

**PARTE III**  
***SOFT LAW* POSITIVO**



SOFT LAW: ASPECTOS TEÓRICOS  
Y PROBLEMAS PRÁCTICOS

Juan José Iniesta Delgado

Álvaro Núñez Vaquero (eds.)

ISBN: 978-84-1381-930-3

Madrid, 2025

pp. 203-226

DOI: 10.37417/soft-law/07

Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales

Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

## EL *SOFT LAW* EN LA UNIÓN EUROPEA

Juan Jorge PIERNAS LÓPEZ\*  
Universidad de Murcia

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN Y RELEVANCIA.— 2. EL *SOFT LAW* Y LA DEFINICIÓN DE AYUDA DE ESTADO.— 3. EL *SOFT LAW* Y LA COMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS DE ESTADO: 3.1. El *soft law* como instrumento normativo ante la reticencia de los Estados; 3.2. El *soft law* como instrumento de integración positiva; 3.3. El *soft law* como respuesta en tiempos de crisis: 3.3.1. *El soft law y la crisis financiera*; 3.3.2. *La pandemia covid-19*; 3.3.3. *La crisis de Ucrania*.— 4. EL *SOFT LAW* Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE AYUDAS ESTATALES POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.— 5. CONCLUSIONES.— BIBLIOGRAFÍA

### 1. INTRODUCCIÓN: DEFINICIÓN, CLASIFICACIÓN Y RELEVANCIA

En la Unión Europea (UE) los actos de *soft law* o derecho indicativo fueron definidos en los años noventa por SNYDER con una fórmula que se sigue citando con frecuencia. Según este académico, estos actos son «normas de conducta que en principio no tienen fuerza jurídica vinculante pero que sin embargo pueden tener efectos prácticos» (traducción del autor) (1994:198). No obstante, como se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), los actos de *soft law* de la UE no solo tienen efectos prácticos, sino que también despliegan efectos jurídicos. En efecto, con otra formulación no menos conocida, el Tribunal de Justicia concluyó que estos actos «no pueden ser considerados como carentes en absoluto

---

\* Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales y titular de la Cátedra Jean Monnet (TEULP), Universidad de Murcia (España).

de efectos jurídicos»<sup>1</sup>. El Abogado General Bobek se ha referido más recientemente a ellos como «una clase de normas imperfectas: por un lado, tienen el claro objetivo normativo de inducir a su cumplimiento a sus destinatarios. Por otro, no llevan aparejado ningún mecanismo de coerción directa»<sup>2</sup>.

Los actos de derecho indicativo de la Unión Europea suelen clasificarse en típicos y atípicos, los primeros son los que figuran en los Tratados expresamente, y los segundos los que no aparecen citados en los mismos. Entre los actos típicos destacan los previstos en el art. 288, apartado 5, TFUE, esto es, las recomendaciones y los dictámenes. El Tratado los define como actos jurídicos mediante los que se ejercen las competencias de la Unión por parte de las instituciones europeas, junto con los reglamentos, las directivas y las decisiones, en el primer apartado del art. 288 TFUE. Este artículo añade en su quinto apartado que «[l]as recomendaciones y los dictámenes no serán vinculantes». Siendo las recomendaciones y dictámenes los actos de derecho indicativo típico más relevantes no son, como ha señalado SARMIENTO, los únicos, habida cuenta de que los Tratados prevén otros actos de *soft law* como la «declaración» que puede adoptar el Tribunal de Cuentas con arreglo al art. 287 TFUE (2022: 307). Por su parte, entre los actos de *soft law* atípicos se pueden destacar los «códigos de conducta» o las «directrices», actos que, a pesar de su carácter atípico, tienen efectos jurídicos y prácticos notables, como se expone más adelante.

En la doctrina pueden encontrarse otras clasificaciones. Por ejemplo, CHALMERS, DAVIES y MONTI dividen los actos de derecho indicativo en función de su finalidad como sigue: (i) Elaboración de normas (*Lawmaking*), siendo un ejemplo de este grupo el Método abierto de coordinación; (ii) la organización de la cooperación entre instituciones, un ejemplo sería el Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación de 2016<sup>3</sup>; (iii) instrumentos que incluyen compromisos sobre la conducta de una institución (por ejemplo, la Declaración común de 2007 sobre las modalidades prácticas del procedimiento de codecisión); e (iv) instrumentos que programan la legislación (por ejemplo, planes de acción para políticas europeas) (2019: 116-117).

Entre nosotros, el profesor ALONSO GARCÍA distinguió, de un lado, entre el *soft law ad intra* y el *soft law ad extra*. El primero se refiere a la cooperación entre instituciones de la Unión mientras que el segundo

<sup>1</sup> C-322/88, Salvatore Grimaldi contra Fonds des maladies professionnelles, EU:C:1989:646, apartado 18.

<sup>2</sup> Conclusiones del AG Bobek en el asunto C-16/16 P, Reino de Bélgica c. Comisión Europea, EU:C:2017:959, apartado 86.

<sup>3</sup> Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea sobre la mejora de la legislación, DO L 123 de 12.5.2016, p. 1/14.

tiene sus destinatarios fuera de la arquitectura institucional de la Unión. De esta forma, dentro del *soft law ad extra*, el profesor Alonso distingue, por sus funciones, entre (i) el *soft law* en cuanto avance del *hard law*, (ii) el *soft law* en cuanto alternativa al *hard law*, (iii) el *soft law* en cuanto complemento del *hard law*, y (iv) el *soft law* en cuanto parámetro de interpretación del *hard law* (2001: 63-94).

Con independencia de las distintas clasificaciones, los autores coinciden en la relevancia del *soft law*. ȘTEFAN *et al.* fijan los orígenes del *soft law* en dos comunicaciones relativas al derecho de la competencia de 1962 y señalan que el derecho indicativo supone más del 10 por 100 de todo el derecho de la UE (2019: 3). No obstante, como ha señalado DE WITTE, no todo acto atípico publicado por las instituciones, como estrategias, agendas, o informes de alto nivel, puede ser considerado como un acto de *soft law*, habida cuenta de que este tipo de actos constituyen documentos políticos más que instrumentos normativos destinados a orientar el comportamiento de las instituciones o de terceros. Como señala el profesor DE WITTE: «*Using the term soft law for those documents would be a misnomer, as they do not display any legal characteristics, whether hard or soft. They often announce or foreshadow legal developments, but are not sources of law themselves*» (2018: 211).

En todo caso, la creciente utilización del *soft law* por parte de las instituciones europeas resulta controvertido. Algunos autores, como PETROPOULOU, IONESCU y ELIANTONIO han expresado dudas sobre su legitimidad democrática (2021: 43), y se suele subrayar a este respecto su discutida compatibilidad con, entre otros, los principios de atribución de competencias y de lealtad institucional (*e.g.* FAJARDO, 2024).

En este marco, el presente capítulo analiza las funciones y efectos del derecho indicativo a través del estudio de su aplicación a una disciplina concreta del derecho de la Unión; en particular, la política de ayudas de estado, una disciplina en la que el *soft law*, como se expone, es particularmente importante. El capítulo persigue de esta forma complementar la literatura que ha analizado la naturaleza y efectos del *soft law* de la UE en otros ámbitos como la política social (DAWSON, 2018), el de los derechos de las personas con discapacidad (FERRI, 2022) o el Estado de Derecho (ȘTEFAN, 2024).

En relación con lo anterior, el sistema de control de las ayudas estatales de la UE previsto en los Tratados se basa en una (i) una prohibición general de las ayudas, incluida en el actual art. 107(1) TFUE; (ii) una serie de excepciones a esta prohibición, consagradas principalmente en los arts. 107.2 y 107.3 del TFUE; (iii) y un control previo por parte de la Comisión Europea. Esto significa que, como regla general, los Estados miembros deben notificar a la Comisión, para su aprobación, cualquier proyecto de concesión de nuevas ayudas o de modificación de ayudas existentes con arreglo al art. 108 (3) TFUE.

Las siguientes secciones analizan el impacto del *soft law* en cada una de las principales áreas de esta política, a saber, la definición de ayuda y su compatibilidad, así como en la implementación de las normas de ayudas por los jueces nacionales.

## 2. EL *SOFT LAW* Y LA DEFINICIÓN DE AYUDA DE ESTADO

El art. 107(1) TFUE estipula que «Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones». Este artículo declara por tanto «las ayudas» (o ayudas estatales o ayudas públicas como se conocen generalmente) *a priori* incompatibles con el mercado interior.

Según el TJUE, la noción de ayuda de estado prevista por el art. 107, apartado 1, del TFUE incluye los siguientes elementos: «en primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales; en segundo lugar, esta intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros; en tercer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario, y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar falsear la competencia»<sup>4</sup>. Además, el TJUE ha precisado también que la ventaja económica a la que hace referencia el art. 107(1) TFUE debe ser selectiva en el sentido de favorecer «a determinadas empresas o producciones»<sup>5</sup>. El requisito de selectividad es considerado en la práctica como autónomo del requisito de ventaja económica<sup>6</sup>. Corresponde a la Comisión acreditar la existencia de una ayuda estatal<sup>7</sup>.

Además, las normas sobre ayudas estatales solo se aplicarán si los beneficiarios potenciales de las ventajas financieras en cuestión son empresas, es decir, si los beneficiarios son entidades que ejercen una actividad económica, independientemente de su estatuto jurídico y de su modo de financiación<sup>8</sup>. Por consiguiente, entidades como cooperativas, asociaciones, ONGs y fundaciones pueden definirse como «empresas», aunque ofrezcan bienes o servicios sin ánimo de lucro<sup>9</sup>.

<sup>4</sup> Véase, e.g., C-280/00 Altmark EU:C:2003:415, párr. 75.

<sup>5</sup> C-88/03, Portugal/Comisión EU:C:2006:511 apartado 54.

<sup>6</sup> Véase a este respecto, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los asuntos acumulados C-393/04 y C-41/05, Air Liquide Industries Belgium EU:C:2006:403 apartado 28.

<sup>7</sup> C-159/01, Países Bajos/Comisión EU:C:2004:246, apartado 43.

<sup>8</sup> Véase, entre otros, el asunto C-222/04, Ministero dell'Economia e delle Finanze/Cassa di Risparmio di Firenze, EU:C:2006:8, apartados 107-109.

<sup>9</sup> *Id.*, apartados 122 y 123.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «el concepto de ayuda de Estado, tal y como se define en el Tratado, tiene carácter jurídico y debe interpretarse partiendo de elementos objetivos»<sup>10</sup>. La Comisión ha sostenido en relación con este precepto «*The concept of aid is an objective concept that leaves the Commission no margin of discretion*»<sup>11</sup>. Además, con arreglo a la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia «el artículo 92 [hoy 107 TFUE] no distingue según las causas o los objetivos de las intervenciones a que se refiere, sino que las define en función de sus efectos»<sup>12</sup>.

En este contexto, la Comisión Europea publicó en 2016 la Comunicación sobre el concepto de ayuda estatal con arreglo al art. 107(1) TFUE<sup>13</sup>, un documento de *soft law* que proporciona orientaciones claras y detalladas sobre la noción de ayuda. Sin embargo, esta comunicación supuso también un ejercicio arriesgado por parte de la Comisión habida cuenta de que, contrariamente a lo que sucede en el ámbito de la evaluación de la compatibilidad de las ayudas estatales, en el que la Comisión goza de un amplio margen de apreciación, la Comisión solo dispone, como se ha expuesto, de un margen de apreciación limitado a la hora de aplicar el concepto de ayuda, como reconoce la propia Comunicación, con referencia a la jurisprudencia de los tribunales de la UE<sup>14</sup>.

Sin embargo, la Comisión Europea no se limitó a reflejar la jurisprudencia de los tribunales europeos, sino que también introdujo sus propios puntos de vista sobre cuestiones aún no resueltas por el TJUE; en particular, en relación con las ayudas fiscales, como ya criticaron Biondi y Stefan tras la publicación de la Comunicación, pues esto era susceptible de socavar el objetivo de promover la claridad que perseguía (BIONDI y ESTEFAN: 2017). El tratamiento de las resoluciones fiscales o *tax rulings* en el marco de la Comunicación fue uno de los mejores ejemplos de esta práctica.

La Comisión inició en 2014 una serie de investigaciones de oficio sobre las resoluciones fiscales concedidas por las autoridades fiscales de Irlanda, los Países Bajos y Luxemburgo en relación con el pago del impuesto de sociedades por determinadas empresas multinacionales, originalmente Apple, Starbucks, FIAT y Amazon, a raíz de las informaciones aparecidas en los medios de comunicación según las cuales

<sup>10</sup> C-83/98 P, *Ladbroke Racing*, ECLI:EU:C:2000:248, apartado 25.

<sup>11</sup> Commission Report on the implementation of the Commission notice on the application of state aid rules to measures relating to direct business taxation, 9 February 2004, C(200)434, at p. 6.

<sup>12</sup> Case 173/73, *Italia c. Comisión*, EU:C:1974:71, apartado 13.

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DO 2016, C 262/1-50.

<sup>14</sup> *Id.* apartado 4.

las empresas multinacionales pagaban muchos menos impuestos de los que deberían en esas jurisdicciones<sup>15</sup>.

La Comisión subrayó que las resoluciones fiscales no eran problemáticas en sí mismas. Sin embargo, podrían implicar ayuda estatal si proporcionan ventajas selectivas a una empresa o grupo de empresas. Para determinar si se habían concedido ventajas indebidas, la Comisión utilizó el denominado «principio de plena competencia» previsto en el art. 9 del Modelo de Convenio Fiscal de la OCDE. Según este principio, las relaciones comerciales y financieras entre empresas vinculadas no deben diferir de las relaciones entre empresas independientes. En particular, la Comisión se remitió en sus decisiones a un instrumento de *soft law*, las Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia<sup>16</sup>, que establecen cinco métodos para aproximar los precios de transferencia y la asignación de beneficios entre empresas del grupo en condiciones de plena competencia. La Comisión argumentó además que la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Forum 187* respaldaba estas investigaciones<sup>17</sup>.

Aunque el Tribunal General anuló algunas de las decisiones de la Comisión relativas a las resoluciones fiscales, en particular en los asuntos *Apple*, *Amazon* y *Starbucks*,<sup>18</sup> este tribunal validó el enfoque adoptado por la Comisión y, en particular, el uso del principio de plena competencia para identificar ventajas selectivas en este contexto<sup>19</sup>. El Tribunal General aceptó la utilización del principio de plena competencia aun cuando no estuviera reconocido en el sistema fiscal nacional<sup>20</sup>, y otorgó un peso significativo a las Directrices de la OCDE, actos de *soft law*, a efectos de la definición del sistema de referencia<sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Véanse el comunicado de prensa IP/14/663, de 11 de junio de 2014, y la Decisión (UE) 2016/2326 de la Comisión, de 22 de diciembre de 2016, relativa a la ayuda estatal que Luxemburgo concedió a Fiat, DO 2016, L 351/1; la Decisión (UE) 2017/502 de la Comisión, de 29 de marzo de 2017, relativa a la ayuda estatal ejecutada por los Países Bajos en favor de Starbucks, DO.J. 2017, L 83/38; Decisión (UE) 2017/1283 de la Comisión, de 19 de julio de 2017, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Irlanda en favor de Apple, O. J. 2017, L 187/1; y Decisión (UE) 2017/6740 de la Comisión, de 15 de junio de 2018, relativa a la ayuda estatal ejecutada por Luxemburgo en favor de Amazon, O. J. 2018, L 153/1.

<sup>16</sup> Directrices de la OCDE sobre precios de transferencia para empresas multinacionales y administraciones tributarias (2010).

<sup>17</sup> Asuntos acumulados C-182/03 y C-217/03, *Bélgica y Forum 187 c. Comisión*, EU:C:2006:416, apartado 95.

<sup>18</sup> Asuntos T-778/16 & T-892/16, *Irlanda c. Comisión*, EU:T:2020:338 (*Apple*); Asuntos T-760/15 & T-636/16, *Países Bajos c. Comisión*, EU:T:2019:669; Asunto T-816/17, *Luxemburgo c. Comisión*, y Asunto T-318/18, *Amazon EU y Amazon.com c. Comisión*, EU:T:2021:252 (*Amazon*).

<sup>19</sup> Véanse también a este respecto los asuntos T-755/15 & T-759/15, *Luxemburgo y Fiat Chrysler Finance Europe/Comisión*, EU:T:2019:670 (*FIAT*); asuntos acumulados T-516/18 & T-525/18, *Luxemburgo/Comisión*, EU:T:2021:25 (*Engie*).

<sup>20</sup> Asuntos T-778/16 y T-892/16, *Irlanda c. Comisión*.

<sup>21</sup> Asunto T-816/17, *Luxemburgo c. Comisión*, y asunto T-318/18, *Amazon EU y Amazon.com c. Comisión (Amazon)*, asuntos T-755/15 & T-759/15, *Luxemburgo y Fiat Chrysler Finance*

Sin embargo, en la posterior sentencia *FIAT*, relativa a una resolución fiscal adoptada por Luxemburgo a favor de Fiat Chrysler Finance (FIAT), la Gran Sala del Tribunal de Justicia, siguiendo las conclusiones del Abogado General Pikamäe, anuló la Decisión de la Comisión y una sentencia del Tribunal General por haber definido incorrectamente el marco de referencia para aplicar el denominado principio de plena competencia a las sociedades integradas en Luxemburgo. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que la Comisión y el Tribunal General deberían haber aplicado el principio de plena competencia tal como está previsto exclusivamente en la legislación nacional al definir el sistema de referencia a efectos de la aplicación del criterio de selectividad con arreglo al art. 107, apartado 1, del TFUE<sup>22</sup>.

El TJUE subrayó la competencia de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa para determinar el sistema de referencia o el régimen fiscal «normal», y recordó que, a falta de armonización en el derecho de la UE, las normas de aplicación del principio de plena competencia están definidas por el derecho nacional y deben tenerse en cuenta para identificar el marco de referencia a efectos de determinar la existencia de una ventaja selectiva<sup>23</sup>. En particular, el Tribunal de Justicia declaró que el Tribunal General, al aceptar que la Comisión pueda basarse en normas que no forman parte del derecho luxemburgués infringió las disposiciones del TFUE relativas a la adopción por la Unión Europea de medidas de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de fiscalidad directa, en particular los arts. 114 TFUE, apartado 2, y 115 TFUE<sup>24</sup>. Además, en relación con la utilización por las autoridades nacionales de las directrices de la OCDE, el Tribunal concluyó que tales parámetros externos al sistema fiscal nacional no pueden tenerse en cuenta en el examen de la existencia de una ventaja fiscal selectiva en el sentido del art. 107 TFUE, apartado 1, a la luz del principio de legalidad tributaria<sup>25</sup>.

En este contexto, como se ha expuesto, la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de ayuda afirmaba que el principio de plena competencia formaba parte necesariamente de la evaluación de la Comisión de las medidas fiscales concedidas a empresas del grupo independientemente de si un Estado miembro ha incorporado este principio a su ordenamiento jurídico nacional. En consecuencia, la Comunicación, en el caso de la evaluación de las resoluciones fiscales con arreglo al art. 107, apartado 1 del TFUE, no ha aportado claridad

---

*Europe c. Comisión.*

<sup>22</sup> Asuntos acumulados C-885/19 P y C-898/19 P, *Fiat Chrysler Finance Europe c. Comisión*, EU:C:2022:859, apartado 73.

<sup>23</sup> *Id.*, apartado 93.

<sup>24</sup> *Id.*, apartado 94.

<sup>25</sup> *Id.*, apartados 96-97.

y coherencia al marco jurídico de las ayudas estatales, sino más bien inseguridad jurídica.

### **3. EL *SOFT LAW* Y LA COMPATIBILIDAD DE LAS AYUDAS DE ESTADO**

#### **3.1. El *soft law* como instrumento normativo ante la reticencia de los Estados**

La aplicación de las normas de ayudas estatales por la Comisión Europea no ha sido fácil. Estas normas ponen límites a las decisiones de los Estados miembros, que consideran legítimas y adoptadas en el interés general. Prueba de esta dificultad es que el Consejo de la Unión permitió la adopción de un reglamento de procedimiento, una pieza clave para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales, solo en 1999, más de cuarenta años después de la entrada en vigor de los Tratados de Roma<sup>26</sup>. La adopción tan tardía de este reglamento es reveladora de la dificultad que la Comisión Europea afrontó para poder aplicar las normas sobre ayudas estatales, y contribuye a explicar una de las principales características del *soft law* en este ámbito.

En efecto, a diferencia de lo que ocurrió en relación con las normas de competencia aplicables a las empresas, en concreto los hoy arts. 101 TFUE y 102 TFUE, respecto de los cuales el Consejo adoptó un reglamento de procedimiento en 1962<sup>27</sup>, el reglamento de procedimiento en materia de ayudas estatales no se aprobó hasta finales de los años noventa. El retraso en la aprobación de este reglamento no se debió a la Comisión Europea, que propuso su adopción en 1966 y de nuevo en 1972, sino al Consejo, a los Estados miembros, que rechazaron la misma en ambas ocasiones<sup>28</sup>. La actitud del Consejo respecto de las ayudas estatales durante las primeras décadas de aplicación de los Tratados de Roma se puede calificar de muy pasiva, e incluso de cierta resistencia. De hecho, la Comisión Europea llegó a afirmar en 1980 que los Estados miembros ignoraban deliberadamente las reglas sobre ayudas de Estado<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Reglamento (CE) núm. 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, pp. 1-9.

<sup>27</sup> El célebre Reglamento núm. 17: Primer reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, DO 13 de 21/02/1962, p. 204/211.

<sup>28</sup> Véase COM (66) 95, de 30 de marzo de 1966, comunicada al Consejo el 18 de abril de 1966 y modificada por COM (66) 457, de 10 de noviembre de 1966 y COM (72) 1523 de 04 de diciembre 1972.

<sup>29</sup> Véase la Notificación o la Comisión de las ayudas concedidas por los Estados miembros, con arreglo al apartado 3 del art. 93 del Tratado CEE: incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Estados miembros (DO 1980 Núm. C 252 / 2).

En este contexto, marcado por la renuencia de los Estados miembros para dotar a la Comisión de las necesarias normas vinculantes para la aplicación de las ayudas estatales, el *soft law* cobraría una importancia particular. De esta forma, la Comisión anunció en 1978 que iba a ser más estricta, aunque todavía flexible a la vista de la situación económica posterior a la crisis del petróleo de 1973. La Comisión también tuvo que ser flexible porque en aquel momento carecía de suficiente influencia sobre los Estados miembros en una cuestión tan delicada desde el punto de vista político.

El aumento gradual de la rigidez de la Comisión en materia de ayudas estatales se hizo más evidente bajo el mandato del Comisario de Competencia Frans Andriessen (1981-1985). Durante su mandato, la Comisión insistió en la obligación de notificar las nuevas ayudas, aumentó el número de casos de recuperación y publicó un acto de *soft law*, una comunicación sobre la acumulación de ayudas para distintos fines, en la que se subrayaba la obligación de notificar<sup>30</sup>.

Los instrumentos de derecho indicativo, como los marcos o las directrices, eran de hecho los únicos instrumentos posibles que podía adoptar la Comisión, habida cuenta de que el Consejo se negaba a adoptar un reglamento de procedimiento. Sin embargo, como han señalado autores como SMITH (1998), CINI (2001) o BLAUBERGER (2009), los actos de *soft law* resultaron ser instrumentos muy útiles para aislar a la Comisión de presiones externas a la hora de decidir sobre asuntos de ayudas estatales, habida cuenta de que la Comisión podía remitirse a esos instrumentos para adoptar una decisión en un sentido determinado, por ejemplo negándose a que un Estado miembro como Alemania o Francia rescatara a una empresa en crisis, y ello porque la Comisión tiene que atenerse a sus propias normas publicadas, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (SMITH: 1998, 62).

En efecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que este tipo de comunicaciones y directrices, aunque no vinculan a terceros, sí que vinculan al órgano que las emite, especialmente a la Comisión Europea (véase, entre otras muchas la sentencia de 26 de septiembre de 2002, *España/Comisión*, C-351/98). En concreto, el Tribunal de Justicia ha afirmado:

si bien las Directrices no pueden calificarse de norma jurídica a cuya observancia está obligada en cualquier caso la Administración, establecen sin embargo una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Administración no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato [...] Al adoptar estas reglas de conducta y anunciar mediante su publicación que las aplicará en lo sucesivo a los

---

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión sobre la acumulación de ayudas con fines diferentes, DO C 3 de 05/01/1985 P. 2 - 3.

casos contemplados en ellas, la Comisión se autolimita en el ejercicio de su facultad de apreciación y no puede ya apartarse de tales reglas, so pena de verse sancionada, en su caso, por violación de los principios generales del derecho, tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima (sentencia de 21 de septiembre de 2006, JCB, C 167/04 P, apartados 207-208).

En suma, como ha señalado FAJARDO recientemente «en este campo de las ayudas de estado, los códigos de conducta, las directrices y orientaciones, han sido catalogados como *soft law* y actos administrativos, que se adoptan en virtud del poder discrecional de la Comisión para autolimitarse». (2024: 203-204). Esta autolimitación ha sido, sin embargo, creativa pues permitía a la Comisión establecer criterios sobre lo que se considera aceptable en ámbitos materiales muy variados, como el medioambiente, la innovación o el sector textil, criterios que una vez publicados se convertían en obligatorios para la Comisión, y por tanto de facto también para los Estados miembros pues, si no seguían esos criterios, en principio la Comisión no podía aceptar las ayudas como compatibles.

### 3.2. El *soft law* como instrumento de integración positiva

A finales de los años noventa, una vez alcanzado el objetivo del Mercado Interior en 1992 con el Tratado de Maastricht, y especialmente tras la adopción en 1999 de las normas de procedimiento que permitían la aplicación de las reglas de ayudas de Estado, la Comisión comenzó a desarrollar una verdadera política de ayudas de Estado. Esta política consistió principalmente en una reorientación de las ayudas estatales hacia «objetivos horizontales» como el medio ambiente o la investigación (BLAUBERGER, 2009: 732), es decir, la Comisión trató de canalizar las ayudas otorgadas por los Estados hacia ciertos objetivos, que serían considerados compatibles con el Mercado interior.

De esta forma la política de ayudas dejó de ser exclusivamente un instrumento de integración negativa, es decir, de eliminación de obstáculos al Mercado interior y a la libre competencia, y comenzó a convertirse también en un instrumento de integración positiva, esto es, de consecución de objetivos supranacionales (BLAUBERGER, 2009; PIERNAS, 2023). Esta transformación ha sido realizada a través esencialmente de instrumentos de *soft law*, como marcos y directrices.

Los tribunales europeos han reconocido a la Comisión un notable margen de discrecionalidad en la apreciación de la compatibilidad de las ayudas estatales, que puede ser definido además a través de instrumentos de *soft law*. Como ha señalado el Tribunal de Justicia, «Según jurisprudencia reiterada, el apartado 3 del artículo [107] confiere a la Comisión una facultad discrecional cuyo ejercicio requiere apreciación

nes de carácter económico y social que deben efectuarse en un contexto comunitario [...] La Comisión ha comunicado en varias ocasiones a los Estados miembros las orientaciones que, con arreglo a las facultades que le confieren los artículos [107] y siguientes del Tratado, tenía intención de aplicar a los regímenes de ayudas [...]. Este es, en particular, el objetivo de su Comunicación de 1988[...]»<sup>31</sup>.

No obstante, y de manera relevante para nuestros efectos, los tribunales de la Unión han subrayado que la vinculación de la Comisión a sus directrices está limitada, de un lado, por el carácter objetivo de la noción de ayuda estatal y, por otro, por las propias normas de los Tratados.

Respecto del carácter objetivo de la noción de ayudas, los tribunales de la Unión han concluido que la práctica administrativa de la Comisión, aunque las decisiones adoptadas por la misma sean *hard law* ex art. 288 TFUE, no constituye un precedente vinculante para la propia Comisión. En efecto, de conformidad con la jurisprudencia de los tribunales europeos «el concepto de ayuda de Estado reviste carácter jurídico y se interpreta a la luz de elementos objetivos [...]. La calificación de una medida como ayuda de Estado no puede depender, por lo tanto, de una apreciación subjetiva de la Comisión y debe determinarse con independencia de cualquier práctica administrativa anterior de la Comisión, suponiendo que dicha práctica haya quedado probada»<sup>32</sup>.

Asimismo, respecto de los instrumentos de *soft law* adoptados por la Comisión para declarar como compatibles las ayudas estatales, en el reciente asunto *Hinkley Point*, la Gran Sala del Tribunal de Justicia ha concluido que el principal criterio seguido por la Comisión Europea para declarar las ayudas de Estado compatibles con arreglo al art. 107(3)(c) TFUE desde los años ochenta, en particular desde el asunto *Philip Morris* de 1980<sup>33</sup>, no figura en los Tratados y por tanto la Comisión Europea no lo puede exigir legalmente.

En efecto, el TJUE concluyó que un criterio observado durante más de treinta años, reflejado en numerosas directrices<sup>34</sup>, en el Reglamento General de Exención por Categorías,<sup>35</sup> e incluso en algunas sentencias

<sup>31</sup> Asunto C-169/95 - España/Comisión, EU:C:1997:10, apartados 18 y 19.

<sup>32</sup> T-319/12 y T-321/12, *España c. Comisión* (Ciudad de la Luz), EU:T:2014:604, apartado 46.

<sup>33</sup> Asunto 730/79, *Philip Morris Holland BV* contra *Comisión de las Comunidades Europeas*, EU:C:1980:209.

<sup>34</sup> Véanse las Directrices sobre ayudas estatales de finalidad regional para el período 2014-2020, DO 2013, C 209/1-45, p. 26, o las Directrices de la Unión Europea sobre ayudas estatales a los sectores agrario y forestal y a las zonas rurales 2014-2020, DO 2014, C 204/1, p. 39.

<sup>35</sup> Reglamento (UE) 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del TFUE, DO 2014, L 187/1 (RGEC), en Preámbulo, punto 5.

del Tribunal General<sup>36</sup>, no era aceptable, habida cuenta de que «mediante esos instrumentos [como marcos o comunicaciones, la Comisión Europea] no puede reducir indebidamente el alcance del artículo 107 TFUE, apartado 3, letra c)»<sup>37</sup>.

Esta sentencia puede tener un efecto notable en la capacidad de la Comisión de promover objetivos de integración positiva a través de las normas de ayudas estatales pues el Tribunal recuerda, en esencia, que la necesidad de perseguir un objetivo de interés común definido por la Comisión, en el que se ha basado la integración positiva, como tal no es un criterio para declarar las ayudas concedidas por los Estados compatibles con el Tratado.

### 3.3. El *soft law* como respuesta en tiempos de crisis

#### 3.3.1. *El soft law y la crisis financiera*

Cuando la crisis financiera global golpeó Europa por primera vez en 2007-2008, no estaba claro si las normas existentes en materia de ayudas eran adecuadas para situaciones de crisis, y si los Estados miembros las respetarían, habida cuenta de la enorme presión a la que estaban sometidos para apoyar a sus instituciones financieras. Esto no era solo una posibilidad teórica habida cuenta de que el art. 108.2 del TFUE permite al Consejo de la UE, por unanimidad, invalidar el régimen de ayudas estatales y declarar determinadas ayudas compatibles con el Tratado. El uso de esta disposición habría socavado el papel central de la Comisión en la aplicación de las ayudas estatales, sentando un importante precedente para la futura intervención del Consejo en esta política. Finalmente no se aplicó.

La dificultad para la Comisión radicaba en que, cuando estalló la crisis financiera, la UE carecía de una normativa específica sobre el sector financiero y de normas sectoriales para la concesión de ayudas a las entidades financieras. La política de ayudas estatales de la Comisión se vio así sometida a una dura prueba. El fracaso ante este reto no solo podía afectar gravemente al sector financiero y a las economías de los Estados miembros, sino también poner en tela de juicio todo el sistema de control de las ayudas estatales y el papel de la Comisión dentro de él (CYNDECKA: 2021, 135).

En este escenario, la tarea de la Comisión Europea era sumamente difícil: tenía que aplicar las normas sobre ayudas estatales, incluida la prohibición general de las ayudas estatales consagrada en el art. 107, apartado 1, del TFUE, para controlar las intervenciones de crisis de

<sup>36</sup> Véase, por ejemplo, el asunto T-177/07, *Mediaset*, EU:T:2010:233, apartado 125.

<sup>37</sup> C-594/18 P, Austria c Comisión, EU:C:2020:742., párrafo 24.

los Estados miembros, sin ofrecerles una alternativa significativa para hacer frente a la crisis, como si pudo hacer años después con los fondos de Nueva Generación para afrontar la pandemia.

La Comisión se vio rápidamente desbordada por cientos de notificaciones y pronto concluyó que no podría aplicar el marco jurídico ordinario. Era necesario un enfoque específico, temporal y más flexible, para lo que recurrió al *soft law*. Este nuevo enfoque, adaptado al contexto de crisis, también evitaría «contaminar» el régimen de ayudas estatales ordinario u ortodoxo con una lectura excesivamente expansiva de las normas. La Comisión quiso hacer todo lo necesario para salvar esta política, al tiempo que se daba una respuesta eficaz a las crisis más graves. En efecto, esto significó la construcción, aunque solo de manera informal, de un régimen de crisis de las ayudas estatales.

En el centro del nuevo enfoque se encontraba la aplicación sin precedentes del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE (art. 87, apartado 3, letra b), del TCE en aquel momento). Su uso fue descrito como la «opción nuclear» de la legislación europea sobre ayudas estatales por altos funcionarios de la Comisión<sup>38</sup>. Esta base jurídica permitía a la Comisión Europea adoptar decisiones que declarasen las medidas de ayuda estatal compatibles con el mercado interior «[...] para poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro». En el pasado solo se había aplicado en contadas ocasiones. A modo de ejemplo del carácter restrictivo, el hundimiento de la antigua economía socialista de la República Democrática Alemana en el curso de la reunificación *no* fue calificado de perturbación grave de la economía de Alemania por la Comisión Europea, interpretación que fue confirmada por los tribunales europeos.

En este contexto, la Comisión adoptó siete comunicaciones<sup>39</sup>, a partir de la Comunicación Bancaria de 2008, en los que esbozaba los

---

<sup>38</sup> Véase a este respecto el discurso de Herbert Ungerer, Director General Adjunto responsable de Ayudas Estatales, Comisión Europea, Dirección General de Competencia, «After the State aid Action Plan: the EU's new State aid framework», EU State Aid Summit - State Aid Policy, Procedure and Enforcement through the Economic Crisis and Beyond, 23-24 de junio de 2009, 13.

<sup>39</sup> Comisión Europea, «Comunicación sobre 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» [2008] DO C270/8, (Bruselas, 25 de octubre de 2008); Comisión Europea, «Comunicación 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» [2009] DO C10/2, 15 de enero de 2009; Comisión Europea, «Comunicación sobre el tratamiento de los activos cuyo valor ha sufrido un deterioro en el sector financiero comunitario» («Comunicación sobre activos cuyo valor ha sufrido un deterioro») [2009] DO C72/1, 26 de marzo de 2009; Comisión Europea, «Comunicación sobre el restablecimiento 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» [2009] DO C195/9, 19 de agosto de 2009; Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las

principios con arreglo a los cuales evaluaría las ayudas concedidas en el contexto de la crisis financiera en virtud del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE. La política de la Comisión Europea en materia de ayudas estatales durante este periodo evolucionó desde un enfoque muy laxo, motivado por la elevada tensión económica y política de los primeros días de la crisis durante los cuales se aprobaban todas las decisiones, en particular tras la quiebra de *Lehman Brothers*, hacia un enfoque más estricto a medida que el contexto financiero y económico se estabilizaba. El método de la Comisión para aumentar progresivamente la severidad del control de las ayudas estatales se basó en la publicación de instrumentos de *soft law* que indicaban cómo pensaba enfocar la compatibilidad de las ayudas a los bancos en los distintos periodos de la crisis (DOLEYS, 2012).

Junto a la Comunicación Bancaria, la Comisión adoptó el Marco Temporal destinado a permitir la concesión de ayudas estatales a instituciones no financieras, es decir, a la «economía real»<sup>40</sup>. Se trataba de otro instrumento de *soft law*. El Marco se diseñó para limitar el riesgo de subvenciones masivas entre los Estados miembros de la UE. Comprendía lo que se denominaron «medidas adicionales temporales», señalando el hecho de que las normas existentes sobre ayudas estatales también podían adaptarse para su uso como instrumentos de crisis. El Marco abarcaba una serie de medidas de ayuda que se desviaban temporalmente de las normas ortodoxas. El uso de este instrumento fue posible gracias a la flexibilidad con la que estaban redactadas las normas sobre ayudas, lo que permitió a la Comisión afirmar que estas medidas eran poco más que una reinterpretación [pero no modificación] de las normas, una justificación también pertinente para otras formas de derecho indicativo no relacionadas con la crisis (PIERNAS Y CINI: 2024).

La aplicación del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE permitió a la Comisión, y en general a la Unión, responder con rapidez y eficacia ante la crisis, pero a costa de una gran flexibilidad en la aplicación de las normas. De hecho, el marco condujo a la aprobación de prácticamente todos los regímenes de ayuda destinados a las entidades financieras que fueron notificados por los Estados miembros en relación con la crisis, siempre que las notificaciones aceptaran una lógica de rescate y reestructuración y una futura supresión progresiva del apoyo financiero.

---

normas sobre ayudas estatales para respaldar las medidas en favor de las instituciones financieras en el contexto de la crisis financiera» [2010] DO C329/7; Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales para respaldar las medidas en favor de las instituciones financieras en el contexto de la crisis financiera» [2011] DO C356/7, 6 de diciembre de 2011; Comisión Europea, «Comunicación sobre la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas de apoyo a los bancos en el contexto de la crisis financiera» [2013] DO C216/1, 30 de julio de 2013.

<sup>40</sup> Marco temporal de la Unión aplicable a las medidas de ayuda estatal para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera (2011/C 6/05).

A este respecto, como subraya NICOLAIDES, entre 2008 y 2011 la Comisión solo prohibió las ayudas estatales en un caso (NICOLAIDES, 2022).

### 3.3.2. *La pandemia covid-19*

Además del devastador impacto sobre las vidas individuales y la salud pública, el brote de covid-19 generó efectos económicos nefastos. La Comisión Europea no tardó en reconocer que la reacción de los Estados miembros de la UE ante la crisis mediante la inyección de una importante cantidad de recursos públicos en la economía, y en particular en algunos sectores, podía provocar considerables distorsiones de la competencia en el mercado único, que deberían gestionarse a escala de la Unión.

La Comisión recurrió de nuevo al art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, como en la crisis financiera de 2008. En un comunicado de prensa de principios de marzo de 2020, la Comisión subrayó que los Estados miembros podían conceder ayudas para poner remedio a una grave perturbación de su economía en virtud del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE en caso de situaciones económicas especialmente graves «como la que atraviesa actualmente Italia»<sup>41</sup>. Poco después, el 20 de marzo de 2020, la Comisión Europea adoptó un marco temporal para hacer frente a los efectos de la pandemia covid-19 desde la perspectiva de las ayudas estatales<sup>42</sup>.

El marco temporal, aun siendo un instrumento de *soft law*, tenía una doble base jurídica. En primer lugar, se basaba principalmente en el art. 107, apartado 2, letra b), del TFUE, que obliga *de iure* a la Comisión Europea a declarar compatibles con el derecho de la UE las ayudas «destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional». En segundo lugar, se basaba en el art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, que permite (no exige) como se ha expuesto, a la Comisión autorizar ayudas destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro.

La versión inicial del Marco temporal permitía la concesión de ayudas nacionales para garantizar la liquidez de las empresas con el fin de mantenerlas a flote durante la pandemia y poco después, lo que en aquel momento era incierto, lo que dio lugar a varias prórrogas del Marco.

---

<sup>41</sup> Comisión Europea, «Ayuda estatal: Commission approves €12 million Danish scheme to compensate damages caused by cancellations of large public events due to COVID-19 outbreak», Comunicado de prensa de 12 de marzo de 2020.

<sup>42</sup> European Commission, «Communication of 19 March 2020 - Temporary Framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak», C2020:0911; TOC Official Journal Of the European Union C 0911 20 March 2020.

Sin embargo, el Marco temporal se modificó seis veces en el transcurso de la pandemia, en particular cuatro veces en 2020 (abril, mayo, junio y octubre) y dos veces en 2021 (enero y noviembre). En cada ocasión se aclararon y ampliaron las normas. En particular, se incluyeron nuevas exenciones, flexibilizando la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al permitir más tipos de ayudas aceptables y límites máximos de ayuda más elevados. La mayor flexibilidad, tanto en términos de cambio en la naturaleza como en la escala de las exenciones, debe subrayarse, ya que también planteó cada vez más problemas de competencia y cohesión relacionados con la concesión de más ayudas nacionales.

El Marco temporal no modificaba el marco jurídico existente ni introducía normas directamente aplicables; «sólo» enunciaba los criterios con arreglo a los cuales la Comisión considera aceptable la adopción de medidas de ayuda estatal por parte de los Estados miembros para contrarrestar los efectos de la pandemia<sup>43</sup>. De hecho, el Marco temporal toma como punto de partida las normas vigentes sobre ayudas estatales. Formalmente, la Comisión no adoptó *nuevas* normas en el ámbito de las ayudas estatales. Se limitó a aplicar las normas *existentes*, y en particular el art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, de manera flexible y temporal a través de un instrumento de *soft law*.

El Marco temporal covid-19 reconoció el carácter excepcional del art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE, señalando que esta disposición solo se aplicaba cuando toda la economía de un Estado miembro, o «una parte importante», estaba en peligro<sup>44</sup>. Sin embargo, la sentencia a la que se remite el Marco temporal para apoyar esta afirmación no incluye una referencia a una «parte importante» de la economía, sino a la economía de un Estado miembro en su conjunto. En efecto, la fórmula acuñada originalmente por el Tribunal General en el asunto *Freistaat Sachsen* en 1999, y citada posteriormente tanto por el Tribunal General como por el Tribunal de Justicia en este contexto, pone de relieve que la totalidad de la economía de un determinado Estado miembro debe verse afectada para aplicar esta disposición, y no una parte de la misma, aunque sea importante. De esta forma, la Comisión podría haber instrumentalizado el *soft law* para promover el desarrollo del *hard law*, incluido el derecho primario de la UE en este ámbito.

### 3.3.3. La crisis de Ucrania

Tras la invasión rusa de Ucrania a finales de febrero de 2022, la Comisión respondió de nuevo activando el art. 107, apartado 3, letra

<sup>43</sup> Véase Comisión Europea, «Marco temporal - COVID-19», párrafo 10. 10.

<sup>44</sup> Véase Comisión Europea, «Marco temporal - COVID-19», *cit.* párrafo 17. 17.

b), del TFUE a través de un nuevo Marco temporal. La Comisión se basó en la interpretación de esta disposición desarrollada durante la crisis financiera y la crisis del covid-19 y aceptó su aplicación tanto a los regímenes de ayuda como a las ayudas individuales. La Comisión justificó el recurso al art. 107, apartado 3, letra b), del TFUE porque la agresión rusa y las sanciones y contramedidas internacionales y de la UE provocaron una perturbación de los flujos comerciales y de las cadenas de suministro, lo que se tradujo en un aumento de los precios (especialmente de la energía, pero también de las materias primas y los bienes primarios).

La guerra en Ucrania constituyó una grave perturbación en la economía de todos los Estados miembros<sup>45</sup>. Como en casos anteriores, las ayudas aprobadas con arreglo al marco deben durar un periodo limitado, ser necesarias, apropiadas y proporcionadas, y estar destinadas a mitigar los efectos de la crisis en las empresas.

El nuevo marco temporal ha aumentado las preocupaciones relacionadas con los efectos duraderos de los marcos temporales. El marco, adoptado en un contexto de evolución geopolítica favorable a la concesión de subvenciones para fomentar medidas ecológicas, en particular en Estados Unidos, agrava este riesgo. Como se ha sostenido, «aunque no cabe duda de que la crisis climática es de carácter urgente, no tiene carácter temporal» (traducción del autor) (LEMMONIER, 2023: 130). La utilización *sui generis* de un marco temporal para un objetivo tan amplio puede acarrear en efecto consecuencias negativas para la cohesión y la competencia en el Mercado interior de la Unión.

Cabe mencionar también que la experiencia adquirida durante la crisis financiera y la crisis de covid-19 ha tenido una traducción legislativa reciente en el Reglamento sobre Subvenciones Extranjeras, que entró en vigor en enero de 2023<sup>46</sup>. En particular, el Reglamento ha identificado una serie de posibles remedios o medidas correctoras que se basan en la experiencia adquirida por la Comisión tanto en la crisis financiera como en la crisis covid-19. Este reglamento constituye otro ejemplo de cómo el *soft law* en este ámbito tiene una gran relevancia normativa, convirtiéndose incluso en *hard law* posteriormente. Como señaló la evaluación de impacto del nuevo reglamento, el enfoque adoptado «está en consonancia con el control de las ayudas estatales, por ejemplo, con las medidas correctoras previstas en las Directrices de

---

<sup>45</sup> Comisión Europea, «Communication from the Commission Temporary Crisis Framework for State Aid measures to support the aggression against Ukraine by Russia», 2022/C 131 I/o1, 24 de marzo de 2022 (en lo sucesivo, Comisión Europea, «Marco temporal de crisis - Ucrania»).

<sup>46</sup> Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior, DO L 330 de 23.12.2022, p. 1/45.

salvamento y reestructuración, en las directrices sectoriales financieras o en el Marco temporal covid-19» (traducción del autor)<sup>47</sup>.

#### 4. EL *SOFT LAW* Y LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE AYUDAS ESTATALES POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

La Comisión Europea también ha adoptado instrumentos de *soft law* en este ámbito para fomentar y facilitar la aplicación de las normas de ayudas estatales por parte de los jueces nacionales, en especial porque el Tribunal de Justicia ha reconocido que la obligación de notificación de las ayudas prevista en el art. 108.3 TFUE tiene efecto directo, que corresponde a los jueces nacionales observar<sup>48</sup>.

En este contexto, los tribunales españoles han citado la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la legislación sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales<sup>49</sup>, en unos treinta asuntos desde su adopción en 2009<sup>50</sup>. Un número significativo de esos asuntos se refería a una saga relacionada con la concesión de ayudas estatales por España para financiar la transición de la televisión analógica a la televisión digital terrestre en zonas remotas. Algunos de los casos relativos a esta saga suscitaron un interesante debate entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo español que resulta especialmente ilustrativo a los efectos de este capítulo.

En esencia, SES ASTRA, proveedor de servicios de comunicación y transmisión por satélite con sede en Luxemburgo, interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional contra una resolución de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones de 20 de enero de 2009, por la que se publicaba un Convenio Marco de Colaboración entre el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y una Comunidad Autónoma (Asturias) relativo a la ejecución del Plan Nacional de Transición a la TDT (en adelante, «el Convenio»), al que se destinaban recursos públicos.

<sup>47</sup> Comisión Europea, Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on foreign subsidies distorting the internal market (SWD/2021/99 final), en p. 48.

<sup>48</sup> Véase, por ejemplo, el asunto C-349/17, *Eesti Pagar*, ECLI:EU:C:2019:172, apartados 88 a 89.

<sup>49</sup> 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. 1-22. Esta comunicación ha sido sustituida en 2021 por la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales 2021/C 305/01, DO C 305 de 30.7.2021, pp. 1-28.

<sup>50</sup> Según la búsqueda realizada por el autor en *Westlaw* y CENDOJ (Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España). La última búsqueda se realizó el 27 de mayo de 2024.

El demandante solicitó una medida cautelar, a saber, la suspensión del Acuerdo en cuestión ante la apertura por la Comisión Europea de una investigación relacionada con la posible concesión de ayudas ilegales e incompatibles para el despliegue de la TDT en España. La Audiencia Nacional desestimó el recurso en dos ocasiones<sup>51</sup>, subrayando que los fondos del Acuerdo ya habían sido desembolsados, por lo que la suspensión de la ejecución del Acuerdo no podía adoptarse en ese momento, siendo «imposible». La Audiencia Nacional se refirió a este respecto a dos sentencias anteriores del Tribunal Supremo que habían llegado a una conclusión similar, y señaló que los fondos habían tenido que ser desembolsados, y los proyectos financiados por ellos ejecutados, incluso antes de que la Comisión hubiera notificado a España su intención de incoar el procedimiento de investigación formal<sup>52</sup>.

El Tribunal Supremo rechazó esta interpretación y anuló los autos de la Audiencia Nacional en varias sentencias<sup>53</sup>. El Tribunal Supremo señaló que, en virtud del art. 108, apartado 3, del TFUE, España no puede poner en práctica las medidas de ayuda que propone hasta que el procedimiento de investigación formal incoado por la Comisión Europea haya dado lugar a una decisión definitiva, y añadió que esta obligación también es aplicable a los órganos jurisdiccionales nacionales que deben pronunciarse sobre las solicitudes de medidas provisionales.

A este respecto, el Tribunal Supremo concluyó que si bien era comprensible que el tribunal de instancia se negara a ordenar la suspensión de medidas que ya estaban ejecutadas, el Tribunal Supremo criticó al tribunal inferior por no proteger de forma más activa los intereses del demandante derivados del art. 108.3 TFUE mediante la adopción de otras medidas cautelares más allá de la mera suspensión. En particular, según el Tribunal, el deber de los tribunales nacionales de velar por la aplicación efectiva del art. 108.3 TFUE ha de traducirse, en materia de medidas cautelares, en una actuación más proactiva para evitar los efectos perniciosos de lo que había sido considerado por la Comisión Europea como una ayuda de Estado ya concedida.

Es en este contexto en el que el Tribunal Supremo citó la Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación de la normativa sobre ayudas estatales por los órganos jurisdiccionales nacionales de 2009, y en particular su apartado 2.2.6., dedicado a las medidas cautelares. El Tribunal lo hizo *de oficio*, ya que no había sido planteado por la parte demandante, y subrayó que, aunque la Comunicación de la Comisión no era jurídicamente vinculante, las consideraciones que contenía sobre las medidas cautelares constituían sin duda un criterio autorizado sobre

---

<sup>51</sup> Mediante autos de 29 de abril de 2011 y 26 de julio de 2011.

<sup>52</sup> Véase, en particular, la sentencia de 11 de marzo de 2011 (4309/2010).

<sup>53</sup> Sentencias de 16 de julio de 2012 (6539/2011), 23 de noviembre de 2012 (818/2012), 30 de enero de 2014 (RC 1962/2012) y 17 de julio de 2014 (2815/2013).

los efectos jurídicos derivados del art. 108.3 TFUE. En efecto, tras analizar el apartado relativo a las medidas cautelares de la Comunicación de la Comisión, el Tribunal Supremo observó que el caso examinado se encuadraba en el supuesto previsto en el apartado 62 de la Comunicación, es decir, en los supuestos en los que un procedimiento judicial nacional discurre en paralelo a una investigación de la Comisión.

En este supuesto, el tribunal subrayó que la Comunicación recuerda que una investigación en curso de la Comisión «no exime al órgano jurisdiccional nacional de su obligación de proteger los derechos individuales en virtud del artículo [108, apartado 3] del Tratado. Por lo tanto, el órgano jurisdiccional nacional no puede limitarse a suspender su propio procedimiento hasta que la Comisión se pronuncie y dejar entretanto desprotegidos los derechos del demandante en virtud del artículo [108, apartado 3] del Tratado. Cuando el órgano jurisdiccional nacional desee esperar el resultado de la evaluación de compatibilidad de la Comisión antes de adoptar una orden de ingreso definitiva e irreversible, deberá, por tanto, adoptar las medidas cautelares apropiadas. También en este caso, ordenar la colocación de los fondos en una cuenta bloqueada parece una medida adecuada».

En este marco, el Tribunal desestimó la petición de la demandante de recuperar provisionalmente la ayuda de Estado ya concedida, y lo hizo comprensiblemente ya que la Comisión Europea no lo había considerado necesario, pues no lo había exigido al amparo del actual art. 13.2 del Reglamento 2015/1589 del Consejo (antes art. 11.2 del Reglamento 659/1999). Sin embargo, el Tribunal concluyó que el tribunal inferior debería haber concedido las medidas cautelares solicitadas por los demandantes en forma de ordenar la colocación de los fondos impugnados en una cuenta bloqueada de conformidad con el principio de efectividad del derecho de la Unión Europea.

A estos efectos, el Tribunal Supremo devolvió el asunto a la Audiencia Nacional para que esta identificara a los presuntos beneficiarios de la ayuda que debían depositar los fondos en la cuenta bloqueada. El Tribunal Supremo reconoció que la identificación de los beneficiarios y la colocación de los fondos en una cuenta bloqueada sería muy exigente, tanto en términos prácticos como procesales, aunque insistió en que se trataba de una obligación derivada del derecho de la Unión Europea que los tribunales nacionales debían observar.

La decisión del Tribunal Supremo, siguiendo de *oficio* la Comunicación de la Comisión y exigiendo a los tribunales nacionales que sean más proactivos en la protección de los derechos de las partes afectadas, como los competidores del beneficiario, en virtud del art. 108.3 TFUE, es en nuestra opinión positiva. Más aun teniendo en cuenta que la decisión se dictó en un caso difícil, relativo a supuestas medidas de ayuda que ya se habían ejecutado, y a la luz únicamente de una decisión

de incoación de la Comisión Europea, que podría haber concluido en última instancia que las medidas eran compatibles.

Finalmente, en relación con el mismo litigio relativo a la transición a la televisión digital en España, resulta a nuestro juicio interesante señalar que el Tribunal Supremo concluyó en 2018 que, aunque una reciente sentencia del TJUE había anulado la decisión de la Comisión por la que se declaraban ayudas de Estado las medidas impugnadas, el TJUE, así lo consideró el Tribunal Supremo, lo hizo sobre la base de una razón formal y la Comisión adoptaría una nueva decisión para abordarla. En consecuencia, el Tribunal Supremo consideró que las razones que llevaron a la suspensión original del procedimiento seguían siendo válidas a pesar de la sentencia del TJUE (sentencia ECLI:ES:TS:2018:7861A (ES5)). Si bien esta forma de proceder puede evitar la adopción de decisiones por los tribunales nacionales que resulten contrarias a previsibles decisiones de la Comisión o sentencias del TJUE, la sentencia del TJUE en este caso era firme, por lo que mantener los efectos de una decisión anulada por el TJUE puede resultar controvertido. Probablemente fue determinante para la decisión del Tribunal Supremo que el demandante, algunos de los demandados y también, en cierta medida, el Abogado del Estado, hubieran sostenido que las razones que justificaban el mantenimiento de la suspensión subsistían hasta que la Comisión adoptara una nueva decisión que pusiera fin al procedimiento de investigación.

En suma, los tribunales españoles, y particularmente el Tribunal Supremo, han citado el *soft law* adoptado por la Comisión Europea para cumplir con la obligación de aplicar el derecho de la Unión y de preservar su efectividad en nuestro país, aun cuando las partes no lo habían invocado y como ejemplo de buenas prácticas.

## 5. CONCLUSIONES

A la luz de las consideraciones anteriores, se pueden formular las siguientes conclusiones:

*En primer lugar*, el *soft law* en la Unión Europea es un fenómeno muy relevante que representa más del 10 por 100 de toda la actividad normativa de la Unión. El *soft law* aparece parcialmente previsto en los Tratados, en especial en el art. 288 TFUE con las recomendaciones y dictámenes. Sin embargo, la importancia del *soft law* va mucho más allá de esos instrumentos, y como se describe en este capítulo, otros actos de *soft law* como las directrices, las comunicaciones o los marcos han tenido una importancia capital para la evolución del derecho de la Unión, como pone de relieve su aplicación a la política y el derecho de ayudas de Estado en la Unión Europea.

*En segundo lugar*, en el ámbito de la definición de ayuda estatal con arreglo al art. 107(1) TFUE, a pesar del carácter objetivo de esta definición según la jurisprudencia, y del limitado margen de discrecionalidad de la Comisión, la Comisión Europea publicó en 2016 una Comunicación sobre el concepto de ayuda estatal en la que la Comisión no se limitó a reflejar la jurisprudencia de los tribunales europeos sino que también introdujo sus propios puntos de vista sobre cuestiones aún no resueltas por el TJUE, lo que finalmente ha sido sancionado por el Tribunal de Justicia en sentencias recientes, socavando el objetivo de promover la seguridad jurídica que la comunicación perseguía.

*En tercer lugar*, resulta asimismo interesante constatar que el carácter objetivo de la noción de ayuda explica que, si bien la jurisprudencia de los tribunales europeos obliga a la Comisión a seguir las orientaciones que ha hecho públicas mediante actos de *soft law*, la Comisión no está obligada por su propia práctica en lo relativo a la noción de ayuda estatal, aunque su práctica administrativa se base en decisiones adoptadas con arreglo al art. 288 TFUE y sean, en consecuencia, actos jurídicos vinculantes.

*En cuarto lugar*, en el ámbito de la compatibilidad de las ayudas estatales, los actos de *soft law* permitieron a la Comisión desarrollar la disciplina de ayudas estatales a pesar de la resistencia de los Estados miembros que se tradujo en su negativa a adoptar un reglamento de procedimiento. Los actos de *soft law*, y especialmente la jurisprudencia que obliga a la Comisión a seguir sus orientaciones, se convirtieron además en un instrumento ideal para resistir la presión de los Estados miembros para que se aprobaran determinadas ayudas.

*En quinto lugar*, los actos de *soft law* han permitido a la Comisión reorientar la disciplina de ayudas estatales desde una perspectiva clásica de integración negativa, que proviene ciertamente de la literalidad de los Tratados, a una también de integración positiva, de consecución de objetivos supranacionales a través de las medidas adoptadas por los Estados miembros en este ámbito. No obstante, la reciente sentencia de Gran Sala en el asunto Hinkley plantea ciertas dudas sobre la continuidad de este enfoque.

*En sexto lugar*, el *soft law*, y en particular los marcos temporales adoptados para hacer frente a las crisis financiera, sanitaria y de Ucrania, han permitido a la Comisión reaccionar con rapidez y flexibilidad evitando respuestas nacionales que habrían sido, sin duda, más lesivas para el Mercado interior. De este modo, la Comisión se ha erigido *de facto* como una autoridad para la gestión de crisis a escala de la Unión, aunque la flexibilidad aceptada por la Unión ha generado serias dudas sobre el impacto de estas medidas en la cohesión y la competencia en el Mercado Interior. Además, como se ha expuesto, los marcos temporales acaban teniendo unos efectos muy duraderos y en algunos casos

han servido para promover interpretaciones del derecho primario que se apartan *a priori* de la jurisprudencia de los tribunales europeos.

*Por último*, el *soft law* también ha servido para favorecer la aplicación de las normas de ayudas estatales por parte de los jueces nacionales, y en España los tribunales las han citado con relativa frecuencia, y hasta han servido de criterio para la adopción de medidas cautelares concretas por parte del Tribunal Supremo.

*En suma*, el análisis del *soft law* en el ámbito de las ayudas estatales permite, a nuestro juicio, observar con claridad la relevancia de este fenómeno en el derecho de la Unión y analizar alguna de sus funciones, especialmente normativas. El análisis también refleja la versatilidad del *soft law* como un instrumento clave para la evolución de la disciplina de ayudas, pero también para el equilibrio institucional, para la gobernanza en tiempos de crisis en ausencia de normativa específica, y para el progresivo desarrollo del derecho de la Unión, así como para la definición de los efectos del *soft law* de otras organizaciones nacionales, en particular de la OCDE, en los ordenamientos jurídicos nacionales, remitiéndose el TJUE en último término a la decisión del legislador nacional al respecto, en contra de lo que había concluido la Comisión y aceptado el Tribunal General.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, R., 2001: «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*: 154, 63-94.
- BIONDI, A. y STEFAN, O. 2017: «The Notice on the Notion of State Aid: Every Light has its Shadow», in Nascimbene, B. and Di Pascale, A. (eds), *The Modernisation of EU State Aid Control: Evolution and Perspectives of the EU Rules on State Aids and Services of General Economic Interest*: 43-61.
- BLAUBERGER, M., 2009: «Of «Good» and «Bad» Subsidies: European State Aid Control through *Soft* and *Hard Law*», *West European Politics*, 32 (4): 719-737.
- CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G: *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CINI, M., 2001: «The *soft law* approach: Commission rule-making in the EU's state aid regime» *Journal of European Public Policy*, 8(2): 192-207.
- CYNDECKA, M.A., 2021: «State aid and the financial sector: the crisis and beyond» en Hancher, L. y Piernas López, J.J. (eds.), *Research handbook on EU state aid law*, Reino Unido: Edward Elgar.
- DE WITTE, B., 2018: «The Place of the OMC in the System of EU Competences and Sources of Law» *European papers*: 207-213.
- DOLEYS, T., 2012: «Managing state aid in a time of crisis: Commission crisis communications and the financial sector bailout», *Journal of European Integration*, 34: 549-565.
- FAJARDO DEL CASTILLO, T., 2024: *El soft law en el derecho internacional y europeo: Su capacidad para dar respuesta a los desafíos normativos actuales*, Valencia: Tirant.

- FERRI, D., 2022: «The role of *soft law* in advancing the rights of persons with disabilities in the EU: A ‘hybridity’ approach to EU disability *law*», *European Law Journal*, 28: 134–153.
- LEMONNIER, V., 2023: «The EU Green Deal Industrial Plan: Did the EU Just Avert a Revolution in State Aid *Law*?», *European State Aid Law Quarterly*, 22: 123-132.
- NICOLAIDES, P., 2022: «The Evolving Interpretation of Article 107(3)(b)», *European State Aid Law Quarterly*, 21: 31-42.
- PETROPOULOU IONESCU, D., ELIANTONIO, M., 2021: «Democratic Legitimacy and *Soft Law* in the EU Legal Order: A Theoretical Perspective», *Journal of Contemporary European Research*, 17 (1): 43-65.
- PIERNAS LÓPEZ, J.J. 2023: «The transformation of EU State aid *law* ... and its discontents», *Common Market Law Review*, 60 (6): 1623- 1654.
- FOR AN ANALYSIS OF THE RECENT ROLE OF THE COMMISSION AS A CRISIS MANAGER IN THE STATE AID
- PIERNAS LÓPEZ, J.J. y CINI, M., 2024, «EU rule-making and rule-change in crises: The case of State aid control», EN WEISMANN, P., FROMAGE, D. y HERITIER, A. (Eds.), *EU regulatory responses to crises. Adaptation or transformation?* (Oxford University Press, en prensa).
- SARMIENTO, D., 2022: El Derecho de la Unión Europea, Madrid: Marcial Pons.
- SMITH, MP., 1998: «Autonomy by the Rules: The European Commission and the Development of State Aid Policy», *Journal of Common Market Studies*, 36: 55-78.
- SNYDER, F., 1993: «The Effectiveness of European Community *Law*: Institutions, Processes, Tools and Techniques», *The Modern Law Review*, 56: 19-54.
- STEFAN, O. 2024: «Preserving the Rule of *Law* Through Transnational *Soft Law*: The Cooperation and Verification Mechanism», 1-22.