PIEM se traduce en el principio del vendedor en una economía de mercado («PVEM»), es decir, el supuesto de que un vendedor privado que pretenda vender su empresa lo haría al precio más alto posible y sin imponer condiciones que probablemente rebajaran el precio. De la misma manera, al vender una empresa de propiedad pública (o activos de la misma), el Estado miembro – para descartar la presencia de ayuda estatal – debe en principio comportarse como un vendedor en una economía de mercado, buscando maximizar los ingresos (o minimizar la pérdida) de la venta. Si el Estado miembro se comporta de otra forma, la privatización puede implicar una pérdida de recursos estatales

económica y financiera, constituyen normas temporales y tienen una base jurídica diferente de las Directrices de salvamento y de reestructuración, en concreto el artículo 107, apartado 3, letra b), del TFUE.

²⁰ Véanse por ejemplo las Directrices comunitarias sobre las ayudas estatales a las empresas ferroviarias, DO C 184 de 22.7.2008, p. 13, o las Directrices sobre la aplicación de los artículos 92 y 93 del Tratado CE y del artículo 61 del acuerdo EEE a las Ayudas estatales en el sector de la aviación, DO C 350 de 10.12.1994, p. 5.

²¹ Obsérvese que la presencia o ausencia de un mercado disfuncional y una deficiencia de mercado (por ejemplo, precios temporalmente bajos debido a circunstancias externas negativas o aversión excesiva al riesgo) es irrelevante para determinar la presencia o ausencia de ayuda. No obstante, las deficiencias de mercado u otras justificaciones potenciales de la ayuda pueden tomarse en cuenta al decidir sobre la compatibilidad de la ayuda.

²² Las potenciales circunstancias externas positivas de la medida no son relevantes para la evaluación de la presencia de ayuda (que se centra en la presencia de una ventaja selectiva para la empresa). Sin embargo, pueden ser consideradas en la posterior evaluación de la compatibilidad de la ayuda.

en beneficio del comprador o de la empresa privatizada, lo que presumiblemente constituye ayuda estatal.

Medidas preparatorias para facilitar la posterior privatización de las EPE

Para que la empresa resulte más interesante a los compradores potenciales, los Estados miembros puede decidir «sanear» o reestructurar la parte de activos y/o la parte de deuda del balance de la empresa. Estas medidas preparatorias para la privatización de las EPE en muchas ocasiones implicarán ayuda estatal, posiblemente en forma de ayuda de reestructuración (véase la sección 4) o como medidas financieras puras sin que lleven aparejados cambios del modelo empresarial o de gobernanza corporativa de la empresa (véase la sección 3). En particular, la condonación de deuda del Estado, el intercambio de deuda por acciones y las ampliaciones de capital antes de la privatización constituirán ayuda estatal si no respetan el PIEM antes expuesto.

No obstante, no puede excluirse desde un principio que las autoridades públicas aporten apoyo en condiciones de mercado, descartando así la ayuda estatal puesto que se respetaría el PIEM. Por ejemplo, en el caso de una privatización mediante oferta pública inicial («OPI») o venta de acciones en bolsa, puede condonarse o reducirse la deuda sin que por ello haya ayuda estatal en el caso específico de que los ingresos obtenidos mediante la venta en bolsa superen la reducción de la deuda.

La Decisión de la Comisión sobre las medidas ejecutadas por Polonia a favor de *PZL Hydral* (C 40/2008) ilustra un ejemplo de gestión de la deuda y privatización.

Las medidas incluían la liquidación de antiguas deudas de acreedores públicos con la condición de la venta ordenada de los activos de PZL Hydral, y la Comisión tuvo que aplicar *ex post* el principio del acreedor en una economía de mercado²³. Tras examinar la hipótesis de contraste de la quiebra ordinaria, teniendo en cuenta la calificación y las respectivas garantías con que cuentan los acreedores públicos, la Comisión concluyó que «todos los acreedores públicos [...] salen ganando en el caso de venta de todos los activos de PZL Hydral, es decir, todos recuperan una mayor proporción de los importes que se les adeudan que en la hipótesis de quiebra».

Por otra parte, a PZL Wroclaw, una empresa asociada, le concedió préstamos su propietario público. Dado que los problemas de la empresa hacían incierto su reembolso, el propietario/acreedor decidió canjear los préstamos por acciones, con el objetivo de privatizar la compañía y recuperar parte de la deuda. Teniendo en cuenta el precio obtenido por la venta de la empresa, la Comisión concluyó que el acreedor «razonablemente no podía esperar recuperar más de sus créditos con el procedimiento de quiebra». Por consiguiente, el intercambio de deuda por acciones se consideró conforme al mercado.

²³ La prueba del PIEM también debe llevarse a cabo cuando el Estado actúa en calidad de acreedor y entonces se denomina el principio del acreedor en una economía de mercado («PAEM»).

Proceso de ventas para entidades, acciones, derechos, bienes inmuebles y terrenos

El XXIII Informe sobre la política de competencia²⁴ de la Comisión ofrece orientaciones sobre cómo interpreta la Comisión las condiciones en las que puede considerarse que el Estado se comporta como un vendedor en una economía de mercado en el contexto de las privatizaciones.

Cuando la privatización se efectúa mediante una OPI o una **venta de acciones en bolsa**, generalmente se presume que se realiza en condiciones de mercado (puesto que el precio será el precio de mercado) y no constituye ayuda estatal. Por consiguiente, no hay obligación de notificar previamente la operación a la Comisión. No obstante, este método no siempre es aplicable y en un contexto de crisis económica y financiera como el actual, podría llevar a una valoración baja de la compañía que se privatiza.

Cuando se privatiza una compañía mediante una **venta comercial**, es decir, una venta de la compañía total o parcialmente a otras compañías **fuera de la bolsa**, se deben observar las siguientes condiciones acumulativas con el fin de descartar, sin otro examen, la presencia de ayuda estatal y, por tanto, la notificación previa a la Comisión:

- debe celebrarse una licitación competitiva que esté abierta a todos los que quieran participar, transparente y no condicionada a la realización de otros actos tales como la adquisición de otros activos que aquellos por los que se haga una oferta o la operación continuada de determinadas actividades;
- la empresa/activos deben ser vendidos al mejor postor; y
- los licitadores deben disponer de tiempo e información suficientes para realizar su propia valoración de los activos como base para su oferta.

Si no se cumplen las citadas condiciones, las privatizaciones efectuadas mediante venta comercial deben ser notificadas a la Comisión. Es especialmente así en caso de i) ventas tras negociación con un único posible comprador o una serie de licitadores seleccionados; ii) ventas precedidas por la condonación de deuda por el Estado, otras empresas públicas o cualquier organismo público, y ventas precedidas por la conversión de deuda por acciones o ampliaciones de capital (véase la sección sobre medidas preparatorias); y iii) ventas en condiciones que no son habituales en transacciones comparables entre partes privadas.

En todos los casos, no debe haber discriminación por razón de la nacionalidad de los posibles compradores de las acciones o los activos.

Con el fin de minimizar el riesgo de que exista ayuda estatal, las privatizaciones deben llevarse a cabo – cuando sea posible – mediante **venta de acciones en bolsa**. En la alternativa, el método preferido es una **licitación competitiva que sea abierta, transparente e incondicional**, en la que el mejor postor consiga los activos/empresa.

La licitación competitiva debe ser **suficientemente anunciada**, es decir, debe ser publicada durante un periodo razonablemente largo en la prensa nacional, en revistas inmobiliarias y/u

²⁴ Puede consultarse en http://bookshop.europa.eu/is-bin/INTERSHOP.enfinity/WFS/EU-Bookshop-Site/en_GB/-/EUR/ViewPublication-Start?PublicationKey=CM8294650.

otras publicaciones adecuadas. Si la privatización puede interesar a inversores que operan a nivel europeo o internacional, deberá anunciarse en publicaciones de circulación periódica de carácter internacional. Tales ofertas deberán darse asimismo a conocer a través de agentes de la propiedad que trabajen con clientes que operen a nivel europeo o internacional.

Se considerará que la licitación es **incondicional** cuando cualquier comprador, independientemente de si ejerce o no una actividad económica y de la naturaleza de la misma, puede adquirir los activos o la compañía y destinarlos a sus propios fines. Según práctica reiterada de la Comisión confirmada por la jurisprudencia²⁵, supeditar la venta de una empresa a condiciones que un operador en el mercado no impondría justifica la presunción de que pueda haber elementos de ayuda estatal. Un vendedor en una economía de mercado normalmente vendería su empresa al precio más elevado sin imponer condiciones que rebajaran el precio. Habrá que demostrar en cada caso que las condiciones impuestas al adquiriente no dan lugar a ayuda estatal.

Por ejemplo, pueden imponerse condiciones para evitar ofertas meramente especulativas o para garantizar el pago rápido y seguro. La existencia de tales condiciones es irrelevante desde la perspectiva de las ayudas estatales y no haría que la licitación fuera condicional. Además, las condiciones para evitar las actividades que alteren el orden público o por motivos de protección del medio ambiente no harían que la licitación fuera condicional si simplemente exigen el cumplimiento de obligaciones que ya establecía la legislación.

Por otra parte, una licitación se considerará condicional (y que, por tanto, conlleva ayuda estatal) si se desvía de la buena práctica limitando artificialmente el número de compradores potenciales, dirigiendo la venta a favor de alguno de ellos o discriminando entre distintas estrategias empresariales. Por ejemplo, se considerará condicional una licitación que imponga una condición que haga prácticamente imposible que un inversor potencial que tenga intención de seguir una estrategia industrial diferente gane el contrato simplemente ofreciendo el precio más alto. La Comisión no se limitará a evaluar las condiciones contempladas expresamente en la oferta sino que también examinará las condiciones *de facto*.

Para evitar implicaciones de ayudas estatales, las condiciones (expresas o *de facto*) relativas a la privatización deben ser de índole tal que **todos los compradores potenciales puedan cumplirlas y no deben poder inducir un precio de venta inferior**.

En *Automobile Craiova* (Decisión de la Comisión C 46/2007), Rumanía impuso condiciones para la privatización de la empresa consistentes en criterios de concesión, tales como mantener un nivel de integración de la producción y alcanzar un determinado nivel de producción. Tras la apertura del procedimiento de investigación formal, la Comisión concluyó que «las condiciones asociadas [...] provocaron la caída del precio de venta y disuadieron a los demás licitadores

²⁵

Véase la Decisión de la Comisión de 25.3.1992 en el asunto C 29/1990 (ex NN 88/1989), Intelhorse SA – España, DO L 176 de 30.6.1992, p. 57; la Decisión de la Comisión en el asunto C 38/1992, Alumix – Italia, DO C 288 de 1.10.1996, p. 4; y la Decisión de la Comisión de 8.9.1999 en el asunto C 73/1997, Stardust Marine – Francia, DO C 206 de 15.8.2000, p. 6. El Tribunal de Justicia respaldó este principio en los asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280/92, España/Comisión, Rec. 1994, p. I-4103, apartado 28.

potenciales de presentar ofertas. En consecuencia, el Estado renunció a ingresos de la privatización».

También en su Decisión 1999/720/CE relativa a las ayudas estatales concedidas por Alemania a favor de *Gröditzer Stahlwerke*, la Comisión concluyó que el procedimiento de privatización de la empresa no era incondicional. Se pidió a los interesados que presentaran un plan empresarial en el que expusieran compromisos detallados en cuanto a los puestos de trabajo que se iban a crear o mantener, futuras inversiones y financiación. La Comisión señaló en su Decisión que los compromisos contraídos en última instancia influenciaron el precio negociado de compra. Como resultado, la Comisión concluyó que la operación implicaba ayuda estatal incompatible y ordenó su recuperación.

Por el contrario, la Comisión consideró en su Decisión sobre la privatización de *Tractorul* (C 41/2007) que las condiciones asociadas a la licitación eran simples cláusulas de esfuerzo razonable de carácter no vinculantes, que no disuadían a los posibles licitadores y que no bajaron el precio.

El cumplimiento de las normas y principios sobre ayudas estatales en los procesos de privatización, en particular celebrando licitaciones competitivas abiertas a todos los que se quieran presentar, transparentes y no discriminatorias, garantizará que no haya elementos de ayuda y un planteamiento que busque conseguir los máximos ingresos en las privatizaciones.

En el caso especial de una **venta caracterizada por un precio negativo** (es decir, cuando el Estado invierte más en preparar la venta de la compañía de lo que reporta la privatización), debe señalarse que una licitación abierta, transparente e incondicional no es en sí misma suficiente para descartar una ayuda estatal. En tal caso, el precio negativo tendría que compararse con el resultado de una liquidación (o quiebra) de la EPE para garantizar que el Estado ha elegido la opción económicamente más racional y ha minimizado sus pérdidas.

En la venta de terrenos y construcciones de propiedad pública, cuando los poderes públicos no tengan la intención de recurrir al procedimiento de licitación incondicional, existe también la posibilidad de determinar el valor de mercado del activo en venta mediante una tasación a cargo de uno o más tasadores de activos independientes antes de las negociaciones basándose en indicadores de mercado y en criterios de evaluación²⁶.

No se puede descartar que un procedimiento distinto de la venta de acciones en bolsa o una licitación abierta, transparente e incondicional pueda sin embargo garantizar que se respeta el PVEM y que no exista ventaja. Cuando así sea, la Comisión concluirá que no existe ayuda estatal. Para garantizar que no hay ayudas para el comprador ni/o para la compañía, el Estado miembro tendrá que asegurarse de que se elige la mejor opción jurídica para maximizar los beneficios y que otras alternativas no serían tan buenas.

²⁶ Véase la Comunicación de la Comisión relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos, DO C 209 de 10.7.1997, p. 3

6. CONCLUSIONES

- Para salvaguardar el mercado interior, es esencial **garantizar el respeto de las normas sobre ayudas estatales** en toda circunstancia²⁷. Esta obligación incumbe a todos los Estados miembros con arreglo al TFUE.
- Se recomienda encarecidamente a los Estados miembros que utilicen **el procedimiento de notificación previa** en todas las ayudas estatales que tengan previsto conceder a las EPE. Este procedimiento también puede utilizarse para pedir asesoramiento sobre si una medida dada conlleva ayuda estatal.
- Si es necesaria una notificación, se pide a los Estados miembros que **presenten notificaciones lo más completas y detalladas posible**. Ninguna ayuda estatal se llevará a efecto hasta que la Comisión haya adoptado una decisión por la que la autorice (**obligación de suspensión**).
- En todos los tipos de privatizaciones, incluida la venta de terrenos y construcciones, la Comisión recomienda encarecidamente a los Estados miembros que recurran a **licitaciones competitivas** y cuando sea posible a las buenas prácticas de OPI o venta de acciones en bolsa. De esta manera se garantizará un planteamiento que busque conseguir los máximos ingresos de la privatización y la mayor seguridad jurídica posible.
- Cuando estén previstas privatizaciones a gran escala, se recomienda encarecidamente a los Estados miembros que implanten cuanto antes una **estrategia global sobre las EPE** (por privatizar o no, por reestructurar o no), implicando todos los niveles necesarios de la administración pública. Esto permitirá también la detección temprana de casos potencialmente problemáticos desde la perspectiva de las ayudas estatales. Los Estados miembros deben considerar además establecer un **punto de contacto central** para las ayudas estatales y las cuestiones relativas a las EPE para facilitar la comunicación con la Comisión y la gestión efectiva de las ayudas estatales.

²⁷

El cumplimiento de las normas sobre ayudas estatales no prejuzga la obligación de cumplir otras normas relevantes de la UE, incluidas las normas sobre el mercado interior.