

Consulta pública del Libro Blanco sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras

Contribución del Círculo de Empresarios

El Círculo de Empresarios agradece a la Comisión Europea el trabajo llevado a cabo, con el que trata de proponer orientaciones sustantivas y de procedimiento preliminares para actualizar, dar coherencia y mejorar la actual normativa reguladora del mercado interior y del acceso a la financiación de la UE, especialmente con respecto a las posibles distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras. Esta contribución es el resultado de consolidar las opiniones de diferentes expertos de despachos de abogados especializados en el asesoramiento a empresas españolas y extranjeras en estas materias.

Pregunta 1: *¿Cree que existe la necesidad de establecer nuevos instrumentos jurídicos para abordar las distorsiones en el mercado interno derivadas de subvenciones concedidas por autoridades no pertenecientes a la UE («subvenciones extranjeras»)? Proporcionése información más detallada e inclúyanse también ejemplos de distorsiones pasadas derivadas de subvenciones extranjeras.*

El Libro Blanco tiene como telón de fondo el creciente malestar provocado por situaciones en las que las subvenciones extranjeras parecen haber falseado la competencia en el mercado interior y facilitado la adquisición de empresas en la UE. Los llamamientos a favor de una política industrial europea -que se dio a conocer oficialmente en marzo de 2020¹- se remontan al manifiesto franco-alemán de 2019², en el que se destacaba el hecho de que las empresas de la UE sufren una desventaja competitiva en relación con las empresas extranjeras “*fuertemente subvencionadas*”³.

Si se llegan a adoptar, las propuestas del Libro Blanco tendrían profundas repercusiones en el marco normativo y en el clima empresarial de la UE. El amplio alcance de los instrumentos propuestos abarca una notable gama de escenarios e incluye a un gran número de operadores económicos que se benefician de subvenciones provenientes de terceros países. De aplicarse, estas propuestas introducirían un nuevo régimen potencialmente oneroso, que abarcaría tanto

¹ Comunicado de prensa de la Comisión Europea de 10 de marzo de 2020, “Preparar a las empresas europeas para el futuro: una nueva estrategia industrial para una Europa ecológica, digital y competitiva a escala mundial”, disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_416

² Disponible en: https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/locale/piece-jointe/2019/02/1043_-_a_franco-german_manifesto_for_a_european_industrial_policy_fit_for_the_21st_century.pdf

³ Existen actores dentro de la UE que creen que las propuestas de la CE no tienen el suficiente calado. Por ejemplo, el Partido Popular Europeo ha solicitado una prohibición temporal de la adquisición por parte de China de las empresas europeas que se han hecho vulnerables por la COVID-19. Disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-eu-china-investment/europe-should-temporarily-ban-chinese-takeovers-germanys-weber-idUSKBN22SOWR>

las conductas en curso, así como un gran número de adquisiciones. Es evidente que existen dificultades para diseñar un nuevo régimen jurídico viable, así como dificultades políticas para lograr el equilibrio entre la promoción de la inversión extranjera y la protección de las empresas europeas. Mientras que la economía de la UE crece cada vez más vinculada al resto del mundo, existe la correspondiente necesidad de formular instrumentos para garantizar que las subvenciones extranjeras no distorsionen el mercado de la UE.

Si bien la UE cuenta con una serie de instrumentos para hacer frente a las posibles distorsiones del mercado causadas por las subvenciones extranjeras, este conjunto de instrumentos ya no parece suficiente para abordar adecuadamente la cuestión de las subvenciones extranjeras. Frente a las subvenciones extranjeras que facilitan la adquisición de empresas de la UE, distorsionan las decisiones en materia de inversión o las políticas comerciales o incluso afectan negativamente a la contratación pública, existe una clara necesidad de colmar las lagunas reglamentarias existentes.

Sin embargo, en el contexto de un procedimiento rápido en materia de control de concentraciones o de un sistema de contratación pública con plazos estrictos, la introducción de nuevo régimen en materia de subvenciones extranjeras podría resultar demasiado problemático en la medida en que las posibles distorsiones se examinarían en el marco de múltiples procedimientos con posibles duplicidades. La adaptación de las actuales normas en materia de mercado interior, control de concentraciones y contratación pública para que las autoridades competentes tengan en cuenta los efectos de las subvenciones extranjeras puede ser más sencillo de llevar a cabo que la introducción de una nueva legislación para abordar este problema.

El nuevo régimen propuesto complicaría aún más el sistema normativo de la UE, dificultando la labor de los inversores extranjeros que desean invertir u operar en la UE, sobre todo si tienen que hacer frente en paralelo al sistema de notificación en materia de control de concentraciones y de control inversiones extranjeras directas.

También existe el riesgo de que los terceros países adopten medidas similares, lo que podría dar lugar a que las empresas de la UE que reciban ayudas provenientes de Estados miembros de la UE estén sujetas a normas sobre subvenciones extranjeras. En particular, esto podría ocurrir a la vista de las importantes ayudas que algunas empresas están recibiendo para paliar los efectos de la crisis COVID-19 en la UE. Asimismo, estos terceros países podrían adoptar medidas en forma de represalias comerciales. Por lo tanto, esto significa que los efectos de la propuesta contenida en el Libro Blanco podrán ser tangibles sólo a largo plazo.

Un ejemplo de una posible distorsión pasada derivada de subvenciones extranjeras es la del asunto CRRC Zhuzhou/Vossloh. La Oficina Federal de Cárteles de Alemania (“**OFCA**”, en alemán “*Bundeskartellamt*”) analizó las subvenciones estatales concedidas por el gobierno chino en su análisis de control de concentraciones en la adquisición de Vossloh Locomotives por parte de CRRC Zhuzhou. La OFCA señaló que CRRC Zhuzhou estaba subvencionada por los fondos estatales “*Made in China 2025*” y “*Belt and Road Initiative*”. Las subvenciones recibidas también incluían

la financiación del Gobierno chino y préstamos bancarios de los bancos estatales. A pesar de lo anterior, la OFCA autorizó la concentración en abril de 2020.

Pregunta 2: *¿Cree que el marco presentado en el Libro Blanco aborda adecuadamente las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado interior? Proporciónese información más detallada.*

El alcance de los instrumentos propuestos en el Libro Blanco es muy amplio. Con carácter general, entre los socios del Círculo de Empresarios se considera que la Comisión no justifica suficientemente la necesidad de contar con tres módulos diferenciados, que a priori podrían ser examinados por autoridades diferentes, cuando además las adquisiciones subvencionadas y las subvenciones en el seno de procedimientos de contratación pública pueden ser también examinados bajo el Módulo 1.

En este sentido, la autoridad de supervisión, que podría ser tanto una autoridad nacional como la Comisión, podría actuar basándose en cualquier indicio o información en el sentido de que una empresa de la UE se beneficia de una subvención extranjera. Desde el Círculo hemos constatado opiniones diferentes en cuanto a quién debería ser la autoridad competente dada la necesaria homogeneidad del procedimiento. Unas se inclinan porque sea la Comisión quien tenga el control único, similar para las ayudas de Estado, sin perjuicio de que adopte los mecanismos que resulten procedentes dada la imposibilidad de introducir un régimen de control idéntico al existente para las ayudas de Estado. Otras lo hacen a favor de establecer dos niveles en el procedimiento: en la fase preliminar cada Estado miembro podría designar una autoridad para realizar la investigación y en la segunda fase la autoridad europea pasara a ser la responsable, siempre que los criterios para la imposición de medidas correctivas o aceptación de compromisos sean únicos.

Si bien Círculo de Empresarios no se opone a las razones que se expresan en la parte declarativa del documento, no dejan de sorprender algunas de las consecuencias derivadas de las medidas previstas, por ejemplo:

- Los instrumentos propuestos tienen por objeto funcionar independientemente de las normas sobre el mercado interior, control de concentraciones, control de inversiones extranjeras directas y contratación pública, lo que podría suponer una importante carga para los operadores económicos que reciban subvenciones extranjeras. En este sentido, puede haber diferentes equipos o autoridades de supervisión competentes que participen en la aplicación de los distintos instrumentos propuestos por el Libro Blanco, lo que podría dar lugar a posibles solapamientos de competencias y duplicidades. Por consiguiente, es necesario reducir al mínimo la carga administrativa y que haya un cierto grado de coordinación y cooperación entre las distintas autoridades competentes.
- El Libro Blanco identifica ciertas lagunas existentes en la legislación vigente y subraya la complementariedad de las propuestas con otros instrumentos de política de la UE. No obstante, como ya hemos indicado, pueden existir ciertos solapamientos entre los distintos

ámbitos de actuación. Por ejemplo, cuando exista una superposición entre los nuevos instrumentos y un acuerdo comercial bilateral, puede ser más apropiado abordar la subvención extranjera distorsionante con arreglo a las disposiciones sobre solución de controversias del acuerdo comercial pertinente. Sin embargo, es difícil conciliar las garantías sobre la apertura y transparencia del nuevo régimen, con el hecho de que los mecanismos de solución de controversias de los acuerdos comerciales bilaterales suelen entrañar procedimientos de arbitraje entre las partes contratantes.

- En el Libro Blanco se indica que los instrumentos jurídicos se basarán en cierto grado en la autoevaluación por parte de los operadores económicos que reciban subvenciones extranjeras. La identificación y gestión de estos riesgos podría resultar difícil y onerosa, en particular si no se definen claramente las categorías de subvenciones afectadas y los umbrales de intervención.
- El Libro Blanco es innovador y detallado, pero hay varios conceptos claves que deben desarrollarse de forma más precisa. Por ejemplo, habría que desarrollar los conceptos de “subvenciones extranjeras”, de “distorsiones producidas por las subvenciones extranjeras” y de “influencia material” para evitar cualquier tipo de inseguridad jurídica.
- A la hora de iniciar el procedimiento, sería recomendable que la Comisión Europea estableciese unos umbrales cuantitativos que faciliten la identificación del impacto de una medida de ayuda de Estado, de forma que (i) las empresas que las reciban puedan ser conscientes de la posibilidad de que afecte a sus negocios en la Unión Europea, (ii) el procedimiento de investigación se centre en las medidas que realmente puedan tener un impacto sensible en el mercado interior, y (iii) los terceros potencialmente afectados puedan valorar las opciones de denunciar una situación irregular.
- La propuesta contenida en el Libro Blanco concede un amplio margen de discreción a la Comisión (y a las autoridades nacionales de supervisión), pero a su vez fija un umbral mínimo (de *minimis*) para la investigación de subvenciones extranjeras en el marco del Módulo 1 demasiado bajo (200.000 euros en un período de tres años). Esto amplía considerablemente el ámbito de intervención de la Comisión y de las autoridades nacionales de supervisión.
- El Libro Blanco pretende ampliar la jurisdicción de la Comisión Europea fuera de sus fronteras. Existen dudas respecto a la capacidad de aplicación de este instrumento. Esto se debe a que la Comisión Europea no tiene jurisdicción para actuar frente a las subvenciones concedidas por terceros países, lo que previsiblemente dificultaría cualquier investigación. Además, los terceros países podrían llegar incluso a impedir activamente que sus empresas colaboren con la Comisión Europea.
- Las empresas europeas también podrían verse afectadas por las nuevas obligaciones previstas en el Libro Blanco, ya que la aplicación de la normativa sobre subvenciones extranjeras no depende de la nacionalidad de la empresa sino de la nacionalidad del país que concede el subsidio.

El texto plantea otras dudas sobre las que sería necesario obtener alguna aclaración. En concreto:

- La prueba de interés de la UE tiene que ser desarrollada y definida de manera más precisa. A este respecto, la Comisión podría aprovechar su experiencia en la aplicación de las normas de la UE en materia de ayudas de estado. Además, el Libro Blanco sugiere que sólo la Comisión será competente para aplicar la prueba de interés de la UE, lo que plantea interrogantes sobre la forma en que se aplicará en la práctica cuando el Módulo 1 sea aplicado por una autoridad nacional de supervisión competente.
- Aunque el nuevo instrumento propuesto está sin duda más inspirado por las preocupaciones sobre la creciente influencia de China en la economía de la UE, este podría tener repercusiones importantes para una amplia gama de inversores que obtengan subvenciones de otros países. Por ejemplo, una vez que el periodo transitorio del Brexit haya concluido, los operadores económicos que se beneficien de subvenciones proveniente del Reino Unido podrían verse afectados por el instrumento propuesto.
- El Libro Blanco deja cuestiones abiertas que deberían definirse con el fin de garantizar la seguridad jurídica de las sociedades de terceros Estados que operen en la Unión Europea o que quieran adquirir empresas de la Unión Europea.

MÓDULO 1

Pregunta 1: *¿Considera que el Módulo 1 aborda adecuadamente las distorsiones del mercado interior provocadas por subvenciones extranjeras concedidas a empresas en la UE?*

El nuevo instrumento propuesto en el Módulo 1 supone un aumento de los riesgos normativos a los que se enfrentan las empresas que reciben subvenciones extranjeras.

Para comprender el impacto de las propuestas del Módulo 1 sería necesario desarrollar varios conceptos clave. La definición de “subvención extranjera” parece derivarse en gran medida de los Reglamentos antisubvenciones⁴ y del sector de las aerolíneas de la UE⁵ que, a su vez, se basan en las normas de la Organización Mundial del Comercio (“OMC”). Sin embargo, sigue sin estar claro cómo se relaciona esta noción con la de “ayuda” derivada de las normas de la UE sobre ayudas estatales. Esto debe aclararse para evitar posibles interpretaciones contradictorias, así como para promover la eficacia del nuevo sistema. La aclaración es aún más importante cuando la sección 4.1.7 del Libro Blanco prevé que la responsabilidad de aplicación en el marco del Módulo 1 será compartida entre la Comisión y los Estados miembros. El riesgo de interpretaciones contradictorias y, en última instancia, de resultados divergentes, es particularmente grave para las autoridades nacionales de la UE.

El Libro Blanco contiene propuestas destinadas a complementar las normas de derecho de la competencia vigentes en la UE para hacer frente a las distorsiones derivadas de las subvenciones concedidas por terceros países. Para ello, el sistema propuesto introduce la noción de “conducta agresiva en el mercado” facilitada por las subvenciones, evitando el uso de los conceptos de “conducta colusoria” o “conducta abusiva” ampliamente desarrollados en materia de defensa de la competencia.

No obstante, la propuesta no define la noción de “conducta agresiva en el mercado” pero sugiere que este concepto es más amplio que el de la “distorsión de la competencia”. Además, la noción de “distorsión del mercado interior” contenida en el Módulo 1 es más estricta que el criterio de “distorsión de la competencia”. Como consecuencia de esta diferencia, las empresas que se benefician de una subvención extranjera estarían sometidas a un régimen más estricto que aquellas cuya conducta distorsiona la competencia en la UE.

Cabe destacar que el Libro Blanco sugiere que las subvenciones extranjeras podrían utilizarse para fijar precios más bajos que los de los competidores, pero no propone que la fijación de precios sea inferior a cualquier medida específica de costes para que sea problemática, a diferencia de lo que ocurre con los precios predatorios.

⁴ Artículo 3 del Reglamento (UE) 2016/1037 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 sobre la defensa contra las importaciones subvencionadas originarias de países no miembros de la Unión Europea.

⁵ Artículo 2, apartado 9 del Reglamento (UE) 2019/712 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 relativo a la defensa de la competencia en el transporte aéreo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 868/2004.

En el apartado 4.1.1 del Libro Blanco, se indica que la autoridad supervisora archivará el caso al final de la investigación preliminar si, entre otros motivos, este no constituyera una “prioridad”⁶. Consideramos que la Comisión no debería discriminar de forma arbitraria unos asuntos frente a otros ni basar el inicio de investigaciones en criterios opacos que no pueden anticiparse ex ante por lo que en el caso de que vaya a priorizar unos asuntos frente a otros, debería indicar en su futura propuesta los criterios en los que va a basar dicha elección.

Creemos que sería recomendable introducir un sistema de consultas previas que permita a las empresas analizar la compatibilidad con el mercado interior de cualquier subsidio de un tercer país que puedan recibir con carácter previo a su recepción. El objetivo perseguido es minimizar los riesgos de autoevaluación de las posibles empresas beneficiarias y garantizar la seguridad jurídica de las mismas⁷.

El Libro Blanco clarifica que los instrumentos propuestos podrían no aplicarse únicamente a las entidades establecidas en la Unión Europea sino también a aquellas que estén “activas en la Unión Europea”. El Libro Blanco no especifica cuando debe entenderse que una entidad está activa en la Unión Europea limitándose a indicar como ejemplo aquellas entidades que quieran adquirir una empresa de la Unión. Si bien hemos notado que el nivel de actividad en la Unión Europea es uno de los elementos que el Libro Blanco propone tener en cuenta para analizar las distorsiones que pueden causar los subsidios extranjeros en el mercado interior, invitamos a la Comisión a definir con claridad bajo qué supuestos va a entenderse que una entidad está “activa en la Unión Europea”. En este sentido, sería deseable evitar que entidades con una presencia o actividad muy limitada en la Unión Europea que no tenga aptitud para distorsionar el mercado interior deban asumir la carga administrativa de este procedimiento.

Pregunta 2: *¿Está de acuerdo con el mecanismo procedimental presentado en el Libro blanco, es decir, procedimiento de investigación en dos etapas, las herramientas de investigación de la autoridad competente, etc.? (Véase la sección 4.1.5 del Libro Blanco).*

La sección 4.1.5 del Libro Blanco no aclara varios aspectos procedimentales de gran importancia, como son el grado de discreción para investigar de la autoridad competente, así como los derechos de los beneficiarios de subvenciones extranjeras y del gobierno u organismo público del Estado que concede la subvención.

Con arreglo a las normas de la UE sobre ayudas estatales, los derechos procesales están limitados tradicionalmente porque el Estado miembro de la UE que concede la ayuda es la principal parte defensora y está obligado a cooperar con las instituciones de la UE. La eficacia del régimen de ayudas estatales de la Unión Europea está estrechamente vinculada a las amplias facultades de

⁶ No obstante, no se vuelve hacer referencia a esta cuestión en el apartado 4.1.5 Procedimiento.

⁷ Asimismo, hacemos notar que si bajo el Módulo 1 no se contempla un sistema de notificación previa por parte de los beneficiarios, gran parte de los subsidios de terceros países podrían escapar al control de la Comisión considerando, en particular, las dificultades de detección de los mismos.

la Comisión Europea para exigir información a los Estados miembros y a los presuntos beneficiarios de la ayuda.

La Comisión Europea no dispone de estas facultades con respecto a terceros países, que probablemente sean mucho más reticentes a responder a solicitudes de información. De hecho, algunos países podrían impedir que los beneficiarios compartan información con la Comisión Europea. Los diversos grados de proteccionismo y las preocupaciones relacionadas con la confidencialidad de la información, especialmente en relación con los sectores estratégicos, podrían debilitar aún más la eficacia práctica del régimen propuesto. Los beneficiarios pueden encontrarse entre la espada y la pared. Deberán decidir entre cumplir con una solicitud de información de la UE, o con las exigencias de confidencialidad del país que le ha concedido la subvención.

La sección 4.1.5 propone superar los problemas relativos al acceso a la información recurriendo a toma de decisiones sobre la base de los “hechos disponibles”, de forma similar al procedimiento que se sigue con arreglo a los instrumentos de defensa comercial de la UE y las normas sobre ayudas estatales. No obstante, esta técnica se basa en las normas de la OMC y fue concebida para lograr una protección más eficaz contra los bienes competidores de terceros países. Por lo tanto, puede resultar inadecuada para justificar medidas destinadas a garantizar la igualdad de condiciones en el mercado interior.

Parece acertado introducir un mecanismo dividido en dos fases que permita tratar con celeridad aquellos casos que, a pesar de estar sujetos al mecanismo de control, no tengan aptitud para distorsionar el mercado interior y no situar a la empresa investigada en una situación de inseguridad jurídica que perjudique a sus decisiones comerciales e inversiones. No obstante, consideramos que:

- (i) el procedimiento tiene que ser suficientemente ágil como para dar cabida a todas las situaciones que se puedan plantear, incluyendo la intervención de terceros interesados o afectados;
- (ii) la primera fase debe estar sujeta a un plazo breve que permita tratar con celeridad casos que difícilmente puedan distorsionar el mercado interior;
- (iii) en beneficio de la actividad económica y la seguridad jurídica, debe establecerse siempre un silencio positivo, de forma que, si la autoridad no puede resolver en el plazo legal, deberá presumirse que no existe ayuda o que ésta es compatible con el mercado interior (cabiendo la posibilidad de recurso por el denunciante, en su caso).
- (iv) la(s) empresa(s) afectada(s) debe(n) poder presentar alegaciones durante la primera fase;
- (v) la(s) empresa(s) afectada(s) debe(n) poder proponer compromisos al final de la primera fase para evitar el inicio de una segunda fase si la autoridad supervisora considera que el subsidio puede dar lugar a una distorsión del mercado interior;
- (vi) la Comisión debe clarificar los derechos de la(s) empresa(s) afectada(s) durante la segunda fase y, en particular, la posibilidad de presentar alegaciones, la información sobre la investigación a la que tiene acceso y el momento en que puede proponer compromisos (sería deseable en este sentido que la autoridad supervisora mantenga informada a la(s)

empresa(s) afectada(s) del desarrollo del procedimiento y que, si considera que el subsidio puede dar lugar a una distorsión del mercado interior informe a las empresas para que pueda(n) proponer compromisos;

- (vii) la Comisión debe clarificar los derechos del tercer país que haya otorgado el subsidio durante el procedimiento. Esto que requeriría: (i) el establecimiento de un cauce de denuncia pautado y único, con un contenido mínimo para que la autoridad inicie el procedimiento, y (ii) la publicación de todos los casos en los que la autoridad decida abrir la segunda fase del procedimiento. La participación de terceros debe ser compatible en todo caso con unos plazos cortos para la resolución.

El mecanismo procedimental presentado en el Módulo 1 también genera otro tipo de preguntas. Por ejemplo, ¿cómo se detectarán realmente las subvenciones extranjeras si los flujos de fondos de terceros países a empresas son difíciles de identificar? En este sentido, sería interesante introducir la posibilidad de que el procedimiento contenido en el Módulo 1 se pueda iniciar a instancia de parte, mediante una denuncia de un tercero interesado que se pueda ver afectado por una distorsión derivada de una subvención extranjera.

Por último, es importante analizar los efectos negativos derivados de la vigilancia constante a la que se verán sometidos los operadores del mercado, la amenaza de que se inicie una investigación en cualquier momento dentro del plazo de diez años y la amenaza de sanciones que pueden ser incluso retroactivas.

Pregunta 3: ¿Está de acuerdo con los criterios de evaluación sustantivos (sección 4.1.3) y la lista de medidas correctoras (sección 4.1.6) presentados en el Libro Blanco?

El Libro Blanco propone nuevos instrumentos para hacer frente a cualquier “distorsión en el mercado interior”, pero, como ya hemos indicado, esta noción también debe ser aclarada. En consonancia con las normas sobre ayudas estatales de la UE, el documento enumera las categorías de subvenciones que pueden tener efectos de distorsión. Sin embargo, la experiencia nos dice que esa lista no puede ser exhaustiva. La lista propuesta de subvenciones que causan distorsión en el Libro Blanco se basa en la experiencia del concepto de “subvenciones prohibidas” del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la OMC, pero la amplía y modifica aún más, reforzando la impresión de que se trata de un enfoque híbrido. Si las normas sobre las ayudas estatales proporcionan en última instancia la orientación que debe seguirse en este caso, se establecerá fácilmente la existencia de una distorsión, y así se podrán adoptar medidas contra un determinado tipo de subvenciones.

La sección 4.1.3 del Libro Blanco propone que se tenga en cuenta el tamaño del beneficiario y si éste goza de derechos especiales o exclusivos en su mercado interno al evaluar si los subsidios facilitan una conducta agresiva en el mercado, pero no menciona la necesidad de analizar el poder de mercado o la dependencia económica, como ocurre en materia de derecho de la competencia.

En relación con las medidas correctoras, consideramos que los remedios estructurales y de comportamiento pueden ser los más adecuados dadas las dificultades que puede afrontar la Comisión para comprobar y garantizar que la empresa devuelva el subsidio a un tercer Estado. Parece positivo no solo incluir todo un elenco de posibles medidas correctoras, sino hacerlo sin exclusión de otras que, a pesar de no estar incluidas en la relación, pudieran ser procedentes en cada caso concreto. En todo caso, debe preverse que la resolución que se adopte justifique en cada caso concreto la adecuación y proporcionalidad de la medida. Deben establecerse con toda claridad las sanciones y los supuestos en los que procedería su aplicación. En este sentido, mutatis mutandis, los términos de las multas establecidas en el Reglamento 139/2004, sobre el control de concentraciones entre empresas, pueden ser una referencia adecuada.

No obstante, no compartimos la propuesta de que la empresa en cuestión tenga que realizar “pagos correctores” a la Comisión o a los Estados miembros. De contemplarse dichos pagos, proponemos que se realicen únicamente a aquellos competidores de la empresa que se hayan visto negativamente afectados por el subsidio de forma que se garantice el cumplimiento del objetivo perseguido por la norma propuesta de igualar las condiciones de competencia en el mercado interior⁸.

En la sección 4.1.6 se habla abiertamente sobre la desinversión de activos y la reducción de la presencia en el mercado, medidas que en Derecho de la competencia se reservan para casos muy acotados relacionados con los compromisos que las partes presentan en el ámbito de control de concentraciones. La utilización de este tipo de instrumentos para corregir distorsiones en el mercado interior derivadas de subvenciones extranjeras podría tener consecuencias muy graves en la estructura de los mercados y en la libre competencia.

En relación con las medidas que se incluyen en el Módulo 3 de este Libro Blanco, sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras, también deberían incluirse en el catálogo de medidas correctoras (i) una prohibición de contratar con el sector público durante un plazo determinado, y (ii) la exclusión de los procedimientos de contratación pública a los que la sociedad estuviera concurriendo en el momento de que se emitiera la decisión. Lo anterior, con motivo de que el resultado del mecanismo descrito en este Módulo es el mismo que el que se desgrana en el Módulo 3, es decir, la determinación como anticompetitiva de una subvención extranjera.

Pregunta 4: *¿Considera útil incluir una prueba de interés de la UE para objetivos de política pública (secciones 4.1.4) y qué debería incluirse, en su opinión, como criterios en esta prueba?*

En la sección 4.1.4 del Libro Blanco se establece la necesidad de sopesar la distorsión con respecto al efecto posiblemente positivo de la subvención extranjera, lo que en el Módulo 1 se identifica como “prueba del interés de la UE”.

⁸ En cualquier caso, dado que los subsidios no están sometidos a ninguna obligación de notificación a la Comisión y esta dispone de un plazo de diez años para revisarlos e imponer medidas correctoras, invitamos a la Comisión a limitar el uso de remedios estructurales con posterioridad al cierre de la adquisición o inversión.

Analizar las consecuencias derivadas de una subvención en relación con los objetivos de las políticas públicas - como la creación de empleo, la neutralidad climática, la protección del medio ambiente y la seguridad pública - es una característica bien conocida de las ayudas estatales. Si las nociones jurídicas de “subvención extranjera” y “distorsión” se interpretan con la amplitud que creemos que pueden tener, la evaluación con arreglo a esta “prueba de interés de la UE” será fundamental. Esto también significaría politizar más la evaluación, más allá de lo que ocurre con las normas de la UE sobre ayudas de estado. Por consiguiente, la forma en que la Comisión Europea y las autoridades nacionales ejerzan su discreción estaría sujeta a un intenso escrutinio.

Determinar cuál podría ser el interés colectivo de la UE en relación con un acuerdo que se produzca en Alemania, Francia, España o en cualquier otro lugar podría resultar extremadamente complejo. Los distintos Estados miembros tienen intereses muy dispares, así que no consideramos esta defensa sea lo suficientemente clara como para ser utilizada realmente de manera eficiente.

En aras de garantizar el objetivo perseguido por el Libro Blanco de igualar las condiciones de competencia en el mercado interior consideramos adecuado que, en la medida de lo posible, las categorías de subsidios permitidos se equiparen a las categorías de ayudas de Estado permitidas bajo la normativa de la Unión. De lo contrario, la Comisión podría prohibir subsidios que están autorizados bajo la normativa de ayudas de Estado y viceversa.

El Libro Blanco sugiere que sólo la Comisión será competente para aplicar la prueba de interés de la UE, lo que plantea interrogantes sobre la forma en que se aplicará en la práctica cuando el Módulo 1 sea aplicado por una autoridad nacional de supervisión. Creemos que al igual que las autoridades de competencia nacionales son competentes para aplicar el artículo 101, apartado 3 del Tratado de Funcionamiento de la UE en materia de prácticas colusorias⁹ desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003¹⁰, las autoridades de supervisión nacionales deberían ser competentes para aplicar un instrumento similar a la “prueba de interés de la UE” a nivel nacional.

Pregunta 5: *¿Cree que el Módulo 1 debe abarcar también las adquisiciones subvencionadas (p. ej., aquellas que están por debajo del umbral establecido en el Módulo 2)? (sección 4.1.2)*

El Módulo 1 otorga a las autoridades competentes un margen de discreción demasiado amplio para decidir que investigar. En particular, conceder a las autoridades competentes la capacidad para cerrar una investigación en profundidad por el mero hecho de que ese asunto ya no sea una prioridad, podría desincentivar la colaboración de las empresas afectadas por las subvenciones extranjeras con la Comisión Europea a largo plazo. Asimismo, este margen de discreción tan amplio facilita el uso político de la normativa sobre subvenciones extranjeras.

⁹ Los acuerdos que cumplan los requisitos de exención contenidos en el artículo 101, apartado 3 del TFUE son automáticamente conformes con las normas de defensa de la competencia sin necesidad de contar con autorización por parte de los órganos administrativos.

¹⁰ Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Si el Módulo 1 incluye también las adquisiciones subvencionadas que estén por debajo del umbral establecido en el Módulo 2, puede existir un riesgo de solapamiento entre las actuaciones de las distintas autoridades supervisoras. Pueden darse situaciones en las que no es seguro que se cumplan los umbrales establecidos en el Módulo 2 y una empresa sea investigada mediante ambos instrumentos. A su vez, podría dar lugar a diferencias en el tratamiento de estas operaciones que podrían no estar justificadas (e.g. el Módulo 1 no contempla una obligación de notificación; la obligación de suspensión de la operación se prevé en el Módulo 2 pero no en el Módulo 1). De mantenerse ambos módulos, se propone que estas operaciones estén sujetas a las mismas obligaciones que establece el Módulo 2, sin perjuicio de que pueda contemplarse un procedimiento abreviado para las mismas. Nótese que el procedimiento actual permitiría a la autoridad competente prohibir (o imponer condiciones a) operaciones que los adquirentes no están obligados a notificar y pueden cerrar sin esperar a recibir autorización de la Comisión, generando una gran inseguridad jurídica para los inversores¹¹.

Pregunta 6: *¿Cree que debe existir un umbral mínimo (de minimis) para la investigación de subvenciones extranjeras en el marco del Módulo 1 y, si así fuera, está de acuerdo con la forma en que se presenta en el Libro Blanco (sección 4.1.3)?*

En el Libro Blanco se prevé que las subvenciones extranjeras que se sitúen por debajo de un umbral de *minimis* quedarán fuera del alcance de los nuevos instrumentos: se prevé un umbral de 200.000 euros, concedido durante un período de tres años. Esto se ajusta al umbral general de *minimis* establecido en las normas sobre ayudas estatales de la UE, pero queda por ver si la Comisión Europea también reflejará sus umbrales de *minimis* específicos aplicables a los préstamos (hasta 1 millón de euros) y las garantías (0,75-1,5 millones de euros, dependiendo de la duración).

La utilización del mismo umbral previsto en la normativa de ayudas de Estado parece apropiada, dado que el objetivo de la normativa propuesta es igualar las condiciones de competencia en el mercado interior. Si se previera que el establecimiento de dicho umbral diera lugar a un excesivo número de casos con una aptitud limitada para distorsionar el mercado interior, podrían adoptarse medidas alternativas (e.g. procedimientos abreviados en el caso de subvenciones que no superen un determinado importe).

Sin embargo, el umbral establecido parece sorprendentemente bajo, por lo que un gran número de empresas que operan en la UE estarán sujetas a la normativa sobre subvenciones extranjeras. En cualquier caso, parece importante analizar más a fondo las consecuencias de la utilización de esos umbrales en relación con las subvenciones concedidas por gobiernos no pertenecientes a la

¹¹ Nótese además que estas operaciones podrían ser objeto de examen por la Comisión durante un periodo de 10 años. Sería pues recomendable que la Comisión adoptara las cautelas necesarias para garantizar el mayor grado posible de seguridad jurídica, dando por ejemplo preferencia a remedios de comportamiento sobre remedios estructurales, o que implementara el sistema de consulta previa propuesto supra.

UE en todo el mundo. Esto es fundamental para calibrar la aplicación de este instrumento y evitar una interferencia excesiva.

Pregunta 7: *¿Está de acuerdo con que la responsabilidad de la aplicación en el marco del Módulo 1 debe ser compartida entre la Comisión y los Estados miembros (sección 4.1.7)?*

La Comisión ha defendido esta iniciativa afirmando que se trata puramente de fijar unas reglas de juego uniforme, ya que el Libro Blanco se centra en las subvenciones extranjeras distorsionadoras, incluso si se conceden a empresas europeas. Sin embargo, el Libro Blanco describe un sistema complejo debido sobre todo a la falta de poder de ejecución contra terceros países y la posible necesidad de que autoridades nacionales adopten sistemas similares para que sean eficaces.

En este sentido, entre las empresas vinculadas al Círculo hay dos corrientes de opinión sobre cuál debe ser la autoridad competente: quienes defienden la participación de los Estados miembros, pero con decisión final europea, y quienes optan por la Comisión como autoridad única.

Por un lado, los Estados miembros están mejor situados para analizar posibles subvenciones extranjeras que afecten a sus mercados nacionales. Por otro lado, si las subvenciones extranjeras tienen un impacto en más de un Estado miembro (será necesario determinar un número determinado de Estados miembros) la Comisión estará mejor situada para analizar las posibles distorsiones en el mercado interior.

Si bien la participación de los Estados miembros es clave en la investigación, la decisión solo puede ser europea. En primer lugar, porque, aunque la medida solo afecte a un Estado miembro, sus efectos pueden desplegarse sobre el mercado interior en su conjunto. En segundo lugar, porque solo así se garantiza la unidad de criterio necesaria para una cuestión tan sensible a la hora de captar inversiones extranjeras como el nivel de tolerancia de un Estado miembro a las distorsiones en sus mercados nacionales. Y por último, porque la respuesta sancionatoria en caso de incumplimientos debe ser única para todo el territorio europeo.

En cualquier caso, para que los instrumentos descritos en el Módulo 1 sean eficaces, será necesario establecer mecanismos de coordinación entre la Comisión y las autoridades nacionales de supervisión competentes y herramientas de cooperación que permitan a una autoridad de un Estado miembro o a la Comisión Europea apoyarse en los recursos de otro Estado miembro para llevar a cabo las investigaciones (e.g., apoyo administrativo y judicial para la realización de inspecciones) y, en su caso, garantizar la ejecución de las sanciones que pudieran imponerse (e.g., garantizar la ejecutividad inmediata de una resolución sancionatoria de una autoridad en cualquier Estado miembro). Para la coordinación entre Estados miembros podría ser de utilidad reconocer expresamente la posibilidad de solicitar medidas o auxilio a los tribunales correspondientes o a otras autoridades nacionales, para así poder asegurar el desarrollo de sus actividades de investigación (por ejemplo, en relación con la realización de inspecciones). De

nuevo, el Reglamento 139/2004 puede facilitar una guía adecuada para la articulación de esta cuestión.

Dado el diseño actual del mecanismo, podría optarse porque sea la Comisión la única autoridad encargada de la implementación. En este sentido, la Comisión es la única que puede aplicar el “Test de interés de la Unión Europea”. Asimismo, las dificultades de obtención de información de terceros países también pueden hacer aconsejable que la Unión Europea centralice las peticiones de información a terceros países. A mayor abundamiento, la posibilidad de que una autoridad supervisora investigue un caso, aunque la Comisión (u otra autoridad supervisora nacional) lo haya cerrado genera una importante inseguridad jurídica y merma la efectividad del procedimiento de consulta que proponemos *supra*. En la misma línea, el sistema propuesto genera cierta duplicidad al permitir a varias autoridades nacionales investigar el subsidio en paralelo e incluso a la Comisión, ya que el Libro Blanco contempla la posibilidad de que esta inicie investigaciones preliminares paralelas a los de los Estados miembros, las cuales únicamente deberían suspenderse cuando la Comisión inicie la segunda fase del procedimiento. Por último, mientras que la Comisión dispone de una dilatada experiencia en el análisis de instrumentos de índole similar, los Estados miembros no disponen en la actualidad de ninguna competencia similar y tendrían por tanto dificultades adicionales para la implementación de este mecanismo. En este sistema propuesto de competencia exclusiva de la Comisión se seguiría manteniendo una cooperación con los Estados miembros que, a instancia de la Comisión o por iniciativa propia, podrían facilitar la información que pudieran tener relacionada con la investigación, así como aportar su conocimiento directo en el funcionamiento de sus mercados nacionales.

MÓDULO 2

Pregunta 1: *¿Considera que el Módulo 2 aborda adecuadamente las distorsiones del mercado interior provocadas por subvenciones extranjeras que facilitan la adquisición de empresas establecidas en la UE (objetivos de la UE)?*

El Módulo 2 constituye un paso importante para abordar posibles distorsiones causadas por subvenciones extranjeras en el mercado interno, en particular cuando se utilizan para facilitar la adquisición de objetivos de la UE. Mediante esta propuesta la Comisión Europea parece indicar que el procedimiento de control de concentraciones de la UE no es un instrumento adecuado para abordar esas distorsiones. De hecho, la finalidad de las normas de control de concentraciones de la UE es examinar si una adquisición obstaculizará considerablemente la competencia efectiva, independientemente del país en el que esté establecido el adquirente y teniendo en cuenta de manera limitada el origen de las subvenciones recibidas para llevar a cabo la operación. Como sabemos, el proteccionismo no desempeña un papel materia de control de concentraciones de la UE. De hecho, las normas de control de concentraciones se aplican por igual a las empresas de la UE y a las de terceros países. Esto se ejemplifica con la reciente fusión de Siemens/Alstom, que fue prohibida por la Comisión Europea en virtud de las normas de control de fusiones de la UE.

La actual crisis ha impulsado los llamamientos a favor de una política industrial europea y la protección los activos de la Unión Europea contra la competencia desleal proveniente de terceros países. Las propuestas del Libro Blanco afectarán no sólo a las empresas extranjeras, sino también a las empresas establecidas en la UE que se benefician directa o indirectamente de las subvenciones extranjeras o que son objeto de una adquisición por parte de una empresa extranjera subvencionada. Por consiguiente, se espera que el Libro Blanco y los instrumentos legislativos resultantes tengan amplias repercusiones en las inversiones, así como en las fusiones y adquisiciones en Europa.

El Libro Blanco señala que el control de las inversiones extranjeras directas no aborda específicamente las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras. No obstante, también reconoce que los instrumentos propuestos pueden solaparse con los regímenes de control de inversiones extranjeras directas existentes y dar lugar a procedimientos paralelos ante diferentes autoridades competentes.

Sin embargo, muchos regímenes de inversión extranjera tienen un alcance suficientemente amplio para permitir el análisis de la influencia de terceros países. El nuevo Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas en la UE¹² considera explícitamente si un inversor se benefició de una financiación importante, incluidas las subvenciones por parte del gobierno de un tercer país.

¹² Reglamento (UE) 2019/452 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019 para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión.

La propuesta de la Comisión Europea no sólo introduciría un nuevo obstáculo para las adquisiciones de empresas de la UE respaldadas por gobiernos extranjeros, sino que también plantea la perspectiva de que se imponga un mayor escrutinio a las adquisiciones de inversores no pertenecientes a la UE en sectores ya captados por los mecanismos de control de la inversión extranjera directa.

La incertidumbre relacionada con los procedimientos de control de concentraciones y de control de inversiones extranjeras ya tiene un impacto significativo en la elección del ganador en un proceso de subasta para la adquisición de empresas. Sin duda alguna, este nuevo sistema añadirá más complejidad, incertidumbre, retrasos y gastos a las adquisiciones de empresas respaldadas por gobiernos extranjeros (directa o indirectamente).

Si se restringe indebidamente a los adquirentes que se benefician de subvenciones extranjeras cuando tratan de invertir en empresas de la UE, ello puede minar el objetivo de lograr reglas de juego uniformes y podría dar lugar a una asignación ineficiente de recursos.

Se observa en esta propuesta un elemento que puede dotar de una alta inseguridad jurídica a las partes de una transacción. En particular, el hecho de que sea incierta la apertura de la segunda fase, y que dicha apertura no se corresponda con el período de suspensión, puede ocasionar que las partes procedan al cierre de la transacción, pero que posteriormente la autorización sea revocada.

Del mismo modo, el hecho de que existan dos fases, y una de ellas sea de incierta apertura puede dar lugar a disfunciones.

A nuestro juicio, por tanto, podría incluso resultar más conveniente establecer un procedimiento de tiempos tasados y con una única fase. En particular, el período temporal debería ser lo suficientemente amplio como para poder analizar con exhaustividad la información y poder formular peticiones si esta se estima insuficiente, pero a la vez debería no ser excesivamente prolongado para asegurar que las partes no pierdan el interés en la transacción, y de este modo evitar perjuicios si finalmente se estima que no existía distorsión. Durante toda esta fase se suspendería la capacidad de suscribir la transacción (a diferencia del modelo actual, que dispone solo una suspensión temporal -parece que por un período reducido al referirse a días hábiles- con sujeción a prórrogas).

De este modo, las partes podrían solventar la cuestión contractualmente tal y como se hace en materia de control de concentraciones -establecimiento de cláusulas suspensivas en el contrato hasta que exista autorización o no oposición-.

Igualmente, se propondría establecer con mayor certeza en qué momento de la negociación debe realizarse la notificación inicial (si basta una mera oferta o si debe existir algún compromiso vinculante, sujeto a la obtención de la autorización).

Entendemos que la posibilidad de revocar una adquisición ya finalizada genera una alta inseguridad jurídica a las partes que intervienen en la transacción, así como a posibles accionistas minoritarios. Además, es probable que las partes al considerar que la notificación no era pertinente no hayan regulado en los respectivos contratos cláusulas que regulen esta contingencia. En este sentido, sugerimos definir de forma clara el mecanismo para llevar a cabo la revocación de una operación de esta índole. No obstante, consideramos interesante, como medida alternativa a la cancelación, la posibilidad de imponer multas disuasorias en caso de no llevar a cabo la notificación obligatoria.

La introducción de un módulo específico que aborde las adquisiciones subvencionadas puede tener sentido cuando las empresas beneficiarias del subsidio son empresas que operan fuera de la Unión Europea y que, por tanto, escapan al control del Módulo 1 hasta que adquieren una empresa activa en la Unión Europea. Además, la falta de un sistema de notificación previa bajo el Módulo 1 puede hacer difícil la detección de estas operaciones cuando no alcanzan los umbrales de notificación de la normativa de control de concentraciones (en el marco de los cuales deben poner en conocimiento de la Comisión cualquier apoyo financiero recibido para la realización de la operación). De ser este el objetivo de este segundo módulo parecería lógico adoptar los umbrales establecidos para el Módulo 1. No obstante, somos conscientes de que dicho umbral podría resultar excesivamente amplio en la práctica y desincentivar a inversores interesados en adquirir empresas europeas. Alternativamente, podría combinarse la introducción de umbrales más elevados con el examen bajo el Módulo 1 de aquellos subsidios que no son examinados bajo este módulo.

Por último, hacemos notar que las empresas que han recibido subsidios de Estados miembros no están sujetas a un procedimiento similar al propuesto bajo el Módulo 2 y, por tanto, las adquisiciones que realicen no pueden condicionarse al cumplimiento de determinados compromisos ni prohibirse por dicho motivo. Ello puede dar lugar a una diferenciación importante por parte de un instrumento cuyo objetivo es igualar las condiciones de competencia en el mercado interior. La Comisión debe por tanto justificar debidamente la necesidad de recurrir a dichos mecanismos (y en último lugar, de prohibir una concentración) en lugar de aplicar aquellos más propios de la normativa de ayudas de Estado.

Pregunta 2: *¿Está de acuerdo con el mecanismo procedimental del Módulo 2, esto es, sistema obligatorio de notificación previa, procedimiento de investigación en dos etapas, las herramientas de investigación de la autoridad competente, etc.? (Véase la sección 4.2.5 del Libro Blanco)*

De acuerdo con lo establecido en la sección 4.2.5 del Libro Blanco, el procedimiento del Módulo 2 sería paralelo al procedimiento de control de concentraciones. Por este motivo, resulta fundamental que ambos estén alineados, evitando así el riesgo de resultados divergentes.

Una vez más, resulta necesario establecer con certeza quién es la autoridad decisoria. En este sentido, parece que el Libro Blanco establece un régimen doble, en que la Comisión Europea actuaría como autoridad decisoria para determinadas materias, y las autoridades nacionales para

otras materias. En este sentido, convendría definir de forma muy precisa en relación con el Módulo 2 en qué supuestos o bajo qué umbrales entraría en juego cada autoridad supervisora.

El Módulo 2 establece que los adquirentes deberán llevar a cabo un proceso interno para determinar si alguna entidad de su grupo que forme parte de la unidad económica ha recibido una subvención extranjera en los últimos tres años o se beneficiará en el año siguiente a la adquisición. Este ejercicio puede resultar especialmente difícil para los grandes grupos empresariales o las empresas que no disponen de un mecanismo interno de seguimiento de las contribuciones financieras recibidas de gobiernos u organismos públicos no pertenecientes a la UE. Además, el amplio alcance de la definición propuesta de “subvención extranjera” que figura en el Libro Blanco corre el riesgo de captar una amplia gama de contribuciones financieras. Por lo tanto, esto requerirá un difícil ejercicio de autoevaluación por parte de los adquirentes para determinar si alguna contribución financiera extranjera recibida le ha conferido un beneficio tal que pueda requerirse una notificación.

Los adquirentes que puedan haberse beneficiado de una subvención extranjera a efectos de facilitar la adquisición de un objetivo de la UE tendrán la obligación de notificar la operación a priori. Ello tendrá varias consecuencias, en particular la prohibición de cerrar la operación hasta que la autoridad competente haya completado su evaluación y el riesgo añadido de que se adopten medidas correctoras o se prohíba la operación en caso de que se encuentren contribuciones financieras que distorsionen la competencia. Este proceso de notificación se aplicaría por separado y en paralelo a cualquier procedimiento de control de concentraciones a nivel de la UE o nacional. En consecuencia, los acuerdos entre las partes tendrán que incluir cláusulas adicionales de condiciones suspensivas para tener en cuenta estas limitaciones temporales y los riesgos de aprobación de la operación.

No obstante, el Módulo 2 no aclara como el análisis de las adquisiciones facilitadas por subvenciones extranjeras se adecuará al procedimiento y los plazos en materia de control de concentraciones. Además, al igual que ocurre con el Módulo 1, el acceso a la información por parte de la Comisión Europea podrá ser limitado por la falta de cooperación de terceros países.

Es previsible que el Módulo 2 resulte aplicable a entidades cotizadas, dado que son las entidades de mayor trascendencia en la UE y que seguramente superen todos los umbrales que se establezcan en atención a su importancia económica.

En este sentido, se hace necesario que el procedimiento contemple en mayor medida las implicaciones de la normativa del mercado de valores. De este modo, las transacciones de adquisición de empresas pueden verse directamente impactadas por la normativa de prevención del abuso de mercado (*market abuse regulations*) y por la normativa de ofertas públicas de adquisición (OPAs).

Por ello, puede resultar conveniente establecer ciertas excepciones a que se haga pública la notificación inicial (por ejemplo, por estar en una fase incipiente o no existir obligaciones vinculantes), de modo que no se cree una imagen errónea al mercado que pueda traer como

consecuencia distorsiones en la cotización de los valores. Igualmente, deberían establecerse normas para que no existan disfunciones entre la normativa de OPAs y el Módulo 2, para evitar perjuicios para las partes y los accionistas minoritarios de la entidad a adquirir.

Pregunta 3: *¿Está de acuerdo con el ámbito de aplicación del Módulo 2 (sección 4.2.2) en términos de*

- *la definición de adquisición;*
- *la definición y el umbral propuesto de objetivo de la UE (4.2.2.3);*
- *la definición de adquisición potencialmente subvencionada?*

Con respecto a los umbrales, indique su opinión sobre los umbrales apropiados.

A efectos del Módulo 2, la sección 4.2.2 propone definir el concepto de adquisición en relación con dos posibles elementos: (i) la adquisición del “control”, o (ii) la adquisición de un porcentaje específico de las acciones o derechos de voto o de otra forma de “influencia material”.

El concepto de “control” está ampliamente definido por la legislación, la práctica decisonal de la Comisión Europea y la jurisprudencia en materia de control de concentraciones, por lo que no entraremos en un análisis detallado de este concepto.

No obstante, el sistema propuesto abarcaría no sólo la adquisición de control, sino también la adquisición de acciones/derechos de voto o de “influencia material” en una empresa por debajo del umbral de control. Para garantizar la seguridad jurídica de los operadores en el mercado, será esencial realizar una definición adecuada del concepto de “influencia material”. El Libro Blanco propone la posibilidad de que las empresas que deseen tener gozar de una mayor seguridad jurídica presenten una serie de notificaciones “cautelares”. Sin embargo, consideramos que sería mejor introducir la posibilidad de realizar una pre-notificación informal a la Comisión Europea, para poder reducir así la carga de trabajo de la adquirente y de la administración.

En derecho de la competencia la Comisión Europea ha reconocido en algunos casos la existencia de un impacto estructural definiendo participaciones minoritarias no de control como participaciones significativas o que permiten el ejercicio de una influencia material pero no decisiva. Ello ocurre cuando la participación no es meramente financiera (similar a una mera inversión) y la Comisión Europea examina elementos que permiten diferenciar participaciones significativas de participaciones meramente financieras al objeto de justificar su jurisdicción sobre el examen de los efectos de dicha participación¹³. Si el Módulo 2 pretende crear una nueva categoría de participación significativa pero no de control lo que debe exigirse entonces es que se defina de la forma más aproximada posible con objeto de eliminar dudas¹⁴.

¹³ Ver decisión de la Comisión Europea en el asunto M.2876 Newscorp/Telepiù, apartados 262 y siguientes.

¹⁴ Para un análisis más detallado, ver el Documento de trabajo de la Comisión Europea, “Towards more effective EU merger control” de 25 de junio de 2013. Fundamentalmente su capítulo II dedicado a “Merger control for the acquisition of non-controlling minority shareholdings”.

En relación con los umbrales propuestos, nos parece apropiado introducir un umbral cualitativo que capture las denominadas *killer acquisitions* (adquisiciones de empresas que operan en sectores estratégicos con el fin de impedir que continúen su desarrollo e innovación) que sin duda pueden afectar negativamente a los intereses de la Unión Europea (cuya introducción también podría contemplarse en los umbrales de control de concentraciones).

Sin embargo, consideramos que el umbral cuantitativo es demasiado bajo, lo que provocaría que muchas operaciones de concentración sean notificadas innecesariamente y añadiría una excesiva carga de trabajo a la autoridad competente. Por este motivo, la concreta definición que se dé a los términos relacionados con el nacimiento de la obligación de notificar la operación tiene una importancia fundamental. Unas definiciones demasiado amplias de “objetivo de la UE” y “adquisición potencialmente subvencionada” podrían tener efectos disuasorios para las inversiones provenientes o subvencionadas por terceros países.

Por otro lado, invitamos a la Comisión a indicar cómo van a controlarse los subsidios que se reciban en el año siguiente a la adquisición de una empresa de la Unión Europea y bajo qué circunstancias la recepción de algún tipo de subsidio extranjero durante dicho periodo va a permitir a la Comisión la reapertura del procedimiento o la imposición de medidas adicionales.

Pregunta 4: *¿Considera que el Módulo 2 debe incluir una obligación de notificación para todas las adquisiciones de objetivos de la UE o solo para adquisiciones potencialmente subvencionadas (sección 4.2.2.2)?*

Consideramos que el Módulo 2 debe incluir una obligación de notificación solo para las adquisiciones potencialmente subvencionadas. De lo contrario, estaríamos interviniendo en el ámbito de actuación de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia en lo que se refiere al control de concentraciones.

Pregunta 5: *¿Está de acuerdo con los criterios de evaluación sustantivos en el marco del Módulo 2 (sección 4.2.3) y la lista de medidas correctoras (sección 4.2.6) presentados en el Libro Blanco?*

En el Libro Blanco se señala que “*hay un número cada vez mayor de casos en los que las subvenciones extranjeras parecen haber facilitado la adquisición de empresas de la UE*”. En este sentido, el Libro Blanco plantea dos tipos diferentes de preocupaciones, que no se abordan específicamente en otras normas.

En primer lugar, existe la preocupación de que los adquirentes subvencionados paguen por la adquisición de las acciones o del activo un precio más alto del que hubiera abonado de no haber recibido la subvención. Esto puede dar lugar a precios de compra excesivos (competición al alza). En segundo lugar, existe la preocupación de que los adquirentes subvencionados puedan beneficiarse de una “ventaja desleal” y eviten que los adquirentes que no reciben subvenciones logren aumentar la eficiencia o accedan a tecnologías clave. Este tipo de prácticas no se aborda

en las normas de la UE sobre ayudas estatales, ni tampoco en las de control de concentraciones, ni en el análisis de las inversiones extranjeras directas.

Las dos situaciones identificadas anteriormente son de naturaleza muy distinta. Sin embargo, la propuesta del Libro Blanco parece unificarlas.

Para las subvenciones que facilitan directamente una adquisición, el Libro Blanco sugiere una presunción iuris tantum de la existencia de una distorsión, afirmando que *“teniendo en cuenta el grave daño que causan a la igualdad de condiciones para las inversiones, normalmente se consideraría que las subvenciones extranjeras que facilitan directamente las adquisiciones distorsionan el mercado interior”*. Este enfoque plantea una serie de interrogantes:

- En primer lugar, el Libro Blanco no exige que se examine si la oferta excede claramente el precio de mercado, sino que se limita a decir que la existencia de ofertas competidoras es un aspecto de la evaluación sobre la presencia de una distorsión en el mercado interno, sin ser en sí misma determinante. Tampoco está claro si el Libro Blanco tiene en cuenta el hecho de que, en las operaciones de fusiones y adquisiciones, el adjudicatario puede ser elegido sobre la base de diversos factores, entre ellos, pero no sólo, el precio de la oferta.
- En segundo lugar, el Libro Blanco no explica como una distorsión en el precio de compra del operador daría lugar presuntamente a una distorsión en los mercados en los que opera la empresa adquirida.

La evaluación más detallada propuesta para las subvenciones indirectas o de hecho también plantea interrogantes. En primer lugar, es probable que el hecho de determinar si una subvención extranjera haya facilitado la adquisición de una empresa de la Unión Europea y en qué medida lo hizo sea un proceso complejo. En segundo lugar, también puede ser difícil tratar de determinar si una subvención extranjera ha dado lugar a una distorsión del mercado interno y en qué medida.

En relación con las medidas correctoras, la sección 4.2.6 del Módulo 2 indica que la sección 4.16 del Módulo 1 se aplicará también en el caso de adquisiciones de empresa. Por lo tanto, nos remitimos a la respuesta dada en la pregunta 3 del Módulo 1.

Pregunta 6: *¿Considera útil incluir una prueba de interés de la UE para objetivos de política pública (secciones 4.2.4) y qué debería incluirse, en su opinión, como criterios en esta prueba?*

Véase la respuesta a la pregunta 4 del Módulo 1.

Pregunta 7: *¿Está de acuerdo con que la responsabilidad de aplicación en el marco del Módulo 2 debe ser de la Comisión (sección 4.2.7)?*

Sobre esta cuestión se reproduce la diferencia de opiniones antes citada. Hay quienes consideran que los que los Estados miembros están mejor situados para analizar posibles adquisiciones subvencionadas que afecten a sus mercados nacionales. No obstante, esto no implica que la Comisión Europea no deba aplicar este mecanismo en aquellas operaciones de concentración de dimensión europea o que existan mecanismo de cooperación entre las autoridades nacionales y la Comisión Europea. En la fase de investigación se propone involucrar a las autoridades de supervisión de los otros Estados Miembros, por ejemplo, mediante una comunicación, a fin de garantizar la coordinación y cooperación necesaria. Hay coincidencia en que la responsabilidad en la aplicación del Módulo 2 debe recaer sobre la Comisión.

Resulta interesante que el enfoque de la Comisión Europea sobre la jurisdicción centralizada en relación con el Módulo 2 contrasta con la posición adoptada en el marco del Reglamento para el control de las inversiones extranjeras directas en la UE, en el que los Estados miembros han conservado cierta autonomía en relación con el alcance y la naturaleza de sus normas.

Un aspecto importante que se deberá examinar será la forma en que estos regímenes pueden coexistir de manera que se reduzca al mínimo la carga administrativa de las partes y se eviten posibles solapamientos en las competencias de las autoridades.

MÓDULO 3

Pregunta 1: *¿Cree que existe la necesidad de abordar de forma específica las distorsiones causadas por subvenciones extranjeras en el contexto específico de los procedimientos de contratación pública? Proporciónese información más detallada.*

El Módulo 3 del Libro Blanco tiene como objetivo garantizar que se puedan abordar las subvenciones extranjeras en procedimientos individuales de contratación pública.

Las normas de contratación pública de la UE no tienen en cuenta el origen de los licitadores y los mercados de contratación de la UE están en gran medida abiertos a los licitadores de terceros países. Sin embargo, cuando esos licitadores reciben subvenciones extranjeras, no sujetas a los controles fijados por las normas de la UE sobre ayudas estatales, esto podría dar lugar a importantes distorsiones y poner en desventaja a los licitadores no subvencionados.

Por consiguiente, existe una tensión entre garantizar la mejor relación calidad-precio para las autoridades contratantes (dado que las subvenciones extranjeras pueden dar lugar a ofertas más bajas, reduciendo el coste de las licitaciones) y garantizar la igualdad de condiciones para el acceso a los contratos públicos.

Se trata de un equilibrio difícil de alcanzar. Puesto que las normas y los procesos de contratación pública pueden ser a veces bastante onerosos, las propuestas del Libro Blanco no deberían añadir más trámites innecesarios.

Además, existe el riesgo de que la propuesta de la Comisión puede provocar una reacción negativa por parte de terceros países, en un momento en que la UE está tratando de alentar a los terceros países a que abran sus mercados de contratación a las empresas de la UE a través del Instrumento de Contratación Internacional. Si terceros países adoptan medidas similares a las contenidas en el Módulo 2, esto podría tener un efecto significativo sobre las empresas de la UE que se han beneficiado recientemente de los planes de ayuda relacionadas con la COVID-19 y que están tratando de presentar ofertas para contratos públicos en terceros países.

Pregunta 2: *¿Cree que el marco presentado en el Libro Blanco aborda adecuadamente las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en los procedimientos de contratación pública? Proporciónese información más detallada.*

La propuesta tiene por objeto garantizar la igualdad de condiciones para el acceso a los contratos públicos, pero las normas de contratación pública no obligan actualmente a excluir a los licitadores que reciben ayudas estatales en la UE. Por lo tanto, tal y como reconoce el Libro Blanco, para garantizar un trato no discriminatorio y equitativo, las normas sobre ayudas de estado de la UE también deberán garantizar que las subvenciones proporcionadas por Estados miembros no produzcan distorsiones en el mercado interior.

De acuerdo con lo establecido en el Módulo 3, la obligación de notificar se extendería a los posibles miembros del consorcio, o los subcontratistas y proveedores. Esto supondría una carga adicional para los licitantes y va más allá de la autoevaluación de los motivos de exclusión en virtud de las normas de contratación pública, que normalmente sólo se aplican a la entidad licitadora y a las entidades en las que se apoya para cumplir los criterios de selección.

Es importante subrayar que el procedimiento de investigación puede causar importantes retrasos en la conclusión de los procedimientos de licitación, ya que la autoridad contratante se vería impedida de adjudicar el contrato al candidato presuntamente subvencionado y, por consiguiente, tendría que suspender la adjudicación hasta que concluyera la investigación.

El elevado número de procedimientos de contratación pública en Europa y la diversidad de autoridades públicas que los convocan podría justificar el establecimiento de un umbral elevado (siempre que otros subsidios más reducidos concedidos a empresas activas en la Unión Europea puedan ser examinados bajo el Módulo 1).

A diferencia del resto de módulos, el Módulo 3 no contiene una enumeración de los elementos que las autoridades van a tener en cuenta para determinar si un subsidio extranjero ha dado lugar a una distorsión, lo cual supone un obstáculo para la seguridad jurídica de las empresas y puede dar lugar a que las autoridades no apliquen criterios uniformes.

Por último, la única medida correctora que se contempla en el Libro Blanco es la exclusión del procedimiento. Invitamos a la Comisión a considerar la adopción de medidas alternativas a la exclusión de una empresa.

Pregunta 3: *¿Considera adecuada la interacción prevista entre los poderes adjudicadores y las autoridades de supervisión, p. ej., en lo que respecta a la determinación de si la subvención extranjera distorsiona el procedimiento de contratación pública pertinente?*

Una vez recibida la notificación completa, el poder adjudicador transmitirá la notificación a la autoridad de supervisión competente a nivel del Estado miembro, para investigar la información y evaluar la existencia de una subvención extranjera. Dado el alto número de licitaciones existentes en la UE, es posible que la obligación de notificación de cada licitación a la autoridad de supervisión cree una carga de trabajo inasumible para la autoridad. Esto podría tener como resultado un retraso generalizado en los procedimientos de contratación pública en la UE.

Por otra parte, puede resultar cuestionable que sea la autoridad de contratación (el poder adjudicador) la que tenga que determinar si un subsidio distorsiona la competencia una vez que la autoridad supervisora ha confirmado la existencia del mismo. Ello no solo añade complejidad a un proceso excesivamente largo, sino que puede dar lugar a diferencias en el análisis por parte de las múltiples y diversas autoridades de contratación en los distintos Estados miembros (a pesar de que el Libro Blanco puntualiza que se aplicará una metodología uniforme que no se anticipa en el borrador). Parece más adecuado que, al igual que en el resto de módulos, la

autoridad supervisora sea la encargada de realizar el doble análisis (si existe un subsidio extranjero y si dicho subsidio distorsiona el procedimiento de contratación pública) recabando previamente la opinión de la autoridad contratante para el análisis del segundo elemento, de forma que pueda tener en cuenta las circunstancias específicas del procedimiento de contratación pública en cuestión.

Pregunta 4: *¿Cree que deben abordarse otros asuntos en el contexto de la contratación pública y las subvenciones extranjeras distintos a los contenidos en el presente Libro Blanco?*

El Libro Blanco menciona que el artículo 69 de la Directiva 2014/24/UE ofrece a los poderes adjudicadores la posibilidad de rechazar las ofertas que sean anormalmente bajas cuando ello sea debido a la obtención de una ayuda estatal incompatible con la normativa europea. No obstante, el marco propuesto para los subsidios extranjeros es más restrictivo en la medida en que contempla con carácter general la exclusión del procedimiento del beneficiario de un subsidio extranjero que dé lugar a una distorsión. Lo anterior deberá ser tenido en cuenta por la Comisión para reducir al mínimo las diferencias entre ambos regímenes que conlleven resultados discriminatorios.

Si se identifica una distorsión, el licitante quedaría excluido de la contratación en cuestión y también podría quedar excluido de futuros procedimientos por un período de hasta 3 años. Las vías de recurso de las que dispone un contratista excluido aún no están claras y probablemente se determinarán con arreglo a las leyes nacionales. No obstante, en el Libro Blanco se sugiere que los contratistas tendrían la oportunidad de demostrar que ya no se benefician de una subvención extranjera distorsionante, lo que les permitiría participar en futuras licitaciones.

También queda por ver si, en situaciones en que el receptor de la subvención extranjera sea, por ejemplo, un subcontratista, podría simplemente sustituirse, permitiendo al licitador principal seguir compitiendo en la licitación.

INTERRELACIÓN ENTRE LOS MÓDULO 1, 2 Y 3

Pregunta 1: *¿Considera que*

- a. el Módulo 1 debe funcionar como un módulo independiente;*
- b. el Módulo 2 debe funcionar como un módulo independiente;*
- c. el Módulo 3 debe funcionar como un módulo independiente;*
- d. los módulos 1, 2 y 3 deben combinarse y funcionar conjuntamente?*

Como ya hemos indicado, la introducción de nuevo régimen en materia de subvenciones extranjeras podría resultar demasiado problemático en la medida en que las posibles distorsiones se examinarían en el marco de múltiples procedimientos con posibles duplicidades. La adaptación de las actuales normas en materia de mercado interior, control de concentraciones y contratación pública para que las autoridades competentes tengan en cuenta los efectos de las subvenciones extranjeras puede ser más sencillo de llevar a cabo que la introducción de una nueva legislación para abordar este problema.

Además, la Comisión Europea no especifica exactamente dónde se situarían los distintos instrumentos dentro de sus competencias. El régimen propuesto trata de crear un enfoque híbrido que aprovecha los regímenes existentes sobre ayudas de estado, control de concentraciones, conductas colusorias, abuso de posición de dominio, contratación pública y los instrumentos de defensa comercial. Esto podría dar lugar a solapamientos entre las competencias de las distintas direcciones generales de la Comisión Europea.

También quedan por resolver cuestiones fundamentales sobre cómo interactuarían los instrumentos descritos en el Libro Blanco con el resto de los regímenes indicados en el párrafo anterior. Por ejemplo, ¿cómo podrían interactuar en la práctica los diferentes sistemas de investigación?

En el caso planteado de que fuera la Comisión la autoridad encargada de aplicar los tres módulos y que el análisis de las subvenciones bajo los tres se basaría en último lugar en elementos similares, los tres módulos podrían combinarse y funcionar de forma conjunta, sin perjuicio de las especificidades que puedan requerirse en cada caso. De hecho, se propondría que Comisión encargue a una misma unidad la supervisión de los tres módulos.

PREGUNTAS RELATIVAS A LAS SUBVENCIONES EXTRANJERAS EN EL MARCO DE LA FINANCIACIÓN DE LA UE

Pregunta 1: *¿Cree que existe la necesidad de adoptar medidas adicionales para abordar las posibles distorsiones en el mercado interno derivadas de subvenciones concedidas por autoridades no pertenecientes a la UE en el contexto específico de la financiación de la UE? Proporciónese información más detallada.*

En los procedimientos de contratación pública, el apartado 23.3 del Anexo I del Reglamento Financiero otorga al órgano de contratación la facultad de analizar si una oferta anormalmente baja ha podido realizarse debido a que el licitador ha obtenido una ayuda estatal, pudiendo excluir dicha oferta si el licitador no puede demostrar que tal ayuda era compatible con el mercado interior en el sentido del artículo 107 del TFUE.

No obstante, esta disposición hace referencia a las ayudas de estado concedidas por los Estados miembros, no siendo de aplicación a las subvenciones concedidas por autoridades no pertenecientes a la UE. En el contexto de la financiación de la UE no existe una disposición similar al apartado 23.3 del Anexo I del Reglamento Financiero, por lo que abordar las posibles distorsiones provocadas por subvenciones extranjeras en este ámbito es todavía más complicado.

Por este motivo, es necesario adoptar medidas que permitan abordar de forma específica las posibles distorsiones en el mercado interno derivadas de subvenciones extranjeras en el contexto de la financiación de la UE. En particular, es necesario que la nueva normativa sobre subvenciones extranjeras contenga normas detalladas que permitan a los órganos de contratación determinar si una subvención extranjera ha permitido a un licitador acceder a la financiación de la UE. Sin embargo, el marco propuesto presenta una serie de cuestiones que podrían resultar problemáticas. Estas cuestiones se analizan en la respuesta a la siguiente pregunta.

Pregunta 2: *¿Cree que el marco propuesto para el acceso a financiación de la UE presentado en el Libro Blanco aborda adecuadamente las posibles distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en este contexto? Proporciónese información más detallada.*

A diferencia de lo que ocurre con las distorsiones causadas por subvenciones extranjeras abordadas en los Módulos 1, 2 y 3, la Comisión ha optado por no proponer un Módulo 4 dedicado específicamente a las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el marco de la financiación de la UE. En lugar de ello, la Comisión ha optado por introducir en el Libro Blanco una breve sección dedicada exclusivamente a esta problemática.

En dicha sección son constantes las referencias a las medidas adoptadas en el Módulo 3, relativo a las distorsiones causadas por subvenciones extranjeras en los procedimientos de contratación pública. El Libro Blanco llega incluso a afirmar que las condiciones establecidas en la sección sobre

contrataciones públicas se aplican *mutatis mutandis* a las subvenciones concedidas en los programas de gestión directa y gestión compartida.

Como consecuencia de su brevedad y sus constantes referencias genéricas al Módulo 3, la sección del Libro Blanco dedicada a las subvenciones extranjeras en el marco de la financiación de la UE presenta una falta de detalle y concreción que genera un alto grado de incertidumbre. Dicha incertidumbre podría desincentivar la participación en los programas de financiación de la UE, lo que redundaría en perjuicio de las políticas y programas de la UE.

Para solucionar este problema, la propuesta legislativa de la Comisión debería explicar de forma extensa el funcionamiento del marco propuesto para el acceso a financiación de la UE. Este marco debería ser autónomo y no debería realizar referencias a otros módulos de forma reiterada. En particular, es necesario que la propuesta legislativa desarrolle el régimen de aplicación de las medidas propuestas para abordar las posibles distorsiones derivadas de subvenciones extranjeras en el contexto de otras formas de financiación de la UE distintas de las subvenciones. Estas formas de financiación incluyen, por ejemplo, la participación financiera en proyectos y la concesión de préstamos y garantías financieras.

Adicionalmente, la propuesta legislativa debería determinar qué ocurriría en caso de que existan factores distintos del precio que requieran en un determinado momento que la financiación sea concedida a un licitador que ha sido subvencionado por una autoridad no perteneciente a la UE. Otra cuestión que es necesario aclarar es en qué medida se verían afectados aquellos proyectos de colaboración en los que alguno de los socios quede excluido del procedimiento de contratación por haber recibido subvenciones extranjeras distorsionadoras del mercado interior.

Por último, es necesario que la Comisión establezca obligaciones formales para que los socios encargados de la ejecución de los fondos de la UE en régimen de gestión indirecta adapten sus políticas en materia de contratación para evitar posibles distorsiones en el mercado interno derivadas de subvenciones extranjeras.

22.09.20