

LA NORMATIVA DE “FAIR PLAY FINANCIERO” QUE REALMENTE FUNCIONARÁ FRENTE A LOS CLUBES ESTADO: EL REGLAMENTO DE LA UE SOBRE SUBVENCIONES EXTRANJERAS QUE DISTORSIONAN EL MERCADO INTERIOR (RSE)

En virtud del RSE, que se aplica por igual a todos los sectores de la economía y a todas las empresas activas en la UE, a partir del 12 de julio de 2023 la Comisión europea podrá iniciar investigaciones de oficio; y a partir del 12 de octubre de 2023 será obligatorio notificar fusiones y adquisiciones que cuenten con apoyo financieros de subvenciones extracomunitarias.

José C. Páez

Abogado

La aparente falta de interés, o las supuestas dificultades, por parte de los órganos rectores del fútbol –con la excepción de la muy reciente y bienvenida denuncia contra el Manchester City ante una comisión especializada de la Premier League por numerosas infracciones de sus reglas financieras¹– para atajar el problema que representa la forma en la que los clubes de propiedad estatal operan en el fútbol europeo puede hacer que los afectados por esas conductas dirijan su atención hacia las normas de la UE: más precisamente, hacia el recién promulgado Reglamento sobre subvenciones extranjeras (en el sentido de “extracomunitarias”) que distorsionan el mercado interior.

El Reglamento sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (el “RSE”) se ha concebido para complementar, o más bien para cubrir el vacío en, los diversos instrumentos de derecho del comercio internacional y de la competencia disponibles hasta la fecha para fomentar la prosperidad y la resiliencia de la UE, y garantizar así que el Mercado Único siga siendo fuerte, abierto y competitivo. En opinión del autor, al estar orientado a las subvenciones extranjeras que podrían distorsionar el mercado interior si una empresa que se beneficia de ellas realiza una actividad económica en la UE, es muy probable que el RSE se convierta en una herramienta útil para combatir la actuación de los clubes-estado, que distorsionan la competencia e impiden la igualdad de condiciones en el fútbol europeo.

Por cuanto se refiere a las nuevas posibilidades de controlar las malas prácticas financieras de los clubes de fútbol respaldados por estados extranjeros, el RSE entrará en vigor en julio de 2023; estando en proceso de consulta el proyecto de reglamento de ejecución desde el 6 de febrero al 6 de marzo de 2023², y cuya publicación está prevista para el segundo trimestre de 2023.

Objeto y ámbito de aplicación

El RSE establece reglas y procedimientos para investigar las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior y para corregir tales distorsiones. Esto incluye la posibilidad de que la Comisión Europea realice investigaciones de mercado en sectores específicos, tipos de actividad económica o instrumentos de subvención extranjeros para identificar posibles distorsiones y prácticas que son específicas de un sector, actividad o instrumento de subvención determinado.

¹ <https://www.premierleague.com/news/3045970>.

² https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_23_591.

Por tanto, el RSE, que se aplica por igual a todos los sectores de la economía y a todas las empresas activas en la UE, se aplicará a las subvenciones extranjeras concedidas a una empresa, directa o indirectamente controlada por un Estado no perteneciente a la UE, tanto en el momento de la entrada en el mercado interior –es decir, cuando una empresa respaldada por un Estado no perteneciente a la UE adquiere el control de una empresa establecida en la UE o se fusiona con ella– como cuando desarrolla una actividad económica en el mercado interior.

Antes del RSE, las normas antimonopolio y las de control de concentraciones de la UE no permitían a la Comisión Europea tener en cuenta específicamente si una empresa podía haberse beneficiado de subvenciones extranjeras que pudieran tener efectos distorsionadores. Las normas sobre ayudas de estado de la UE tampoco se aplican a las ayudas concedidas por gobiernos de fuera de la UE, incluso si tienen efectos en el Mercado Único.

Aplicación y cumplimiento

La Comisión Europea es la única autoridad competente para aplicar el RSE; sin embargo, los Estados miembro de la UE participarán, en particular a través de un comité consultivo, en la discusión de los proyectos de decisión. Por lo tanto, la aplicación del RSE corresponderá exclusivamente a la Comisión Europea, que podrá tomar en cuenta la información de todas las fuentes disponibles, incluidos los Estados miembros, las empresas y cualquier persona física o jurídica.

En este sentido, con el objetivo de asegurar la aplicación efectiva del RSE, se podrá facilitar la denuncia de sospechas de subvenciones extranjeras que distorsionan la competencia estableciendo un punto de contacto a través del que se pueda facilitar esa información de manera confidencial; y los Estados miembro que proporcionen a la Comisión información relevante, recibirán una respuesta sobre la información comunicada. También está prevista la creación de un mecanismo de cooperación a nivel de los Estados miembro.

Facultades de investigación de la Comisión

Mediante solicitudes de información, la Comisión puede requerir información a una empresa investigada, así como a otras empresas o asociaciones de empresas. Los Estados miembro también proporcionarán, a petición de la Comisión, toda la información necesaria para que la Comisión desempeñe sus funciones en virtud del RSE. Asimismo, la Comisión podrá entrevistar a personas físicas o jurídicas que lo consienta, con el propósito de recabar información relacionada con el objeto de una investigación.

Y, lo que es más importante, la Comisión puede llevar a cabo inspecciones de empresas y asociaciones de empresas dentro y fuera de la UE; sin embargo, para las inspecciones fuera de la UE la Comisión deberá notificar previamente al gobierno del tercer país y solo podrá realizarla si no existen objeciones. En cualquiera de las situaciones, ya sean las inspecciones dentro o fuera de la UE, existe una obligación expresa bajo el RSE de someterse a ellas.

En el marco de una inspección, los funcionarios autorizados por la Comisión para realizarla están facultados para:

- acceder a cualesquiera locales y terrenos de una empresa o asociación;
- examinar los libros y otros documentos de la empresa y realizar o pedir copias;
- pedir a cualquier representante o miembro del personal de la empresa explicaciones sobre los hechos o documentos relativos al objeto y la finalidad de la inspección, y dejar constancia de sus respuestas; y

- precintar todos los locales y libros o documentos de la empresa durante el tiempo y en la medida que sea necesario para la inspección.

Todas estas facultades de investigación se ven reforzadas por un deber de cooperación cuyo incumplimiento puede dar lugar a una decisión sancionadora, o a presunciones adversas o desfavorables al establecer si una contribución financiera confiere un beneficio a una empresa investigada. En virtud del deber de cooperación, la Comisión podrá por tanto imponer multas³ o multas coercitivas por no suministrar en tiempo y forma la información solicitada, o por suministrar información incompleta, incorrecta o engañosa, o por negarse a someterse a una inspección⁴. El RSE reconoce la importancia de disuadir a las empresas de presentar información falsa o engañosa deliberadamente o por negligencia. Además, en el contexto de una concentración sujeta a notificación previa, si una empresa no revela las contribuciones financieras extranjeras recibidas, la Comisión puede imponer multas de hasta el 10% de la facturación anual agregada de la empresa.

Pero, ¿qué considera el RSE una “subvención extranjera”?

De acuerdo con el artículo 2(1) del RSE, *“se considerará que existe una subvención extranjera cuando un tercer país aporte una contribución financiera que confiera una ventaja a una empresa que ejerza una actividad económica en el mercado interior y que esté limitada, de jure o de facto, a una empresa o industria concreta o a varias empresas o industrias”*.

Desglosemos este concepto en sus elementos definitorios y veamos cómo los entiende el RSE.

En primer lugar, un país no perteneciente a la UE que otorga una contribución financiera directamente, por parte del gobierno central o de las autoridades públicas en todos los demás niveles de la administración, o indirectamente, a través de entidades públicas o privadas. En este último caso, se debe poder atribuir las acciones de la entidad privada al tercer país teniendo en cuenta todas las circunstancias pertinentes. Con respecto a las contribuciones financieras de las entidades públicas, se requiere un enfoque caso por caso, con la evaluación pertinente centrada principalmente en las características de la entidad y en el entorno legal y económico imperante en el tercer país en el que opera la entidad, como, por ejemplo, el papel que el Gobierno desempeña en la economía.

En segundo lugar, una contribución financiera que, por supuesto, no se limita a las transferencias monetarias, sino que puede tomar la forma de una amplia gama de medidas de apoyo, desde las formas más obvias hasta las más sutiles, a saber:

- la transferencia de fondos u obligaciones, como las aportaciones de capital, las subvenciones, los préstamos, las garantías de préstamos, los incentivos fiscales, la compensación de las pérdidas de explotación, la compensación de las cargas financieras impuestas por las autoridades públicas, la condonación de la deuda o la capitalización o reprogramación de la deuda;
- la renuncia a ingresos que, de otro modo, serían exigibles; o

³ Estas multas no superarán el 1 % del volumen de negocio total de la empresa o asociación de empresas de que se trate en el ejercicio anterior.

⁴ Estas multas no podrán exceder del 5 % del volumen de negocio total diario medio de la empresa o asociación de empresas de que se trate en el ejercicio financiero anterior por cada día laborable de retraso, calculado a partir de la fecha establecida en la resolución y hasta que, según el caso, la parte infractora presente de forma completa y correcta la información requerida por la Comisión, o consienta una inspección.

- el suministro de bienes y servicios o la adquisición de bienes y servicios.

En tercer lugar, la contribución financiera debe conferir una ventaja a una empresa que realice una actividad económica en el mercado interior; que sería necesariamente la conclusión si el resultado de la ventaja en cuestión no hubiera podido obtenerse en condiciones normales de mercado. Otra forma de determinar la concesión de una ventaja es mediante el uso de parámetros comparativos, por ejemplo: la práctica de inversión de los inversores privados; tipos de financiación disponibles en el mercado; un tratamiento fiscal comparable; o la remuneración adecuada por un determinado bien o servicio. En ausencia de índices de referencia directamente comparables, los existentes podrían ajustarse o podrían establecerse índices de referencia alternativos basados en métodos de evaluación generalmente aceptados. Del mismo modo, la fijación de precios de transferencia en el contexto de bienes y servicios intercambiados dentro de una empresa puede otorgar una ventaja si esa fijación de precios de transferencia no se ajusta a las condiciones normales del mercado. Por el contrario, no debe considerarse que una contribución financiera otorga una ventaja cuando la evaluación comparativa muestra que la empresa habría obtenido esa ventaja en condiciones normales de mercado. El beneficio conferido por una contribución financiera puede también trasladarse a una empresa que ejerza una actividad económica en la Unión.

En cuarto lugar, la ventaja debe otorgarse a una o más empresas o industrias, y por lo tanto con exclusión de las demás empresas que compiten con la beneficiada. Esta especificidad de la subvención extranjera puede establecerse tanto de hecho como de derecho.

Las herramientas a disposición de la Comisión Europea bajo el RSE

Dos herramientas de notificación: los adquirentes y los licitadores están sujetos a una obligación de notificación antes de completar la adquisición de una empresa o la adjudicación de un contrato público, respectivamente; por lo que tendrán que notificar las contribuciones financieras recibidas de gobiernos y autoridades públicas de fuera de la UE en relación únicamente con las concentraciones o contrataciones públicas que cumplan los umbrales pertinentes. Por su parte, la Comisión también tiene la opción de solicitar notificaciones ad-hoc por debajo de los umbrales pertinentes si sospecha que una notificación o declaración presentada estaba incompleta, o cuando dicha notificación o declaración no se transfiere a la Comisión.

Y una herramienta de investigación general para todas las demás situaciones de mercado que permita a la Comisión iniciar investigaciones por iniciativa propia (de oficio) sobre cualquier tipo de actividades económicas y situaciones de mercado. Esta herramienta permite dirigir la intervención a los casos en los que la Comisión Europea sospecha que puede existir una subvención extranjera que cause una distorsión del Mercado Único.

Al decidir utilizar su poder de investigación de oficio, la Comisión Europea puede basarse en información de cualquier fuente, incluidos los Estados miembros, una persona física o jurídica o una asociación, con respecto a presuntas subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior. Asimismo, una vez iniciada una investigación de mercado, la Comisión Europea podrá requerir a las empresas o asociaciones de empresas afectadas la información oportuna y podrá realizar las inspecciones necesarias, así como solicitar a los Estados miembros o al tercer país interesados que faciliten información.

En el marco del RSE existe incluso la posibilidad, tras una investigación de mercado, de que la Comisión entable un diálogo con un tercer país, cuando se sospeche que dicho tercer país otorga subvenciones extranjeras distorsionadoras o haya sido objeto de varias acciones de ejecución,

para explorar opciones encaminadas a obtener el cese o la modificación de dichas subvenciones con la finalidad de eliminar sus efectos distorsionadores en el mercado interior.

Aplicación del RSE: procedimiento y evaluación sustantiva

El RSE debe aplicarse e interpretarse a la luz de la legislación de la UE, en particular de las normas relativas a las ayudas de estado y a las concentraciones económicas.

Desde un punto de vista de procedimiento, una investigación sobre posibles subvenciones extranjeras y sobre si distorsionan el mercado interno consta de dos fases, a saber: un examen preliminar y una investigación exhaustiva, que deben completarse en un máximo de 25 y 90 días hábiles, respectivamente, para el examen de concentraciones económicas, y en 18 meses, contados a partir de la apertura de la investigación exhaustiva, para las investigaciones de oficio. En la fase de examen preliminar, la Comisión recabará toda la información que considere necesaria para evaluar, con carácter preliminar, si la contribución financiera objeto de examen constituye una subvención extranjera y si distorsiona el mercado interior. Para ello la Comisión podrá requerir información, mediante solicitudes de información, y realizar inspecciones dentro y fuera de la UE. Cuando del examen preliminar se obtengan indicios suficientes de que una empresa ha recibido una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior, la Comisión adoptará una decisión para iniciar una investigación exhaustiva.

Durante la fase de investigación exhaustiva tiene lugar la valoración de fondo. La Comisión evaluará en mayor detalle la subvención extranjera identificada preliminarmente; y, una vez establecida la existencia de una subvención extranjera, evaluar caso por caso si distorsiona el mercado interno. Esta evaluación trata esencialmente de averiguar en qué medida una subvención extranjera puede mejorar la posición competitiva de una empresa y, al hacerlo, afectar real o potencialmente de forma negativa a la competencia en el mercado interior.

En su evaluación, la Comisión se basa en determinados indicadores, incluidos el importe y la naturaleza de la subvención extranjera, la finalidad y las condiciones asociadas a la subvención extranjera, así como su uso en el mercado interior. La Comisión puede, por tanto, tener en cuenta varios elementos, como el tamaño de la subvención extranjera, en términos absolutos o relativamente al tamaño del mercado o al valor de la inversión. En el preámbulo del RSE se pueden encontrar los siguientes ejemplos del uso de los indicadores en casos de subvenciones extranjeras que probablemente distorsionen o que puedan causar distorsiones:

- una concentración en cuyo marco una subvención extranjera cubra una parte sustancial del precio de compra del objetivo es probable que distorsione la competencia;
- una subvención extranjera se concede con el objetivo de financiar los costes de explotación, parece más probable que provoque distorsiones que si se concede para financiar los costes de inversión;
- subvenciones extranjeras concedidas a las pequeñas y medianas empresas tienen menos probabilidades de causar distorsiones que las concedidas a empresas de gran envergadura;
- los subsidios extranjeros en mercados caracterizados por un exceso de capacidad o que conducen a un exceso de capacidad al mantener activos antieconómicos, o al alentar la inversión en expansiones de capacidad que de otro modo no se habrían construido, probablemente causen distorsiones;
- una subvención extranjera a un beneficiario que tiene un nivel de actividad más significativo en el mercado interior, medido por ejemplo en términos de volumen de negocios realizado en

la Unión, tiene más probabilidades de causar distorsiones que una subvención extranjera a un beneficiario que muestra un bajo grado de actividad en el mercado interior;

- las subvenciones extranjeras que no superen los cuatro millones de euros durante un período consecutivo de tres años se considerarán, por regla general, poco probables de distorsionar el mercado interior; y

- las subvenciones extranjeras a una sola empresa que no superen el importe de la ayuda de minimis definida en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento (UE) n.º 1407/2013 de la Comisión por tercer país durante un período consecutivo de tres años, no deben considerarse distorsionadoras del mercado interior.

En cambio, para aquellas categorías de subvenciones extranjeras que puedan crear distorsiones en el mercado interior debido a su naturaleza no es necesario que la Comisión realice una evaluación detallada basada en indicadores. En este sentido, el RSE prevé que las siguientes categorías de subvenciones extranjeras son las que más distorsionan el mercado interior:

- una subvención extranjera que se conceda a una empresa en dificultades, es decir, a una empresa que probablemente vaya a cesar su actividad a corto o medio plazo de no obtener una subvención, a menos que exista un plan de reestructuración capaz de restablecer su viabilidad a largo plazo y que incluya una contribución significativa por parte de la propia empresa;

- una subvención extranjera que adopte la forma de una garantía ilimitada destinada a respaldar las deudas u obligaciones de la empresa, es decir, sin limitación alguna en cuanto a su importe o duración; y

- una subvención extranjera que facilite directamente una concentración.

Como parte de su evaluación, la Comisión llevará a cabo una ponderación de los efectos positivos y negativos de la subvención extranjera, sobre la base de las pruebas sobre dichos efectos positivos presentadas durante la investigación. Dichos efectos positivos estarán normalmente relacionados con el desarrollo de la correspondiente actividad económica subvencionada en el mercado interior; pero también podrán tenerse en cuenta otros efectos positivos, en su caso, para evitar que la ponderación dé lugar a discriminaciones injustificadas. Además, se espera que la Comisión examine también los efectos positivos más amplios en relación con los objetivos políticos pertinentes, en particular los de la UE.

El resultado de la prueba de ponderación proporcionará la base para la decisión sobre el carácter distorsionador de la subvención extranjera y, por lo tanto, determinará si se deben imponer, o no, medidas correctoras y, en ese caso, la naturaleza y el nivel apropiados de los compromisos o medidas correctoras.

Huelga decir que la empresa investigada puede ejercer su derecho de defensa y, por lo tanto, puede lograr demostrar que la subvención extranjera en cuestión no distorsionaría el mercado interior en las circunstancias específicas del caso. Por ese motivo, los Estados miembros, así como cualquier persona física o jurídica, pueden presentar información sobre los efectos positivos de una subvención extranjera, y la Comisión deberá tenerlos debidamente en cuenta al realizar la prueba de ponderación.

El reglamento de ejecución y las Directrices para la aplicación material del RSE

Para contribuir a una aplicación más predecible del RSE, después de las consultas pertinentes con las partes interesadas y los Estados miembro, la Comisión debe publicar, a más tardar el 12 de enero de 2026, así como actualizar periódicamente, las directrices relativas a los criterios

para determinar la existencia de una distorsión provocada por una subvención extranjera en el mercado interior, la aplicación de la ponderación de los efectos, la aplicación de su facultad de solicitar la notificación previa de cualquier concentración, etc. Hasta entonces, en las primeras etapas de la aplicación del RSE, se espera que la Comisión haga aclaraciones públicas sobre la aplicación de dichas disposiciones.

Ante la constatación de que una subvención extranjera distorsiona el mercado interior, ¿cuáles son las medidas de las que dispone la Comisión?

Cuando la Comisión determine que una subvención extranjera distorsiona el mercado interior, podrá adoptar una decisión con compromisos o una decisión con medidas correctoras. Una decisión con compromisos hace vinculantes los compromisos ofrecidos por una empresa investigada, porque la Comisión considera que los compromisos propuestos son adecuados y suficientes para remediar total y efectivamente la distorsión.

Por otro lado, una decisión puede imponer medidas correctoras, que pueden consistir en remedios estructurales y no estructurales, o en la devolución de la subvención extranjera, siempre que sean adecuadas para remediar la distorsión en cuestión y proporcionadas. Cuando sea posible elegir entre varias medidas correctoras alternativas, cada una de las cuales corrige total y efectivamente la distorsión, la Comisión debe elegir la medida que sea menos gravosa para la empresa investigada.

El RSE contiene una disposición que enumera algunos de los compromisos o medidas correctoras, a saber:

- la oferta de acceso, en condiciones equitativas y no discriminatorias, a una infraestructura que haya sido adquirida o sea financiada mediante subvenciones extranjeras que distorsionen la competencia, a menos que dicho acceso equitativo y no discriminatorio ya esté previsto en la legislación de la UE;
- la reducción de la capacidad o de la presencia en el mercado;
- la abstención de realizar determinadas inversiones;
- la concesión, en condiciones equitativas, razonables y no discriminatorias, de licencias sobre activos adquiridos o desarrollados con la contribución de subvenciones extranjeras;
- la divulgación de los resultados de investigación y desarrollo;
- la cesión de determinados activos;
- la exigencia a las empresas afectadas de que disuelvan la concentración;
- el reembolso de la subvención extranjera, aplicando el tipo de interés oportuno; y
- requisitos de información y transparencia, incluyendo informes periódicos sobre la implementación de los compromisos y las medidas correctoras.

En relación con las concentraciones es importante destacar que, a menos que se ofrezcan compromisos que se consideren suficientes para remediar la distorsión, la Comisión tiene la facultad de prohibir la concentración; o, cuando la concentración ya se haya llevado a cabo y la distorsión sea tan importante que no pueda remediarse mediante medidas de comportamiento o estructurales o mediante el reembolso de la subvención, la Comisión podrá ordenar a las empresas que disuelvan la concentración para remediar la distorsión.

Además, la Comisión puede adoptar medidas cautelares cuando sea necesario para evitar un daño irreparable a la competencia en el mercado interior, y siempre y cuando también haya indicios suficientes de que una contribución financiera constituye una subvención extranjera y distorsiona el mercado interior.

Para garantizar la eficacia del RSE, si una empresa no cumple una decisión con compromisos, una decisión con medidas correctoras o una decisión que ordena medidas cautelares, la Comisión puede imponer multas o multas coercitivas de carácter suficientemente disuasorio, con el límite antes referido por día de retraso desde la adopción de la decisión imponiendo la multa coercitiva. También es posible que la Comisión aplique compromisos o medidas correctoras simultáneamente con multas o multas coercitivas. Además, la Comisión puede incluso revocar una decisión y adoptar una nueva, cuando considera que la decisión que se revoca se había basado en información incompleta, incorrecta o engañosa, cuando una empresa actúe en contra de sus compromisos o de las medidas correctoras impuestas, o cuando los compromisos o las medidas correctoras no hayan sido efectivos.

En general, al fijar el importe de una multa o multa coercitiva, la Comisión tendrá en cuenta la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción, tomando debidamente en consideración los principios de proporcionalidad y oportunidad.

Entrada en vigor, aplicabilidad retroactiva y plazos máximos de prescripción

Si bien el RSE entró en vigor el 11 de enero de 2023, solo se aplicará a partir del 12 de julio de 2023; con fechas aún más diferidas para la obligación de notificar una concentración antes de su ejecución, y para que la Comisión pueda empezar a hacer uso de sus facultades para realizar inspecciones in situ, que se aplicarán respectivamente a partir del 12 de octubre de 2023 y del 12 de enero de 2024.

Sin embargo, el arco temporal de aplicación del RSE comprende las subvenciones concedidas cinco años antes del inicio de su aplicación; pues tales subvenciones podrán ser tenidas en cuenta por la Comisión cuando las subvenciones distorsionen el mercado único tras la entrada en vigor de la aplicación del RSE. Y para las concentraciones, si bien el RSE no se aplicará a las ejecutadas con anterioridad al inicio de su aplicación a estas operaciones, como parte de una notificación posterior al 12 de octubre de 2023, la empresa notificante deberá revelar las contribuciones financieras extranjeras otorgadas durante los tres años anteriores, incluso cuando dichos subsidios fueron otorgados antes del inicio de la aplicación del RSE.

En mi opinión, no es difícil imaginar cómo se podrá aplicar el RSE a equipos como el Manchester City FC, el Paris Saint Germain FC o el Newcastle United FC, o el Manchester United FC si finalmente fuese adquirido por parte de un fondo qatari respaldado por el estado.

EDITA: IUSPORT

Febrero 2023