

# **EL NUEVO CONTROL EUROPEO DE LAS SUBVENCIONES EXTRANJERAS QUE DISTORSIONAN EL MERCADO INTERIOR: RÉGIMEN JURÍDICO Y ESPECIALIDADES EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Por

JAVIER ESTEBAN RÍOS  
Profesor Ayudante Doctor  
Universidad de Zaragoza

jestebanrios@unizar.es

*Revista General de Derecho Administrativo* 63 (2023)

**RESUMEN:** La Unión Europea se ha dotado recientemente de un mecanismo que protege frente a las ayudas, brindadas por Estados terceros, que pueden distorsionar el mercado interior, de modo que se complementan las reglas ya vigentes en sede de ayudas de Estado. Dicho mecanismo ofrece a la Comisión Europea intensas prerrogativas que se van a ejercer en el marco de un procedimiento administrativo establecido al efecto, y que culminará con la imposición de medidas correctoras. El control ejercido por la Comisión se vehicula a través de dos modalidades distintas, bien un control *ex post* que puede aplicarse en el marco de cualquier actividad económica o bien un control *ex ante* -más intenso- reservado para ciertas concentraciones empresariales y licitaciones públicas de umbrales económicos elevados.

**PALABRAS CLAVE:** Ayudas de Estado; subvenciones; comercio internacional; contratación pública; mercado interior.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UN MECANISMO ESPECÍFICO FRENTE A LAS SUBVENCIONES EXTRANJERAS.- II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SOBRE SUBVENCIONES EXTRANJERAS.- III. LOS CONCEPTOS ESENCIALES DE SUBVENCIÓN Y DE DISTORSIÓN DEL MERCADO INTERIOR.- IV. LAS MEDIDAS A APLICAR ANTE LA DETECCIÓN DE DISTORSIONES: EL RELEVANTE PAPEL DE LA COMISIÓN EUROPEA.- V. LAS POTESTADES ATRIBUIDAS A LA COMISIÓN EUROPEA PARA ASEGURAR EL CORRECTO CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES.- VI. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN.- VII. LOS DERECHOS DE LOS OPERADORES INVESTIGADOS.- VIII. REGLAS ESPECIALES EN SEDE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.- 8.1 El deber de notificación.- 8.2. Procedimiento de examen y exclusión de ofertas.- IX. CONCLUSIONES.- X. BIBLIOGRAFÍA.

## **THE NEW EUROPEAN CONTROL OF FOREIGN SUBSIDIES THAT DISTORT THE INTERNAL MARKET: LEGAL REGIME AND SPECIAL FEATURES IN THE FIELD OF PUBLIC PROCUREMENT**

**ABSTRACT:** The European Union has recently introduced a mechanism to protect against aid provided by third countries that may distort the internal market, thus supplementing the rules already in force on State aid. This mechanism gives the European Commission extensive prerogatives that will be exercised within the framework of an administrative procedure established for this purpose, which will culminate in the imposition of corrective measures. The control exercised by the Commission takes two distinct forms: an *ex post* control that can be applied in the

context of any economic activity, and a more intense ex ante control reserved for certain business concentrations and public tenders with high economic thresholds.

KEY WORDS: State aid; subsidies; international trade; public procurement; internal market.

## **I. INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UN MECANISMO ESPECÍFICO FRENTE A LAS SUBVENCIONES EXTRANJERAS**

La Unión Europea cuenta, desde antiguo, con un sistema específico para reforzar el mercado interior, evitando que el apoyo de los poderes públicos pueda alterar las condiciones equitativas de competencia que han de regir en todo caso. Me refiero a los mecanismos para el control de las contribuciones que pueden calificarse como ayudas de Estado, por falsear la competencia y favorecer a determinadas empresas o producciones<sup>1</sup>.

Este régimen de ayudas de Estado, que prevé relevantes consecuencias en caso de incumplimiento, se aplica a aquellas ayudas que -cumpliendo ciertos requisitos- se hayan otorgado o se financien por los Estados miembros. Sin embargo, el mecanismo no se aplica para los casos en los que un operador económico, que desarrolla actividades económicas en el mercado interior, recibe asistencia de un tercer país. Algo que, por lo demás, es bastante habitual en relación con empresas controladas directa o indirectamente por Estados terceros.

Esta asistencia recibida por terceros países puede causar relevantes distorsiones en el mercado interior, afectando a la igualdad de condiciones y reduciendo la competitividad de los operadores europeos. Y ello en los más diversos sectores económicos, existiendo singulares afecciones en materia de concentraciones empresariales financiadas con ayudas extranjeras o en la adjudicación de contratos públicos a operadores beneficiarios de dicha asistencia.

Frente a estos riesgos, la Unión Europea no ha dispuesto tradicionalmente de ningún instrumento específico, más allá de los mecanismos de defensa comercial derivados del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC) de la Organización

---

<sup>1</sup> Por lo que se refiere al régimen de las ayudas de Estado, contenido en los artículos 107 a 109 del TFUE y en multitud de disposiciones de derecho derivado, pueden consultarse FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN (2016): El régimen de las ayudas de Estado y su impacto en el derecho español, *Revista de Administración Pública*, núm. 200, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 231-250, y OANA, STEFAN (2020): "General principles in EU state aid law" en ZIEGLER, KATJA S.; NEUVONEN, PÄIVI J. y MORENO-LAX, VIOLETA (Eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 441-461.

Mundial del Comercio o de otros acuerdos internacionales multilaterales o bilaterales<sup>2</sup>. Los mismos cuentan con ciertas limitaciones en su ámbito de aplicación, refiriéndose con carácter general a la importación de mercancías que han sido objeto de subvención, pero no a otro tipo de fenómenos de ayuda, como los vinculados a servicios, inversiones o flujos financieros.

Es por ello que la Unión, tras un prolongado proceso de reflexión, se ha dotado de una nueva herramienta defensiva que, con alcance general, opera frente a las ayudas brindadas por Estados terceros<sup>3</sup>. Me refiero a las potestades de investigación y de fijación de medidas correctoras que se atribuyen a la Comisión Europea en el Reglamento (UE) 2022/2560, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (en adelante Reglamento (UE) 2022/2560 o FSR, por la siglas en inglés de *Foreign Subsidies Regulation*)<sup>4</sup>.

Esta disposición, amparada en las competencias europeas para promover un mejor funcionamiento del mercado interior y una política comercial común, recoge relevantes novedades institucionales y operativas<sup>5</sup>. Además, en virtud de unos prolongados periodos transitorios, este Reglamento (UE) 2022/2560 se encuentra todavía en un

---

<sup>2</sup> En relación con los distintos instrumentos internacionales que abordan la protección frente a ayudas distorsionadoras, puede consultarse FMI, OCDE, BANCO MUNDIAL y OMC (2022): *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, Fondo Monetario Internacional, Washington, DC.

<sup>3</sup> La necesidad de un instrumento frente a la asistencia extranjera se puso de manifiesto, por ejemplo, en el Libro blanco *sobre el establecimiento de condiciones equitativas en lo que respecta a las subvenciones extranjeras*, COM(2020) 253 final, de la Comisión Europea, de 17 de junio de 2020, accesible desde: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0253&from=EN>

<sup>4</sup> Para aproximarse a algunos de los puntos clave del Reglamento (UE) 2022/2560, aunque sin analizar el texto definitivo, puede consultarse TOKAS, MARIOS (2022): *Playing the game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies*, *Journal of World Trade*, vol. 56, núm. 5, pp. 779-802, o LAPRÉVOTE, FRANÇOIS CHARLES y WANJIE, LIN (2022): *Between State Aid, Trade and Antitrust: The Mixed Procedural Heritage of the Foreign Subsidies Regulation and the Overarching Principle of Non-Discrimination*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, vol. 25, núm. 3, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 443-452.

<sup>5</sup> La norma se ampararía en los artículos 114 y 207 del TFUE que se refieren, respectivamente, a la aproximación de disposiciones para una mayor cohesión del mercado interior y a la política comercial común.

En particular, por lo que se refiere a la política comercial común, el artículo 207.1 del TFUE alude expresamente a la adopción de medidas de protección comercial, que pueden utilizarse en casos de dumping y subvenciones. En relación con las competencias exclusivas -como la vinculada a la política comercial común- recuérdese que la legislación europea viene a desplazar las soluciones que pudiesen venir aplicando los Estados miembros en la materia, como recuerda la ya clásica Sentencia del Tribunal de Justicia, de 5 de mayo de 1981, 804/79, Comisión contra Reino Unido, apartado 18. Por tanto, la Comisión tendría un monopolio para el ejecutar los controles habilitados, desplazando la eventual fiscalización que realizasen las autoridades de los Estados miembros.

estado de provisionalidad, idóneo para el estudio, sistematización, crítica de la oportunidad o resolución de lagunas y conflictos normativos que pudieran constatarse<sup>6</sup>.

A la vista de esta realidad, el presente trabajo pretende conocer cuáles son las principales novedades planteadas y las líneas maestras en las que se sostiene el Reglamento (UE) 2022/2560, realizándose también una aproximación particular a una materia concreta, como es la contratación pública. Para ello, se comenzará por analizar el ámbito de aplicación del referido Reglamento. A continuación, se realizará una aproximación a las ayudas que entran en el marco del nuevo instrumento -y al concepto de subvención- así como a las potestades y medidas correctoras que pueden aplicarse ante la detección de ayudas distorsionadoras. Acto seguido se estará al procedimiento que ha de tramitarse por la Comisión Europea, con anterioridad a la adopción de medidas, y a los derechos a disposición de los sujetos investigados. Por último, se observarán ciertas especialidades que afectan a las licitaciones públicas, tanto desde el punto de vista material como procedimental.

## **II. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SOBRE SUBVENCIONES EXTRANJERAS**

La nueva regulación comunitaria tiene por principal objetivo evitar las distorsiones causadas por subvenciones extranjeras en el mercado interior, tanto directa como indirectamente<sup>7</sup>. Para ello, vienen a establecer distintas normas y procedimientos orientados a investigar y corregir dichas distorsiones.

Al respecto, lo relevante para aplicar el marco normativo de nuevo cuño no es el origen europeo o extranjero de las empresas que operan en un determinado sector del mercado interior, sino la existencia de financiación extranjera que pueda distorsionar la libre competencia en dicho mercado. Por tanto, aunque habitualmente las subvenciones extranjeras se concederán a empresas de origen o capital también extranjero, este origen o capital de un Estado tercero no son esenciales para que la Comisión Europea ejerza las funciones asumidas.

Las aludidas subvenciones extranjeras, con potencial para afectar a la sana y libre competencia, pueden incardinarse en el seno de cualquier actividad económica. Sin embargo, el Reglamento (UE) 2022/2560 aborda en mayor detalle dos ámbitos específicos donde estas subvenciones pueden tener un impacto especialmente notable. Me refiero a las concentraciones empresariales y a los procedimientos de contratación

---

<sup>6</sup> Así, pese a que la norma es aplicable, con carácter general, a partir del 12 de julio de 2023, ciertas previsiones se aplicarán a partir del 12 de octubre de 2023 o, incluso, del 12 de enero de 2024, según recuerda el artículo 54 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>7</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

pública. Ello no implica que se elimine el control en el marco de otras actividades económicas diferentes, sino que se intensifica la vigilancia para las concentraciones y licitaciones públicas mediante un marco de intervención más preciso<sup>8</sup>.

Así, junto con el marco general que posibilita un examen de oficio de las subvenciones extranjeras por parte de la Comisión Europea, y que atiende a cualquier actividad económica, se recoge un régimen específico para concentraciones y licitaciones públicas<sup>9</sup>. En estos últimos casos, las especialidades pivotan sobre el establecimiento de unas obligaciones de notificación de las subvenciones extranjeras que hayan recibido los operadores que participan en las concentraciones o licitaciones, de manera que podrá operarse -con mayores garantías- un control *ex ante* o previo a la conclusión de los negocios afectados.

Por lo que se refiere a las concentraciones, el control se centrará en aquellas operaciones que producen un cambio duradero en el control empresarial, como en los casos de fusiones de empresas o de la adquisición de capital o activos que lleven al control directo o indirecto de empresas<sup>10</sup>. En el marco de estas operaciones, la supervisión de las subvenciones extranjeras se centra en empresas con un volumen de negocios en la Unión elevado y que hayan recibido, en los ejercicios anteriores, contribuciones financieras extranjeras relevantes<sup>11</sup>.

Sin perjuicio de las reglas relativas a las concentraciones, el presente trabajo aborda con mayor detalle la situación de la otra rama de subvenciones extranjeras que cuentan con regulación específica, como son las vinculadas a los procedimientos de contratación pública, a las que se dedica el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2022/2560, y sobre las que volveremos con posterioridad<sup>12</sup>.

Por lo demás, para terminar de perfilar el ámbito de aplicación del Reglamento (UE) 2022/2560, debe recordarse que ya existen algunos instrumentos internacionales, suscritos por la Unión, que se dedican a reducir el impacto del uso de subvenciones o medidas compensatorias en el ámbito del comercio internacional. Al respecto, al margen

---

<sup>8</sup> Así, el artículo 1.2 del Reglamento (UE) 2022/2560 se refiere a las subvenciones extranjeras concedidas a empresas que ejercen actividades económicas en el mercado interior, lo que alcanza “entre otras” a las empresas que adquieran el control o se fusionen con empresas europeas, o a aquellas que participan en procedimientos de contratación pública en la Unión.

<sup>9</sup> El marco general que permite la intervención de oficio de la Comisión Europea se contiene en el Capítulo II -artículos 9 a 18- del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>10</sup> En relación con las concentraciones, el régimen específico se recoge en el Capítulo III -artículos 19 a 26- del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>11</sup> Así, el volumen de negocios que llevará a notificar la concentración a la Comisión Europea se fija en 500 millones de euros, y las subvenciones extranjeras recibidas en 50 millones de euros, ex artículo 20.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>12</sup> Las cuestiones relativas a la contratación pública se regulan en el Capítulo IV -artículos 27 a 33- del Reglamento (UE) 2022/2560.

de otros acuerdos bilaterales<sup>13</sup> y multilaterales<sup>14</sup>, destaca el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias (SMC), promovido en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC), que supone una herramienta relevante, pero que también cuenta con serias limitaciones<sup>15</sup>. Así, dicho Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias permite ejecutar ciertos mecanismos de defensa comercial cuando se importan mercancías subvencionadas, pero no cuando existen subvenciones extranjeras que afectan a inversiones, servicios o flujos financieros.

Habida cuenta de esta dualidad de fuentes, internacionales y de la Unión, deberá determinarse cuándo resulta procedente recurrir al Reglamento (UE) 2022/2560. Al respecto, si se detecta una medida de un Estado parte del SMC, que puede considerarse subvención a los efectos de las definiciones contenidas en dicho Acuerdo, no se aplicarían los remedios propios del Reglamento (UE) 2022/2560<sup>16</sup>, debiendo estarse a las medidas compensatorias y a los medios de solución de diferencias específicamente habilitados en la normativa internacional<sup>17</sup>. Lo mismo acontecería en caso de que se

---

<sup>13</sup> En este sentido, por ejemplo, puede estarse a las previsiones sobre subvenciones contenidas en el Capítulo 12 del Acuerdo de Asociación Económica UE-Japón, o en el Capítulo 7 del Acuerdo Económico y Comercial Global UE-Canadá.

Si el acuerdo bilateral se limitase a prever mecanismos de consulta ante las subvenciones extranjeras distorsionadoras, los diálogos con el tercer país no deberían impedir a la Comisión iniciar o continuar exámenes del Reglamento (UE) nº 2022/2560, como recuerda el considerando nº 60 de dicho Reglamento.

<sup>14</sup> Existen ciertas previsiones específicas sobre el particular en otros ámbitos, como en el Acuerdo sobre la Agricultura de la OMC, o en el Acuerdo en materia de Créditos a la Exportación con Apoyo Oficial, al que después aludiremos. Sobre la posición de estos acuerdos en relación con las subvenciones, puede consultarse FMI, OCDE, BANCO MUNDIAL y OMC (2022).

<sup>15</sup> Para una aproximación al Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, puede consultarse CAIADO, JOSÉ GUILHERME (2019): *Commitments and Flexibilities in the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: An Economically Informed Analysis*, Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge, o DE NARDA, FERNANDO MANUEL (2008): *Organización Mundial de Comercio (O.M.C.). Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias*, *Relaciones Internacionales*, núm. 34, Universidad Nacional de La Plata, pp. 73-91.

En cualquier caso, puede accederse al texto del Acuerdo desde el siguiente enlace: [https://www.wto.org/spanish/docs\\_s/legal\\_s/24-scm\\_01\\_s.htm#Art%C3%ADculolI](https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/24-scm_01_s.htm#Art%C3%ADculolI)

<sup>16</sup> De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.9 del Reglamento (UE) 2022/2560, cuyo contenido se concreta por lo dispuesto en el considerando nº 5 del mismo Reglamento.

En particular, sobre el encaje entre el SMC y el Reglamento (UE) 2022/2560, puede consultarse TOKAS, MARIOS (2022).

<sup>17</sup> Al respecto, el SMC prevé la posibilidad de imponer medidas compensatorias si se detecta una subvención a la exportación prohibida, previa articulación de un mecanismo específico para la realización de consultas y con la posibilidad de acudir al sistema institucional de solución de diferencias de la OMC.

prevean medidas específicas para combatir las subvenciones en otros acuerdos internacionales bilaterales o multilaterales.

Si, por el contrario, se está fuera del ámbito de aplicación del SMC o de otros acuerdos, será perfectamente posible acudir a los intensos remedios recogidos en la nueva regulación de la Unión. Ello acontecerá, por ejemplo, en relación con el SMC, cuando las contribuciones financieras controvertidas provengan de un tercer país no miembro de la OMC, cuando dichas contribuciones no se integren en la definición de subvención del SMC o cuando nos encontremos ante subvenciones que no se refieren a la exportación de mercancías -como en el caso de subvenciones a inversiones, servicios o flujos financieros<sup>18</sup>.

En todo caso, por lo que se refiere a las contribuciones financieras que puedan proceder de Estados miembros, no será posible aplicar el régimen del Reglamento (UE) 2022/2560, pues el mismo se articula para responder a subvenciones de terceros países. En el caso de los Estados miembros, por el contrario, habrá de estarse al ya consolidado régimen general de las ayudas de Estado.

### **III. LOS CONCEPTOS ESENCIALES DE SUBVENCIÓN Y DE DISTORSIÓN DEL MERCADO INTERIOR**

Una vez se determine que el Reglamento (UE) 2022/560 resulta aplicable, a la hora de analizar si existe una subvención extranjera que pueda distorsionar el mercado interior, será fundamental operar la debida conceptualización. Así, deberá definirse qué se entiende por subvención extranjera y cuándo esta puede tener un nocivo efecto distorsionador sobre el mercado interior. Al efecto, el propio Reglamento (UE) 2022/2560 ofrece una delimitación normativa -si bien bastante abierta- de dichas realidades.

En cuanto a las subvenciones, se entenderá que existe una subvención extranjera si un tercer país aporta, de manera directa o indirecta, una contribución financiera que confiera una ventaja a una empresa que ejerce actividades económicas en el mercado interior<sup>19</sup>. Ello, siempre y cuando esa contribución financiera no tenga alcance general, por estar limitada, *de iure* o *de facto*, a una o varias empresas o sectores. Parece existir

---

<sup>18</sup> Aunque en el caso de los servicios regiría el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios, lo cierto es que el mismo -a falta de mayor impulso político- no contiene previsiones precisas sobre las subvenciones en sede de servicios -al margen de unos principios generales. En relación con la situación de los servicios, se recomienda la consulta de SAUVÉ, PIERRE y SOPRANA, MARTA (2018): *Disciplining Service Sector Subsidies: Where Do We Stand and Where Can We (Realistically) Go?*, *Journal of International Economic Law*, vol. 21, núm. 3, Oxford University Press, pp. 599-619.

<sup>19</sup> De acuerdo con la definición contenida en el artículo 3.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

una nota de selectividad, que excluiría aquellas contribuciones disfrutadas por la generalidad de los operadores económicos.

Al efecto se ofrece un concepto muy amplio de contribución financiera, que pretende alcanzar a cualquier medida que pudiera suponer ventajas para el operador económico, de manera que la noción de subvención presente en nuestro derecho nacional se ve claramente superada<sup>20</sup>. De hecho, el concepto de contribución financiera conectaría de forma más directa con el concepto comunitario de ayuda de Estado<sup>21</sup>.

Así, y aunque no se ofrece un listado exhaustivo, permitiendo la integración de otras contribuciones, se hace referencia expresa, por ejemplo, a medidas tales como la transferencia de fondos, las aportaciones de capital, la concesión de préstamos y garantías de préstamos, los incentivos fiscales, la compensación de pérdidas de explotación, la condonación o reprogramación de deudas o la conversión de deuda en capital social<sup>22</sup>. A su vez, se incluyen renunciias a ingresos que, de lo contrario, serían exigibles, como la concesión de exenciones fiscales o la concesión de derechos exclusivos o especiales sin una remuneración que resulte adecuada. Por último, se recogen también entregas en especie, aludiendo al suministro de bienes o servicios o, en sentido inverso, a la adquisición de bienes o servicios.

Existiendo una contribución financiera, la misma deberá ser imputable a un tercer país. Al respecto, se producirá esta imputación si la misma ha sido aportada por el gobierno o por autoridades de cualquier nivel territorial del país tercero, pero no solamente en este caso<sup>23</sup>. Así, también encajarán en la categoría aquellas contribuciones financieras a cargo de entidades públicas o privadas cuya actuación pueda atribuirse al país tercero en virtud de las circunstancias presentes en el caso.

---

<sup>20</sup> Acerca de la noción de subvención, vinculada a entregas dinerarias finalistas, puede consultarse la extensa doctrina que ha venido a detenerse, desde antiguo, sobre esta técnica de fomento. Al respecto, por ejemplo, FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales; PASCUAL GARCÍA, JOSÉ (2016): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid, BOE, o GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (coord.), PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (coord.) y ARTEAGABEITIA GÓMEZ, IDOYA MARÍA (coord.) (2018): *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor, Aranzadi.

<sup>21</sup> La noción de ayuda de Estado es extraordinariamente amplia, pivotando sobre varios elementos fundamentales, como la existencia de un operador económico beneficiario, la existencia de una ventaja económica que no se hubiera obtenido en condiciones normales de mercado, la imputación de la medida a un Estado miembro o a fondos públicos, el efecto sobre la competencia y el comercio interestatal y el carácter selectivo. Estos criterios han sido interpretados minuciosamente por la jurisprudencia del TJUE, pudiendo obtenerse una visión panorámica de los mismos en la *Comunicación relativa al concepto de ayuda estatal conforme a lo dispuesto en el artículo 107, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* (2016/C 262/01), de la Comisión Europea.

<sup>22</sup> Ejemplos contenidos en el artículo 3.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>23</sup> Según dispone el artículo 3.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

No obstante, si se localiza una subvención -como contribución financiera extranjera- debe todavía analizarse si la misma distorsiona, o no, el mercado interior. En esta línea, se apreciará que existe una distorsión si es probable que la contribución financiera mejore la posición competitiva de la empresa receptora en el mercado interior y, en consecuencia, se perjudique la competencia en dicho mercado<sup>24</sup>. Ha de destacarse que la regulación no exige una ventaja competitiva efectiva o real, bastando con que la misma sea probable, apreciándose una distorsión potencial del mercado interior. Al respecto, pese a lo abierto de la formulación, parece que, a falta de certeza, debería exigirse al menos un grado de probabilidad elevado, a fin de evitar la aplicación de medidas muy gravosas a situaciones fácticas que no las justificarían.

Para llevar a cabo esta labor de valoración, se ofrecen algunos indicadores entre los que figuran, por ejemplo, el importe de la subvención, la finalidad, naturaleza y condiciones de la misma o la situación de la empresa y de los sectores afectados. Asimismo, se establecen diversas reglas que ayudan a modular las facultades de apreciación sobre la existencia de contribuciones distorsionadoras, a fin de facilitar la labor de los intérpretes.

Por una parte, se está a cuestiones de materialidad, que relativizan el impacto en el mercado interior de las subvenciones de dimensiones más reducidas. De este modo, si la contribución no excede de 4.000.000 de euros en tres años consecutivos se entenderá poco probable la distorsión o, de forma más rotunda, si no se supera el importe de las ayudas de *mínimis* en tres ejercicios consecutivos -200.000 euros- se considerará directamente que no existe distorsión en el mercado interior<sup>25</sup>. Por otro lado, se podrá entender que no se distorsiona el mercado interior por las subvenciones extranjeras dedicadas a reparar los perjuicios causados por acontecimientos de carácter excepcional, como los desastres naturales.

Igualmente, a modo de “banderas rojas” se enumeran algunas subvenciones extranjeras para las que se considera muy probable la distorsión del mercado interior, de manera que la Comisión Europea deberá mostrar especial celo en su evaluación<sup>26</sup>. Esta condición especial atiende a las subvenciones extranjeras que se conceden a empresas que se encuentren en dificultades, las contribuciones que implican una garantía ilimitada -en cuantía o duración- para respaldar las deudas u obligaciones de las empresas, las

---

<sup>24</sup> Ex artículo 4.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>25</sup> Artículos 4.2 y 4.3 del Reglamento (UE) 2022/2560, con referencia expresa al artículo 3.2, párrafo primero, del Reglamento (UE) nº 1407/2013, de la Comisión, de 18 de diciembre de 2013, relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de *mínimis*.

<sup>26</sup> Se produce una juridificación del modelo de *red flags* a través de la plasmación de indicadores en el artículo 5 del Reglamento (UE) 2022/2560.

aportaciones que permiten presentar una oferta indebidamente ventajosa a una licitación pública o las medidas de financiación de exportaciones que no concuerdan con lo dispuesto en el Acuerdo en materia de Créditos a la Exportación con Apoyo Oficial, de la OCDE<sup>27</sup>.

En estos últimos casos parece que nos encontraremos ante una suerte de presunción de existencia de una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior. No obstante, no se tratará de una presunción absoluta, sino de una presunción *iuris tantum*, por cuanto deberá valorarse el efectivo impacto de las ayudas enmarcadas en estas categorías para el caso concreto. En particular, se establece la posibilidad de que las empresas investigadas faciliten información acerca de si una subvención -inserta en alguna de dichas categorías- distorsiona el mercado interior a la vista de las circunstancias presentes en cada concreto caso<sup>28</sup>.

#### **IV. LAS MEDIDAS A APLICAR ANTE LA DETECCIÓN DE DISTORSIONES: EL RELEVANTE PAPEL DE LA COMISIÓN EUROPEA**

Con los anteriores mimbres, será necesario determinar, caso por caso, si nos encontramos ante una subvención distorsionadora del mercado interior. Se trata, como se ha anticipado, de un juicio complejo, en el que deben ponderarse diferentes intereses y en el que entran en juego preceptos en los que se recogen conceptos jurídicos caracterizados por una elevada indeterminación.

En este sentido, la labor de valoración se asigna en exclusiva a un único sujeto, como es la Comisión Europea<sup>29</sup>. La centralización de la toma de decisiones en esta institución de la Unión pretende asegurar una mayor coherencia en la aplicación de las previsiones del Reglamento (UE) 2022/2560 y una mayor igualdad de condiciones en todo el mercado interior, evitando la intervención de unas autoridades nacionales que pudieran ofrecer posturas diferenciadas y orientadas a favorecer los intereses patrios.

Así, la Comisión Europea, a partir de la información recabada, deberá ponderar los efectos distorsionadores de la subvención extranjera con los efectos positivos que dicha

---

<sup>27</sup> Se trata de un documento sin valor directamente vinculante, pero cuyos signatarios -entre los que se encuentra la Unión Europea- se comprometen a aplicar voluntariamente, a fin de contar con un marco estable y equilibrado en materia de ayudas a la exportación. Desde su formulación original de 1978, el mismo ha sido de múltiples reformas y desarrollos sectoriales, pudiendo accederse a su versión vigente --de enero de 2022- a través del siguiente enlace: [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/PG\(2022\)1&docLanguage=en](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=TAD/PG(2022)1&docLanguage=en)

<sup>28</sup> Derecho atribuido a las empresas investigadas en el artículo 5.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>29</sup> En este sentido se pronuncia el considerando nº 8 del Reglamento (UE) 2022/2560, al afirmar que “la Comisión es la única autoridad competente para aplicarlo”. Algo que, por lo demás, resulta coherente con el carácter exclusivo de las competencias ejercitadas por la Unión Europea.

subvención pudiera tener para el mercado interior<sup>30</sup>. Me refiero, por ejemplo, al impacto positivo en otros objetivos estratégicos de la Unión o al efectivo desarrollo de una actividad económica que, aunque subvencionada, no cuenta con sustitutivo en el mercado interior o resulta esencial.

Una vez se hayan sopesado los distintos efectos negativos y positivos la Comisión Europea obrará en consecuencia, adoptando medidas correctoras, si esta fuese la solución oportuna para subsanar la distorsión apreciada. Junto a las medidas correctoras que puede imponer coactivamente la Comisión, también podrán validarse compromisos ofrecidos por las empresas investigadas, orientados a subsanar las distorsiones -que se convertirán en vinculantes si son aceptados por la Comisión<sup>31</sup>.

Las medidas correctoras y compromisos pueden ser de lo más variado, sin que la legislación recoja un elenco cerrado. Así, sin ánimo de exhaustividad, se hace referencia a la reducción de la capacidad productiva, la no realización de ciertas inversiones, la cesión de activos, el reembolso de las subvenciones extranjeras y los oportunos intereses o la concesión de licencias sobre los activos desarrollados con apoyo en las subvenciones extranjeras. A su vez, en relación con estas técnicas, podrán imponerse requisitos de información y de transparencia, incluyendo la presentación de información periódica acerca de las medidas correctoras impuestas y los compromisos asumidos.

En el particular caso de los contratos públicos, si nos encontramos ante licitaciones sometidas a las reglas singulares del Capítulo IV, se estará a unas consecuencias específicas en caso de apreciarse una subvención distorsionadora, sobre las que volveremos posteriormente. Por el contrario, si la distorsión se localiza en licitaciones no cubiertas por dicho Capítulo IV, se estará a las reglas generales sobre investigación de oficio de la Comisión y eventual aplicación de medidas correctoras, teniendo en cuenta que, además, no cabrá disponer la resolución del contrato adjudicado<sup>32</sup>.

Por lo demás, téngase en cuenta que las facultades de la Comisión van más allá de la intervención sobre situaciones en las que se aprecia que una subvención favorece a un determinado operador económico. Así, la normativa también le permite desarrollar investigaciones de mercado respecto de sectores, actividades o instrumentos de subvención donde se intuyen riesgos de distorsión general<sup>33</sup>. De este modo, se supera el

---

<sup>30</sup> Juicio de ponderación a desarrollar por la Comisión, ex artículo 6 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>31</sup> Las medidas correctoras y compromisos se recogen en el artículo 7 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>32</sup> En virtud del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>33</sup> Investigaciones de mercado reguladas en el artículo 36 del Reglamento (UE) 2022/2560.

caso concreto, y la conexión con una empresa determinada, para elevar el análisis a un sector o tipo de actividad donde las subvenciones inciden de forma generalizada. En estos casos, los resultados derivados de la investigación de mercado pueden llevar a la iniciación de procedimientos individuales que finalicen con medidas correctoras o compromisos. Asimismo, si se apreciase que las distorsiones reiteradas en un mercado o actividad tienen origen en un mismo país tercero, la Comisión podrá entablar un diálogo con dicho Estado para promover la eliminación de las contribuciones distorsionadoras<sup>34</sup>.

De lo anterior se deduce que la aplicación del Reglamento (UE) 2022/2560 requiere de una labor de interpretación y valoración compleja, debiendo ponderarse multitud de conceptos jurídicos indeterminados, cuya concurrencia habrá de evaluarse caso por caso. En este sentido, la asignación de estas funciones a la Comisión Europea parece acertada, siendo controvertido que dicha labor -en la que estará presente un margen de apreciación elevado- pudiera desarrollarse por un organismo de la Unión no previsto en los Tratados<sup>35</sup>.

Igualmente, corresponde a la Comisión determinar -tras sopesar las consecuencias positivas y negativas- qué medidas restrictivas pueden establecerse o qué compromisos de los operadores pueden validarse para asegurar que no se producen distorsiones indebidas en el mercado interior. De nuevo, parece que la Comisión Europea es el sujeto idóneo para realizar este tipo de valoraciones, pues es quien asume el rol constitucional de promover el interés general de la Unión<sup>36</sup>.

En cualquier caso, la decisión que finalmente adopte la Comisión en aplicación de la regulación analizada será difícil de cuestionar, pues la institución dispondrá de un elevado margen de apreciación en sus valoraciones, procediendo una corrección judicial solamente en casos de clara desviación<sup>37</sup>. No obstante, recuérdese que la regulación

---

<sup>34</sup> Según se dispone en el artículo 37 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>35</sup> Esta limitación deriva de la conocida como jurisprudencia Meroni, con origen en la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 13 de junio de 1958, asunto 9/56, Meroni & Co., Industrie Metallurgiche, SpA y Alta Autoridad de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero. La misma sostiene que la asignación de poderes a sujetos que no gozan de reconocimiento en los Tratados "(...) sólo pueden referirse a facultades de ejecución, exactamente definidas, y totalmente controladas en el uso que se hace de ellas". No cabría, por tanto, asignar a sujetos no previstos en los Tratados - como una agencia- funciones en cuyo ejercicio esté presente un elevado margen de apreciación. En cualquier caso, para aproximarse a esta línea jurisprudencial, y a sus recientes matices, pueden consultarse GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, GERARDO (2014): "La Unión Europea como «Estado regulador» y las Administraciones independientes", *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 79-111, o SIMONCINI, MARTA (2015): Legal Boundaries of European Supervisory Authorities in the Financial Markets: Tensions in the Development of True Regulatory Agency, *Yearbook of European Law*, núm. 34, pp. 319-350.

<sup>36</sup> Recuérdese que esta institución es a quien se encomienda la promoción del interés general de la Unión, de acuerdo con el artículo 17.1 del Tratado de la Unión Europea.

<sup>37</sup> En relación con las limitaciones al control, pueden consultarse las Sentencias del Tribunal de Justicia, de 19 de noviembre de 2008, Ralf Schröder/Oficina comunitaria de variedades vegetales, (T-187/06), apartado 59, o de 15 de junio de 1993, Matra/Comisión, (C-225/91), apartados 24 y 25.

contiene algunas pautas para reducir esta discreción, como la fijación de parámetros económicos para excluir el efecto distorsionador o el establecimiento de subvenciones a las que se asigna una probabilidad de distorsión elevada. Igualmente, debe recordarse la aplicación de principios generales como el de proporcionalidad, que guiará a la Comisión a la hora de determinar las concretas medidas correctoras a implementar<sup>38</sup>.

Sea como fuere, ante la indefinición y la amplitud de ciertos conceptos establecidos en el Reglamento (UE) 2022/2560, será de interés recurrir, por sus similitudes, a la consolidada doctrina que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha configurado en relación con las ayudas de Estado, a partir del enjuiciamiento de las labores de la Comisión en dicho ámbito<sup>39</sup>.

## **V. LAS POTESTADES ATRIBUIDAS A LA COMISIÓN EUROPEA PARA ASEGURAR EL CORRECTO CUMPLIMIENTO DE SUS NUEVAS FUNCIONES**

Para llevar a cabo sus funciones de verificación será esencial que la Comisión Europea disponga de toda la información necesaria, para lo que se atribuyen a esta institución diversas prerrogativas administrativas -que recuerdan a las ya recogidas en la regulación comunitaria sobre competencia<sup>40</sup>. En este sentido, destaca, por no ser habitual, el amplio grado de desarrollo del régimen aplicable a dichas potestades -incluyéndose también ciertas cuestiones vinculadas a la vertiente procedimental<sup>41</sup>.

Así, por una parte, se habilita a la Comisión Europea para dirigir solicitudes de información que le permitan cumplir con las funciones del Reglamento (UE) 2022/2560<sup>42</sup>. Estas solicitudes de información podrán dirigirse tanto a la empresa que sea objeto de investigación como también a otras empresas o asociaciones de empresas, siempre y

---

<sup>38</sup> De acuerdo con el artículo 7.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>39</sup> Algunas de las principales similitudes y diferencias que existen entre el régimen de las ayudas de Estado y el contenido en el Reglamento (UE) 2022/2560 se señalan por WEIß, WOLFGANG (2023): *Ex Officio Third Country Subsidies` Review: Similarities with and Differences to State Aid Procedure*, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 21, núm. 2, Lexxion, pp. 132-142.

<sup>40</sup> Así, puede estarse a lo previsto en los artículos 17 a 22 del Reglamento (CE) nº 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.

<sup>41</sup> De hecho, al margen de ciertos ámbitos sectoriales, lo cierto es que la regulación procedimental del ejercicio de poderes por la Unión Europea acostumbra a ser parca, como nos recuerdan, por ejemplo, ORTEGA BERNARDO, JULIA (2017): *El acto administrativo transnacional en el derecho europeo del mercado interior*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 188, Aranzadi, pp. 81-124, pág. 82, o PEPE, GABRIELE (2017): *“I procedimenti amministrativi nel diritto europeo: profili teorici e risvolti applicativi”* en GIOMI, VALENTINA y MERUSI, FABIO (Eds.), *Nuove modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, Pisa University Press, Pisa, pp. 27-40, pág. 31.

<sup>42</sup> El régimen de estas solicitudes de información se contiene en el artículo 13 del Reglamento (UE) 2022/2560.

cuando se respete la oportuna proporcionalidad. Igualmente, será posible que la Comisión solicite información a los Estados miembros o, incluso, a los terceros países que puedan resultar implicados.

Las solicitudes de información que remita la Comisión a las empresas indicarán su finalidad, enunciarán detalladamente qué información se exige y fijarán un plazo que resulte adecuado para recabar y comunicar dicha información.

Por otra parte, junto con las solicitudes de información, destaca la posibilidad de que la Comisión Europea mantenga una entrevista con cualquier persona física o jurídica que, voluntariamente, acepte dialogar en relación con una investigación en curso<sup>43</sup>. Lo habitual, en relación con las entrevistas, será que las mismas tengan lugar en establecimientos de la Comisión, o por teléfono u otros medios electrónicos. Sin embargo, si se optase por vías presenciales fuera de dichos establecimientos de la Comisión, será preciso informar al Estado miembro en cuyo territorio vaya a tener lugar la entrevista u obtener el previo consentimiento en caso de que la entrevista haya de desarrollarse en un país tercero.

Además de estas técnicas de recopilación de información, se habilita a la Comisión para que lleve a término inspecciones en relación con los operadores económicos o asociaciones de empresas<sup>44</sup>. En el marco de las inspecciones, el personal inspector podrá ejercer diversas facultades, como el acceso a locales, terrenos o medios de transporte, el examen y copia de documentos en cualquier soporte de almacenamiento, el precintado de locales o documentos, o la solicitud de explicaciones al personal de la empresa con registro de las respuestas.

Si la inspección hubiese de tener lugar en un Estado miembro, la Comisión habrá de informar con antelación suficiente a dicho Estado, a fin de que se facilite la intervención, a través de la prestación de asistencia activa a los inspectores comunitarios por parte del personal nacional. En particular, si se produjese una oposición a la inspección, el Estado miembro recabará la intervención de la fuerza pública que permita llevarla a término, previa obtención de la oportuna autorización judicial que pudiese ser necesaria.

A su vez, se prevé que la Comisión pueda encomendar directamente a los Estados miembros la realización de inspecciones u otras investigaciones previstas en la legislación nacional<sup>45</sup>. En estos casos se produciría una suerte de “delegación” de las

---

<sup>43</sup> Según se dispone en el artículo 13.7 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>44</sup> Potestad de inspección regulada en los artículos 14 y 15 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>45</sup> Según se dispone en el artículo 15.7 del Reglamento (UE) 2022/2560.

inspecciones a favor de los Estados miembros, de manera que los resultados de las mismas serían asumidos y aprovechados por la institución de la Unión.

Como una novedad a destacar, se establece que las inspecciones también pueden desarrollarse fuera del territorio de la Unión<sup>46</sup>. No obstante, en estos casos, al afectarse a la soberanía de países terceros, será necesaria una previa notificación al gobierno del tercer país y la obtención del consentimiento de este. Dicho consentimiento podrá ser expreso o también tácito, pues la regulación prevé que la inspección pueda llevarse a término en ausencia de objeciones a la misma. En cualquier caso, si la empresa no se aviene a soportar la inspección voluntariamente no sería posible la compulsión, a no ser que se obtenga la asistencia de las autoridades del país tercero.

Junto con estas prerrogativas aparece la posibilidad de que la Comisión acuerde medidas cautelares durante el desarrollo de sus pesquisas, en caso de que se aprecien indicios suficientes de que una contribución financiera extranjera distorsiona el mercado interior, y siempre que exista un riesgo de perjuicio grave e irreparable a la competencia en dicho mercado interior<sup>47</sup>. Las medidas cautelares resultantes se aplicarán durante el tiempo indispensable para lograr sus objetivos, pudiendo renovarse, y decayendo al adoptarse la decisión definitiva.

Las medidas cautelares pueden ser de los más diversos cabiendo imponer, a título meramente enunciativo, la abstención cautelar de realizar determinadas inversiones, la concesión de licencias sobre activos financiados con subvenciones extranjeras o la oferta de acceso a infraestructuras apoyadas mediante subvenciones extranjeras. En particular, por lo que se refiere a los procedimientos de contratación pública, no es posible adoptar medidas cautelares, existiendo, como alternativa, algunas herramientas específicas a aplicar durante la tramitación de los procedimientos de licitación sometidos al Capítulo IV.

Por lo demás, las potestades de la Comisión Europea se ven apoyadas por herramientas de refuerzo, que se orientan a favorecer la cooperación de los sujetos investigados. Así, por una parte, se prevé la imposición de multas pecuniarias y de multas coercitivas cuando las empresas, mediando dolo o negligencia, realicen distintas conductas obstructivas<sup>48</sup>. Me refiero, por ejemplo, a la facilitación de información incompleta, incorrecta o engañosa, a la no remisión de la información solicitada, o a la negativa al sometimiento a inspecciones -siempre que estas se desarrollen en un Estado miembro.

---

<sup>46</sup> Las especialidades de estas inspecciones se regulan en el artículo 15 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>47</sup> Las medidas cautelares se regulan en el artículo 12 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>48</sup> Estas herramientas se contienen en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2022/2560.

Aunque la regulación comunitaria se refiere de forma indistinta a las multas y a las multas coercitivas, debe recordarse que existe una diferencia esencial entre ambos instrumentos. Así, mientras que las multas se caracterizarían como sanciones administrativas, lo que supone que se aplique el elenco de principios y garantías propio del ejercicio de la potestad sancionadora, las multas coercitivas tienen una naturaleza diferente. En estos casos, no existe una medida puramente represiva, sino una herramienta de ejecución de actos administrativos. Al respecto, las multas coercitivas del Reglamento (UE) 2022/2560, como instrumentos que pretenden compeler al cumplimiento, se aproximarían a las multas coercitivas tradicionales en el ordenamiento español<sup>49</sup>, a las *astreintes* francesas<sup>50</sup> o, en el ámbito de la Unión, a los pagos periódicos previstos en la normativa de defensa de la competencia<sup>51</sup>. Ello tendría una consecuencia esencial pues, ante la inexistencia de carácter punitivo, se excluiría la aplicación de determinadas garantías vinculadas al ejercicio de la potestad sancionadora<sup>52</sup>.

A la vista de estas diferencias, parece que la Comisión habrá de determinar, caso por caso, cuándo una obstrucción al ejercicio de sus funciones puede llevar a una sanción o a una medida de promoción del cumplimiento. Al respecto, a fin de respetar el principio de proporcionalidad, parece que las sanciones deberían reservarse para los incumplimientos contumaces o reiterados, que no es probable reconducir a través de la imposición de multas coercitivas. En cualquier caso, hubiera sido deseable que la regulación de la Unión ejecutara un deslinde más preciso entre ambas figuras.

En cuanto al importe de estas medidas represivas, las sanciones pecuniarias pueden alcanzar hasta el 1 % del volumen de negocios de la empresa durante el ejercicio anterior. Por su parte, el importe diario de las multas coercitivas no superará el 5 % del volumen de negocios diario medio de la empresa en el anterior ejercicio, estableciéndose dichas multas por cada día laborable de demora hasta que se alcance una adecuada colaboración con la Comisión. En caso de que las multas coercitivas lleven al efectivo cumplimiento, a modo de una suerte de “premio”, la Comisión podrá efectuar una rebaja del importe inicialmente marcado.

---

<sup>49</sup> En este sentido, la constitucionalidad de las multas coercitivas, reguladas como medida de ejecución forzosa en el artículo 103 de la Ley 39/2015, y su carácter no sancionador, han sido expresamente validados en las Sentencias del Tribunal Constitucional 239/1988, de 14 de diciembre, Fundamento Jurídico 2º o 215/2016, de 15 de diciembre, Fundamento Jurídico 8º.

<sup>50</sup> Para una aproximación a las *astreintes* propias del ordenamiento francés, y para observar sus diferencias con las sanciones, se recomienda la lectura de SCHWARZE, JÜRGEN (2009): *Droit administratif européen*, Bruylant, Bruselas, pág. 40.

<sup>51</sup> Multas coercitivas recogidas en el artículo 24 del Reglamento (CE) nº 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. Dicho Reglamento contiene de forma separada la regulación de las multas de naturaleza sancionadora, recogidas en su artículo 23.

<sup>52</sup> Me refiero, por ejemplo, al principio de culpabilidad o a la prohibición del bis in ídem.

La concreta cuantía de la multa o multa coercitiva debe fijarse dentro de un marco muy amplio, que oscila entre cifras simbólicas y el 1 % o el 5 % del volumen de negocios -anual o diario respectivamente. Para la delimitación se ofrecen una serie de criterios de graduación, que pivotan sobre la naturaleza, gravedad y duración de la infracción apreciada, así como sobre la aplicación de los principios de proporcionalidad e idoneidad<sup>53</sup>.

Además de las multas y multas coercitivas, el cumplimiento de los sujetos investigados se fomenta mediante otras medidas adicionales<sup>54</sup>. De este modo, a falta de una leal colaboración, la Comisión decidirá sobre la existencia de una subvención distorsionadora a partir de la información disponible, prescindiendo de los datos que el operador pudiera ofrecerle. En esta misma línea, también se establece que, si se hubiese proporcionado información incorrecta o engañosa, la misma no será tenida en cuenta.

A su vez, se prevé expresamente que la ausencia de colaboración es susceptible de perjudicar al operador afectado, pudiendo ser el resultado del procedimiento menos favorable que si hubiese mediado la oportuna cooperación. De hecho, se dispone que, si no se facilitase la información para determinar si una contribución financiera confiere una ventaja, será posible considerar que se ha obtenido dicha ventaja. Esta previsión resulta cuestionable, pues la Comisión Europea, aun resolviendo con un volumen menor de información, habría de realizar una valoración técnica neutral y adecuada a los hechos, sin verse influida por el mayor grado de colaboración del sujeto investigado.

## **VI. EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN**

Las anteriores prerrogativas se ejercerán, como no puede ser de otro modo, en el marco de un procedimiento administrativo tramitado por la Comisión Europea, orientado a determinar si efectivamente existe una subvención extranjera distorsionadora y qué medidas pueden adoptarse para mitigar sus efectos. Dicho procedimiento se iniciará bien de oficio por la propia Comisión Europea o bien a raíz de la recepción de una notificación derivada de los regímenes especiales en materia de contratación pública o de concentraciones.

Por lo que se refiere al inicio de oficio, aplicable a la generalidad de supuestos, el impulso procederá de la propia Comisión Europea, o bien puede haberse recibido información -sobre la existencia de una eventual subvención extranjera distorsionadora- enviada por un Estado miembro o por cualquier persona física o jurídica. En el caso de

---

<sup>53</sup> Ex artículo 17.6 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>54</sup> Recogidas en el artículo 16 del Reglamento (UE) 2022/2560.

que existan supuestos de “denuncia”, parece que la Comisión Europea dispondrá de un amplio margen de apreciación para decidir si inicia, o no, una investigación de oficio<sup>55</sup>. Además, en ciertas situaciones, la Comisión incluso podrá solicitar que el operador afectado presente una notificación, lo que llevará a aplicar el régimen singular vigente para los contratos públicos y las concentraciones<sup>56</sup>.

El procedimiento que se inicie constará de dos fases sucesivas. Así, en primer lugar, dicho procedimiento comenzará por un examen preliminar, que sirve para conocer si hay indicios suficientes de distorsión derivada de las subvenciones existentes, con vistas a determinar si procede, o no, un análisis más profundo<sup>57</sup>. Si al iniciarse el examen preliminar existiese un procedimiento nacional que pudiera verse afectado, será necesario informar al Estado miembro de dicho inicio<sup>58</sup>.

En el marco de estos exámenes preliminares, la Comisión podrá hacer uso de las potestades previamente analizadas y, en particular, de las solicitudes de información y las inspecciones. Si de las pesquisas llevadas a término se derivase que no existen indicios suficientes, por no haber subvención o por no apreciarse signos de una distorsión efectiva o potencial en el mercado interior, el procedimiento concluirá sin mayores consecuencias para el operador. Deberá informarse de esta terminación tanto al sujeto investigado -que se verá libre de medidas correctoras- como a los Estados miembros concernidos.

Sin embargo, si existiesen indicios suficientes de que media una subvención extranjera distorsionadora se dará pie al inicio de la segunda fase del procedimiento, como es el desarrollo de una investigación exhaustiva. Para iniciar esta segunda etapa será necesario dictar una decisión al efecto, que contenga los resultados del examen preliminar, y que será publicada en el DOUE y comunicada a la empresa investigada y a los Estados miembros.

La fase de investigación tiene por objetivo la evaluación -con mayor detenimiento- de la subvención extranjera que indiciariamente pudiera distorsionar el mercado interior, a fin de contrastar dichos indicios. Para ello, de nuevo, será posible recabar toda la

---

<sup>55</sup> Según se deduce de la fórmula contenida en los artículos 35.1 y 35.2 del Reglamento (UE) 2022/2560, donde se afirma que, a partir de la información recibida: “la Comisión podrá decidir iniciar un examen preliminar (...)”.

<sup>56</sup> Según recuerda el artículo 35 del Reglamento (UE) 2022/2560, pudiendo aplicarse el régimen de notificación en caso de que no se hubiese adjudicado todavía el contrato o no se hubiese ejecutado la concentración, ex artículos 29.8 y 21.5 respectivamente.

<sup>57</sup> Sobre estos exámenes preliminares ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 10 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>58</sup> Según recuerda el artículo 10.2 del Reglamento (UE) 2022/2560, con referencia expresa a los procedimientos de contratación o a los procedimientos en materia de inversiones extranjeras del 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.

información necesaria a través de las potestades de solicitud de información e inspección estudiadas anteriormente.

Tras haberse ejecutado los análisis oportunos, se deberá adoptar una decisión definitiva, a través de un procedimiento de comité<sup>59</sup>. Así, si no se apreciase la existencia de una subvención distorsionadora o si los efectos positivos compensasen la distorsión al mercado interior, se emitirá una decisión liberatoria para el investigado. Si, por el contrario, concurriese una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior, se dictará un acto mediante el que se imponen medidas correctoras o a través del que se validan y convierten en vinculantes los compromisos ofrecidos por la empresa para subsanar la distorsión<sup>60</sup>.

Por lo que se refiere al plazo con el que cuenta la Comisión para tramitar este procedimiento bifásico, únicamente se establece una orientación no vinculante para la fase de investigación exhaustiva, de modo que se llama a la Comisión a decidir en un plazo de dieciocho meses desde el inicio de dicha fase<sup>61</sup>. Esta parquedad se inserta dentro de un contexto comunitario en el que, a diferencia de lo que acontece en el ordenamiento español<sup>62</sup>, no hay una regulación general sobre el transcurso de plazos y los efectos de la ausencia de resolución<sup>63</sup>.

Así, no se fija un plazo para la fase de examen preliminar, ni tampoco para el procedimiento en su conjunto, ni se determinan las consecuencias del incumplimiento de la obligación de resolver por parte de la Comisión. Ello atribuye un grado de libertad muy

---

<sup>59</sup> Así, por disposición del artículo 11 del Reglamento (UE) 2022/2560, la decisión de la Comisión se adoptará a través del procedimiento consultivo de comité, regulado en el artículo 4 del Reglamento (UE) nº 182/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión.

<sup>60</sup> En cuanto al contenido de las medidas correctoras y compromisos, me remito al estudio realizado previamente.

<sup>61</sup> Según dispone el artículo 11.5 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>62</sup> En el ordenamiento español existen múltiples reglas sobre la fijación de plazos administrativos, se fija un plazo supletorio y están consolidadas las instituciones del silencio administrativo y la caducidad, de modo que el operador jurídico puede conocer de antemano cuál será la consecuencia jurídica del incumplimiento de la obligación de resolver en plazo.

<sup>63</sup> En el ámbito comunitario, el artículo 41.1 CDFUE recoge el derecho de los ciudadanos a que sus asuntos sean tratados dentro de un plazo razonable. Sin embargo, no existe legislación general que discipline cuáles han de ser las consecuencias de la inacción administrativa, estándose a lo que al efecto disponga la regulación sectorial. Al respecto, las previsiones del Reglamento (CEE, Euratom) nº 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos, no alcanzan -ni mucho menos- a resolver toda incógnita.

Para aproximarse a la cuestión, y a algunas soluciones sectoriales, puede consultarse ATHANASIADOU, NATASSA Y ELIANTONIO, MARIOLINA (2020): "Silence of the EU Authorities: The Legal Consequences of Inaction by the EU Administration" en DRAGOS, DACIAN C.; KOVAČ, POLONCA y TOLSMA, HANNA D. (eds.), *The Sound of Silence in European Administrative Law*, Palgrave Macmillan, Londres, pp. 33-63.

elevado a la Comisión Europea, que contrasta con la deficiente cobertura ofrecida a los operadores que resulten afectados por la tardía actuación de la Administración comunitaria<sup>64</sup>.

Aprobada una decisión que impone medidas correctoras, o que valida compromisos deberá asegurarse su adecuado cumplimiento. Al efecto, la espontánea voluntad de los operadores se ve reforzada por la previsión de reproches ante los incumplimientos que pudieran detectarse<sup>65</sup>. De este modo, si no se cumplen las medidas correctoras o los compromisos asumidos, la Comisión Europea podrá imponer multas de hasta el 10 % del volumen de negocios de la empresa o multas coercitivas de hasta el 5 % del volumen de negocios medio diario por cada día en que se mantenga el incumplimiento. Al respecto, se reiteran las apreciaciones previamente realizadas sobre la naturaleza y alcance de las multas -como sanciones pecuniarias- y las multas coercitivas -como mecanismos de ejecución.

Igualmente se prevé la posibilidad de sustituir una decisión anterior ante la concurrencia de ciertas circunstancias que justifican la adaptación<sup>66</sup>. Así, cabrá la revocación de una decisión previa, y la adopción un nuevo acto de ejecución, si se incumplen los compromisos o medidas correctoras impuestas, si la decisión se basase en información incorrecta, incompleta o engañosa, o si se apreciase que los compromisos o medidas correctoras acordadas no son eficaces.

## VII. LOS DERECHOS DE LOS OPERADORES INVESTIGADOS

Las decisiones resultantes de un procedimiento de investigación de subvenciones extranjeras pueden ser muy gravosas para los empresarios concernidos. Igualmente, las prerrogativas ejecutadas en el marco de dichos procedimientos tienen también un impacto notable en la posición de los investigados.

---

<sup>64</sup> Así, los operadores, a falta de regulación sectorial, habrían de acudir al genérico recurso ante la inactividad, debiendo discernirse caso por caso si se está resolviendo dentro de un plazo razonable y qué efectos tiene la inacción. En cualquier caso, este recurso ante la inactividad previsto en el artículo 265 TFUE no sería eficaz, pues no parece pensado para procedimientos de los que pueden derivarse perjuicios para los particulares, exige el previo requerimiento, la espera de prolongados plazos y la tramitación de un procedimiento ante el TJUE.

En cualquier caso, se critica la situación en la que quedan los particulares, en ausencia de reglas generales o específicas sobre el transcurso de plazos, por autores como LEINO-SANDBERG, PÄIVI (2012): *Enforcing Citizens' Right to Good Administration: Time for Action Research paper* incluido en el EUROPEAN ADDED VALUE ASSESSMENT Law of Administrative Procedure of the European Union, *European Added Value Assessment Papers*, núm. 4/2012, EAVA, pp. 26-71, págs. 40 y 41, o ZILLER, JACQUES (2012): *Aspects Relating to Added Value for Citizens and Economic Operators* incluido en el EUROPEAN ADDED VALUE ASSESSMENT Law of Administrative Procedure of the European Union, *European Added Value Assessment Papers*, núm. 4/2012, EAVA, pp. 72-125, págs. II-36 y II-37.

<sup>65</sup> Según dispone el artículo 17.5 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>66</sup> Facultad de revocación contenida en el artículo 18.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

En consecuencia, para lograr un necesario equilibrio, deben brindarse ciertas garantías y derechos a los operadores afectados por la intervención. Sobre el particular, en primer término, debe tenerse en cuenta que diversos derechos procedimentales constan expresamente en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de modo que los mismos no deberían ser conculcados en ningún caso. Me refiero, en particular, a los derechos contenidos en el artículo 41 de dicha Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre los que podrían destacarse el derecho a que las resoluciones sean motivadas o a utilizar una lengua oficial de su elección en sus relaciones con las instituciones de la Unión.

Al mismo tiempo, habría de estarse también a las especialidades procedimentales que rigen para las fases de examen preliminar e investigación exhaustiva, ya analizadas previamente, o a las cautelas que se disponen para el desarrollo de las solicitudes de información y de las inspecciones in situ. Al efecto, junto con diversos deberes de notificación, puede hacerse referencia a la aplicación transversal del principio de proporcionalidad, que afecta a toda actividad de la Comisión Europea.

En cualquier caso, al margen de dichas consideraciones, el Reglamento (UE) 2022/2560 hace referencia específica a diversos derechos que asisten a los investigados. En este sentido, antes de que se dicte una decisión para la fijación de medidas correctoras o compromisos, o antes de que se acuerde la imposición de multas o multas coercitivas, habrá de respetarse el derecho de audiencia de los afectados, quienes deberán tener la posibilidad de presentar alegaciones sobre los motivos que vayan a fundar la decisión de la Comisión<sup>67</sup>. Como es natural, dicha audiencia deberá ser anterior a la emisión de la decisión. Sin embargo, como excepción, en el caso de la adopción de medidas cautelares, se permite la adopción provisional de dichas medidas a condición de que el trámite de audiencia tenga lugar a la mayor brevedad posible.

A su vez, en aras de asegurar una adecuada protección del derecho a la defensa, las decisiones de la Comisión únicamente podrán ampararse en motivos que hayan sido conocidos previamente por los operadores afectados, y sobre los que se les haya permitido presentar alegaciones. Así, si una vez evacuado el trámite de audiencia quisieran incorporarse a la decisión nuevos elementos, debería brindarse una nueva oportunidad de presentar observaciones.

Por otro lado, habrá de permitirse el acceso de los operadores investigados al expediente elaborado por la Comisión, a fin de que los mismos puedan fundar adecuadamente sus alegaciones. En este sentido, por supuesto, existen límites, como

---

<sup>67</sup> Derecho de audiencia regulado en los apartados primero y segundo del artículo 42 del Reglamento (UE) 2022/2560.

los vinculados a la información considerada confidencial, a los documentos internos de la Comisión, o a la protección de secretos comerciales de otros operadores<sup>68</sup>.

En conexión con la protección de la información obrante en el expediente, la misma solamente podrá utilizarse con la finalidad para la que fue solicitada, a no ser que exista consentimiento de quien la facilite<sup>69</sup>. De este modo, dicha información, a falta de acuerdo del suministrador, no podría fundar investigaciones de diferente naturaleza, especialmente si pudiesen resultar perjudiciales para dicho sujeto. A su vez, se deberá asegurar que la Comisión, los Estados miembros, y el personal a su servicio protegen y respetan la confidencialidad de la información obtenida. Como excepción, se establece expresamente la posibilidad de utilizar la información para elaborar estadísticas o informes, siempre que los datos publicados no permitan identificar a empresas concretas.

Junto con los anteriores, destaca también un derecho fundamental, como es de la tutela judicial efectiva, que permitirá impugnar las decisiones de la Comisión Europea que afecten directa e individualmente a los derechos e intereses de los operadores. Al respecto, la competencia para conocer de las impugnaciones que se planteen recae, como no puede ser de otro modo, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, frente al que cabrá interponer un recurso de anulación, a fin de controlar la legalidad de las resoluciones comunitarias<sup>70</sup>.

En este ámbito, por lo que se refiere al control que puede ejercitar el TJUE, hemos de partir de una singular limitación. Así, con carácter general, la justicia comunitaria, al analizar las resoluciones de la Comisión Europea, habrá de determinar si las mismas son, o no, ajustadas a derecho, procediendo en su caso a la anulación. Sin embargo, con motivo de esta revisión no cabe modificar el contenido de los actos impugnados. Este control limitado será el vigente en relación con la mayor parte de las decisiones que ha de adoptar la Comisión Europea, como en las aprobadas en sede de medidas correctoras o de validación de compromisos.

No obstante, existe una materia donde el control será, en todo caso, pleno. Me refiero al control de las multas o multas coercitivas que acuerde la Comisión<sup>71</sup>. En estos casos, se ha hecho uso de una previsión expresa de los Tratados, que permite a los reglamentos disponer la tutela judicial plena para el control de las sanciones previstas en

---

<sup>68</sup> La extensión y límites del derecho de acceso al expediente se contienen en el artículo 42.4 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>69</sup> Las consideraciones relativas al secreto se refieren en el artículo 43 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>70</sup> Recurso previsto en el artículo 263 del TFUE y que alcanza a los actos de la Comisión, con efectos frente a terceros, que no sean recomendaciones o dictámenes.

<sup>71</sup> Según prevé el artículo 45 del Reglamento (UE) 2022/2560.

los mismos<sup>72</sup>-homologándose esta revisión plena también para las multas coercitivas<sup>73</sup>. Se amplía, por tanto, la intensidad del control judicial, facultándose al Tribunal de Justicia para anular las multas o multas coercitivas que se hayan impuesto, pero también para aumentar o reducir su cuantía. A este respecto, resulta llamativa la aparente contradicción con una garantía tradicionalmente vigente en el ordenamiento español, como es la prohibición de la *reformatio in peius*, que impediría que, en vía de recurso, se incrementen las sanciones inicialmente impuestas.

Por lo demás, y con independencia del alcance de la revisión, existen ciertas limitaciones adicionales. Así, la jurisprudencia del TJUE sostiene que, cuando los organismos de la Unión deban efectuar evaluaciones complejas en el ejercicio de sus funciones -especialmente de índole económica- los mismos gozarán de una facultad de apreciación amplia, sujeta a un control jurisdiccional limitado<sup>74</sup>.

Así, ante facultades sometidas a un elevado margen de apreciación, como las que se ejercitan en el marco del Reglamento (UE) 2022/2560, los tribunales deberían limitarse a examinar la materialidad de los hechos y las calificaciones jurídicas que se hubieran realizado, si la acción de la autoridad concernida incurre en error manifiesto o en desviación de poder, o si dicha autoridad rebasa Europea sobre la generalidad de ámbitos o sectores en los que se aprecien subvenciones manifiestamente los límites de su facultad de apreciación<sup>75</sup>.

En cualquier caso, esta limitación al control que ejercen los tribunales en relación con apreciaciones económicas o técnicas, aunque sea relevante, no supone que el margen de apreciación de la Comisión sea ilimitado, ni mucho menos. Así, el Tribunal de Justicia deberá verificar la exactitud material de los elementos probatorios, su fiabilidad y coherencia, así como su pertinencia para fundar una decisión administrativa y su adecuación para sostener las conclusiones que se hayan obtenido<sup>76</sup>. En consecuencia, si las deducciones sobre las que se apoya la decisión no disponen de una base

---

<sup>72</sup> Posibilidad contenida en el artículo 261 TFUE.

<sup>73</sup> De nuevo, se producen dificultades derivadas del complejo deslinde entre las multas coercitivas y las multas de naturaleza sancionadora. Así, mientras que el artículo 261 TFUE establece la competencia jurisdiccional plena para las sanciones, el artículo 45 del Reglamento (UE) 2020/2560 alude expresamente tanto a las multas como a las multas coercitivas.

<sup>74</sup> Según recuerdan, por ejemplo, las Sentencias del Tribunal de Justicia, de 19 de noviembre de 2008, Ralf Schröder/Oficina comunitaria de variedades vegetales, (T-187/06), apartado 59, o de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union y otros, (C-157/96), apartado 39.

<sup>75</sup> En este sentido, puede consultarse la sentencia del Tribunal de Justicia, de 6 de febrero de 2014, CEEES y Asociación de Gestores de Estaciones de Servicio/Comisión, (T-342/11), apartado 70.

<sup>76</sup> Límites al margen de apreciación, contenidos, por ejemplo, en las Sentencias del Tribunal de Justicia, de 10 de julio de 2014, Telefónica de España/Comisión, (C-295/14), apartado 54; de 19 de noviembre de 2008, Ralf Schröder/Oficina comunitaria de variedades vegetales, (T-187/06), apartado 61, o de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, (T-201/04), apartado 89.

suficiente y fiable, o no existe una correspondencia lógica entre la decisión y los datos que la sustentan, procedería la anulación.

### VIII. REGLAS ESPECIALES EN SEDE DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Como se ha adelantado, al margen del control ex post que puede ejercerse de oficio por la Comisión Europea sobre la generalidad de ámbitos o sectores en los que se aprecien subvenciones que distorsionan el mercado interior, existen ciertas reglas específicas relativas a algunos procedimientos de contratación pública. Se trata de las disposiciones contenidas en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2022/2560, que atienden a contratos públicos de determinadas cuantías, y para los que se configura un deber de notificación a cargo del operador económico que haya recibido las subvenciones.

Estas reglas, no se aplican a la totalidad de las licitaciones públicas, sino únicamente a las que cumplen una serie de requisitos. Al respecto, en primer lugar, se entenderán por procedimientos de contratación pública aquellos regulados en la triada de Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE<sup>77</sup>.

Por tanto, los procedimientos que aparecen excluidos en dichas disposiciones -como los negocios patrimoniales o los negocios relacionados con instrumentos financieros- o los que se sitúan por debajo de los umbrales armonizados, no se verían sometidos a las reglas especiales sobre contratación pública del referido Capítulo IV. Ello, salvo algunas excepciones puntuales contenidas en el propio Reglamento (UE) 2022/2560, que extiende expresamente sus medidas para ciertos negocios excluidos de dichas Directivas, como son los derivados de instrumentos jurídicos que crean obligaciones de Derecho internacional<sup>78</sup>.

Por otra parte, la vinculación a las Directivas de contratación implica que la fiscalización no se referirá a las licitaciones de cualquier ente contratante. Así, las reglas específicas sobre contratación pública se aplicarán únicamente a los procedimientos de contratación desarrollados por sujetos que tengan la condición de poder adjudicador o de entidad adjudicadora, de acuerdo con lo dispuesto en la normativa de la Unión<sup>79</sup>. En consecuencia, las licitaciones conducidas por sujetos distintos de los anteriores no se

---

<sup>77</sup> De acuerdo con la definición de procedimiento de contratación pública contenida en el artículo 2.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>78</sup> Así, el artículo 2.3.d) del Reglamento (UE) 2022/2560, que alude a los procedimientos contenidos en el artículo 10, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/23/UE, el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/24/UE o el artículo 20, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/25/UE.

<sup>79</sup> Así, los artículos 2.4) y 2.5) del Reglamento (UE) 2022/2560 aluden a los sujetos con condición de poder adjudicador y de entidad adjudicadora.

someterían a las especialidades del capítulo IV, como acontece en el caso español para multitud entes que, estando integrados en el sector público, no cumplen los requisitos para tener la condición de poder adjudicador.

Asimismo, existen otras licitaciones públicas que tampoco se someterán a las reglas específicas sobre contratación pública contenidas en el referido Capítulo IV, como son las referidas a los contratos en sede de seguridad y defensa, regulados en la Directiva 2009/81/CE o los procedimientos negociados sin publicidad por razones de urgencia imperiosa<sup>80</sup> o por existir un único operador económico que puede proporcionar la prestación<sup>81</sup>.

En todos los casos anteriores, se estará al régimen general del control de subvenciones extranjeras, centrado en el examen *ex post* y de oficio a cargo de la Comisión Europea, y no a las reglas singularmente establecidas para procedimientos de contratación pública. Ello implica un menor rigor, pues se dispone que este examen de oficio en materia de contratación pública se limita los contratos que ya hayan sido adjudicados -limitando el control durante la tramitación del procedimiento de licitación- y no podrá suponer la anulación de la decisión de adjudicación o la resolución del contrato<sup>82</sup>.

Pues bien, habida cuenta de la referida dualidad de régimen en sede de licitaciones públicas, nos detendremos a continuación sobre las singularidades que acompañan a los procedimientos de contratación públicas “cualificados”, regulados en el Capítulo IV del Reglamento (UE) 2022/2560.

### **8.1. El deber de notificación**

En relación con el régimen particular de control relativo a licitaciones públicas, la principal especialidad se vincula con el surgimiento de un deber de notificación para los operadores económicos que participan en procedimientos de contratación pública y que han recibido subvenciones extranjeras de ciertas características. Notificación esta que, como veremos, dará pie a un complejo procedimiento tramitado en paralelo al procedimiento de licitación y que puede desembocar en el rechazo de la oferta concernida.

---

<sup>80</sup> Ex artículos 28.3 y 28.4 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>81</sup> Según recuerda el artículo 28.5 del Reglamento (UE) 2022/2560. En estos casos, pese a que existe el deber de comunicar las contribuciones financieras recibidas en caso de superarse los umbrales de notificación -sobre los que volveremos posteriormente- no se aplicarán las reglas especiales del Capítulo IV.

<sup>82</sup> En virtud del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

No obstante, el deber de notificar -y la aplicación del régimen especial del Capítulo IV- se ven limitados por determinados umbrales económicos<sup>83</sup>. De este modo, no siempre que existan subvenciones extranjeras se aplicarán las reglas cualificadas, abogándose por criterios de materialidad que eviten cargas administrativas innecesarias. Al respecto, existen dos umbrales económicos que deben cumplirse de forma cumulativa.

Por una parte, para que surja el deber de notificación de los operadores habremos de encontrarnos ante contratos públicos -o acuerdos marco- con un valor estimado, IVA excluido, igual o superior a 250 millones de euros. En caso de contratos divididos en lotes, además de considerarse el umbral de 250 millones de euros para el contrato, será necesario que el valor estimado del lote o lotes a los que opta el licitador subvencionado sea igual o superior a 125 millones de euros<sup>84</sup>. Por tanto, se aprecia cómo se produce una limitación a los contratos de mayor cuantía, lo que permitiría anudar la mayor complejidad y burocracia derivadas del régimen especial a los contratos de dimensiones elevadas<sup>85</sup>.

Por otro lado, es necesario que el operador económico haya recibido en los tres ejercicios anteriores contribuciones financieras extranjeras por un total de 4 millones de euros por parte de algún país tercero. En caso de recibirse contribuciones de varios terceros países no se estará al total obtenido, calculándose la cifra de 4 millones de euros por cada país tercero considerado. Asimismo, para alcanzar dicho umbral, se sumarán las contribuciones recibidas por el empresario que presenta la oferta -o empresarios en el caso de agrupaciones de operadores<sup>86</sup>- pero también por parte de sus filiales sin autonomía comercial, sus sociedades de cartera y sus subcontratistas o proveedores principales que participen en la misma licitación<sup>87</sup>. Se pretende, con ello, evitar la elusión del deber de notificación a través del uso de estructuras societarias artificiales. De hecho, al respecto, existe una prohibición general de realización de operaciones financieras o contratos destinados a la elusión de los requisitos de notificación<sup>88</sup>.

---

<sup>83</sup> De acuerdo con el artículo 28.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>84</sup> Regla especial contenida en el artículo 28.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>85</sup> De acuerdo con EBRECHT, CASPAR (2022): Foreign Subsidies Regulation and EU International Procurement-Necessity, Changes and Challenges, ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien, vol. 25, núm. 3, pp. 487-494, pág. 491.

<sup>86</sup> Las obligaciones en relación con la notificación se extienden también a las agrupaciones de operadores económicos, según recuerda el artículo 29.5 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>87</sup> Por proveedor o subcontratista principal se entenderá aquel cuya participación garantice la aportación de elementos esenciales para la ejecución del contrato y, en cualquier caso, cuando la parte económica de su contribución supere el 20 % del valor de la oferta presentada, como recuerda el artículo 29.5 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>88</sup> Según dispone el artículo 39 del Reglamento (UE) 2022/2560.

Para facilitar el conocimiento de la obligación de realizar la oportuna notificación, el poder adjudicador o la entidad adjudicadora indicarán el sometimiento del contrato a dicho deber en el anuncio de licitación, aunque la omisión de este requisito de publicidad no impide la aplicación del régimen analizado<sup>89</sup>.

Pues bien, concurriendo ambas condiciones económicas, el operador económico que participe en el procedimiento de contratación -o el contratista principal en el caso agrupaciones- notificará todas las contribuciones financieras extranjeras recibidas al poder adjudicador o entidad adjudicadora. Si, por el contrario, no se cumplieran dichos requisitos, el operador no se ve liberado de toda carga pues, en caso de haber recibido alguna contribución financiera extranjera, deberá presentar una declaración en la que consten dichas subvenciones.

Como se verá posteriormente, existen diferencias en el régimen de gestión de ambos tipos de instrumentos. Así, mientras que las notificaciones dan lugar a un procedimiento específico desarrollado por la Comisión Europea -con singular impacto en la licitación y sometido a las disposiciones del Capítulo IV del Reglamento- las declaraciones pretenderían simplemente facilitar la identificación y análisis de subvenciones que no requieran de notificación.

La notificación o declaración se presentarán, generalmente, junto con la oferta. No obstante, en el caso de procedimientos con varias fases -como los restringidos, los procedimientos con negociación, el diálogo competitivo o la asociación para la innovación- tendrá lugar una doble presentación: en primer lugar junto con la solicitud de participación y, en segundo término, con la oferta final<sup>90</sup>. El cumplimiento de estas obligaciones de comunicación es esencial pues, en caso de infracción del deber de realizar la oportuna notificación o declaración, el poder adjudicador -previo trámite de subsanación- declarará irregular la oferta o solicitud de participación, procediendo a su rechazo<sup>91</sup>. Ello sin perjuicio, como veremos, de la eventual imposición de sanciones.

Una vez se presente la notificación o la declaración, el poder o entidad adjudicadora deberá remitirla a la Comisión a la mayor brevedad posible. Si bien no se fija un plazo específico para esta remisión, parece que debería avanzarse hacia la automatización de los envíos<sup>92</sup>. En el caso de las notificaciones -y esta es una de las principales diferencias del régimen de ambas vías de comunicación- la Comisión Europea procederá necesariamente al examen de su contenido. En particular, si la institución considerase

---

<sup>89</sup> Ex artículo 28.6 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>90</sup> De acuerdo con el artículo 29.1, y la definición de procedimientos con varias fases del artículo 2.6), ambos del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>91</sup> Reglas contenidas en el artículo 29.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>92</sup> Según el artículo 29.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

que la notificación está incompleta, ofrecerá al licitador un plazo de diez días para su subsanación, procediendo el rechazo de la oferta o solicitud de participación si la notificación no se completa en dicho plazo<sup>93</sup>.

Por otra parte, fuera del marco de las notificaciones que deben presentarse por haberse superado los umbrales previamente referidos, cabe que la Comisión Europea requiera, caso por caso, una notificación de las contribuciones financieras extranjeras recibidas por un operador económico<sup>94</sup>. Estas solicitudes tendrán lugar si la Comisión sospecha de la existencia de subvenciones que generan distorsión, debiendo realizarse antes de que tenga lugar la adjudicación del contrato. La principal consecuencia de estas solicitudes de notificación es la consideración de que se está ante una contribución financiera sometida a notificación, aplicándose las singulares disposiciones propias del Capítulo IV.

Para facilitar el ejercicio de esta potestad de la Comisión Europea, se establece que si el poder adjudicador que examina las ofertas sospecha que -pese a haberse presentado una declaración- se daban los requisitos para remitir una notificación, se habrán de comunicar dichas sospechas a la Comisión Europea<sup>95</sup>. Estas mismas sospechas podrán proceder de cualquier persona física o jurídica que cuente con información al respecto, cabiendo que las mismas se dirijan también a la Comisión.

Por lo demás, y a modo de refuerzo de las obligaciones en sede de notificación y declaración, se establecen multas que afectan a algunos supuestos específicos vinculados a la contratación pública<sup>96</sup>. Así, pueden imponerse multas de hasta el 1 % del volumen de negocios del ejercicio financiero anterior a los operadores que faciliten información incorrecta o engañosa en sus notificaciones o declaraciones. Dicho importe se incrementa hasta el 10 % del volumen anual de negocios para los casos de ausencia de notificación cuando esta sea necesaria o de ejecución de operaciones o contratos orientados a eludir los requisitos de notificación.

## **8.2. Procedimiento de examen y exclusión de ofertas**

Una vez la Comisión Europea recibe la oportuna notificación, en relación con un determinado procedimiento de licitación, se realizará un análisis orientado a determinar si

---

<sup>93</sup> Ex artículo 29.4 del Reglamento (UE) 2022/2560, donde se establece que la Comisión determinará que la oferta es irregular y solicitará al poder adjudicador o entidad adjudicadora una resolución de rechazo de la oferta o solicitud de participación.

<sup>94</sup> Artículo 29.8 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>95</sup> De acuerdo con el artículo 29.7 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>96</sup> De acuerdo con el artículo 33 del Reglamento (UE) 2022/2560. Ello, sin perjuicio de que procedan el resto de multas y multas coercitivas recogidas en el artículo 17 del Reglamento (UE) 2022/2560.

las contribuciones financieras existentes generan efectivamente distorsiones. Así, a la hora de determinar si una subvención extranjera puede causar distorsiones se valorará si dicha contribución financiera permite al operador económico favorecido presentar una oferta indebidamente ventajosa. Al respecto, para apreciar la distorsión, se estará únicamente al concreto procedimiento de contratación donde se ha presentado la oferta y solamente a las subvenciones extranjeras que se hayan concedido durante los tres años anteriores a la notificación realizada<sup>97</sup>.

El análisis comenzará por un examen preliminar, en el que será posible recurrir a las diversas potestades de obtención de información previamente estudiadas<sup>98</sup>. El análisis preliminar deberá realizarse en el plazo máximo de veinte días hábiles a partir de la recepción de la notificación, pudiendo prorrogarse este plazo en diez días hábiles adicionales ante circunstancias debidamente justificadas. Si del examen preliminar no se dedujese la existencia de distorsiones, la intervención de la Comisión concluiría<sup>99</sup>. Sin embargo, en caso de que, con motivo del análisis preliminar, se apreciaran indicios de una contribución financiera distorsionadora, se continuará con una fase de investigación exhaustiva, notificándose la apertura de esta nueva fase al operador económico y al poder adjudicador afectados<sup>100</sup>.

La etapa de investigación exhaustiva, destinada a evaluar con mayor detenimiento la subvención extranjera considerada, podrá prolongarse durante un máximo de ciento diez días hábiles desde que se haya recibido la notificación, cabiendo una eventual prórroga de hasta veinte días hábiles adicionales en casos excepcionales, para los que exista la oportuna justificación<sup>101</sup>. Se aprecia como el plazo total para la instrucción de un procedimiento de verificación de la Comisión puede extenderse durante un periodo muy prolongado, que podría alcanzar, incluyendo prórrogas, los ciento sesenta días hábiles<sup>102</sup>.

En el particular caso de los procedimientos contractuales con varias fases -como los restringidos o los procedimientos con negociación- debe recordarse que existe una doble

---

<sup>97</sup> Singularidades contenidas en el artículo 27 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>98</sup> Según dispone el artículo 30.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>99</sup> No obstante, pervive la posibilidad de iniciar un nuevo examen preliminar si la Comisión Europea recibiese nueva información que le llevase a sospechar que la notificación o declaración presentadas son incompletas, ex artículo 30.4 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>100</sup> Según se dispone en el artículo 30.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>101</sup> Plazo contenido en el artículo 30.5 del Reglamento (UE) 2022/2560. Los plazos se computarán a partir del día hábil siguiente al de la recepción de la notificación, según dispone el artículo 32.8 del mismo Reglamento.

<sup>102</sup> Plazo que, en ocasiones, pese a la complejidad de los análisis a realizar, pudiera resultar excesivo, pues podría retrasarse largo tiempo la adjudicación de contratos esenciales para la satisfacción de intereses públicos.

notificación, tanto en el momento de solicitar la participación como en el de presentar la oferta final. En estos casos, el examen preliminar se desarrollará en ambos momentos, no adoptándose la decisión sobre la ejecución de una investigación exhaustiva hasta que se haya podido analizar la notificación final<sup>103</sup>.

En el marco de una investigación exhaustiva habrá de ofrecerse al operador económico afectado la posibilidad de formular alegaciones, a fin de que pueda ofrecer explicaciones de por qué su oferta no es indebidamente ventajosa, pudiendo utilizarse argumentos bien diversos, entre los que figuran aquellos que sirven para amparar ofertas anormalmente bajas<sup>104</sup>.

Sea como fuere, durante el examen preliminar y la investigación exhaustiva, la licitación pública concernida puede seguir su cauce, tramitándose las diferentes etapas con total normalidad. La única fase que se ve afectada es la de adjudicación, no cabiendo adjudicar el contrato hasta que concluya el análisis de la Comisión Europea<sup>105</sup>. Sin embargo, esta prohibición de adjudicar únicamente afecta a los licitadores que hayan presentado las oportunas notificaciones, siendo perfectamente posible la adjudicación a favor de otros operadores, que pudieran haber presentado ofertas que resulten mejor puntuadas<sup>106</sup>. Igualmente, dicha restricción decaerá si se supera el plazo para concluir la investigación exhaustiva, pudiendo adjudicarse el contrato a cualquier clase de adjudicador. Asimismo, es posible llevar a término la adjudicación en el caso de operadores sujetos al deber de presentar declaración -que no notificación- si la Comisión no ejerce su potestad de aplicar puntualmente el régimen de notificación<sup>107</sup>.

En consecuencia, parece oportuno que el poder adjudicador afectado tramite el procedimiento de licitación, valore las ofertas y las ordene, procediendo directamente a la adjudicación si el primer clasificado no venía obligado a presentar una notificación. Por contra, si el primer clasificado hubiese presentado notificación, la adjudicación habrá de esperar bien a que la Comisión termine su examen o bien a que concluya el plazo dispuesto para ello.

---

<sup>103</sup> Reglas especiales para procedimientos con varias fases previstas en el artículo 31.6 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>104</sup> En el marco del trámite de audiencia que garantiza el artículo 42 del Reglamento (UE) 2022/2560 puede hacerse alusión, específicamente, a las consideraciones sobre las ofertas anormalmente bajas del artículo 69.2 de la Directiva 2014/24/UE, como nos recuerda el considerando nº 53 del referido Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>105</sup> Según dispone el artículo 32.1 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>106</sup> De acuerdo con el artículo 32.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>107</sup> Ex artículo 32.3 del Reglamento (UE) 2022/2560, en conexión con la posibilidad de iniciar un procedimiento de oficio, sometido a las reglas del Capítulo IV, ante ciertas condiciones, según dispone el artículo 29.8 del mismo Reglamento.

Por lo que se refiere a las decisiones que la Comisión puede adoptar tras la oportuna investigación exhaustiva, las mismas son diversas. Por una parte, puede apreciarse que el operador económico no se beneficia de una subvención extranjera que distorsione el mercado interior, o bien que sí existe una de estas subvenciones distorsionadoras, pero que el operador favorecido ofrece compromisos suficientes para subsanar las distorsiones<sup>108</sup>. Al respecto, téngase en cuenta que los compromisos asumidos no habrían de suponer una modificación de la oferta, que afecte al resto de licitadores y quiebra la debida igualdad<sup>109</sup>. En todos estos casos, el contrato podrá adjudicarse al operador que presentó la notificación, si el mismo ha planteado la oferta económicamente más ventajosa<sup>110</sup>.

Como alternativa, puede ocurrir que la investigación revele la existencia de una contribución financiera que distorsiona el mercado interior, sin que el operador económico afectado ofrezca compromisos adecuados o suficientes para paliar dicha distorsión<sup>111</sup>. Ante estas situaciones, la decisión de la Comisión prohibirá la adjudicación del contrato al operador económico concernido<sup>112</sup>, debiendo el poder adjudicador

---

<sup>108</sup> Opciones contenidas en los artículos 31.1 y 31.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>109</sup> En esta línea parece pronunciarse el artículo 31.4 del Reglamento (UE) 2022/2560 que, en relación con la prueba de sopesamiento a la que se someten las contribuciones financieras detectadas, prohíbe las modificaciones en las ofertas incompatibles con el Derecho de la Unión.

Al respecto, recuérdense las limitaciones a la modificación de ofertas, en caso de que estas puedan falsear la oferta inicialmente presentada o puedan suponer una sustitución de la oferta original por otra nueva una vez son conocidas las demás ofertas presentadas. Al respecto, por ejemplo, la Resolución nº 443/2019, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 25 de abril de 2019. En general, sobre las posibilidades de subsanación/modificación de ofertas GRIS GONZÁLEZ, JUAN CARLOS (2022): *Aclaración y subsanación de las ofertas en los contratos del sector público*, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 58, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 160-179.

<sup>110</sup> En virtud del artículo 32.5 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>111</sup> De acuerdo con el artículo 31.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>112</sup> La decisión limitativa deberá notificarse al poder adjudicador, para que sea este quien actúe. Sin embargo, en estos casos, también se entregará una copia de la decisión al operador económico, ex artículo 41.3 del Reglamento (UE) 2022/2560.

En estos casos, sin perjuicio de la eventual impugnación del acto nacional por el que se rechaza la oferta, será fundamental conocer si puede recurrirse la decisión de la Comisión por la que se impone dicho rechazo. Al respecto, el sujeto excluido contará con la oportuna legitimación para recurrir la decisión europea, pues el mismo puede considerarse directamente afectado por dicha decisión, al no existir ningún margen de apreciación de las autoridades nacionales para determinar el contenido de las medidas a adoptar para su ejecución. Si estas autoridades nacionales contasen, efectivamente, con un margen de apreciación dentro de los límites marcados por la decisión europea -algo que en estos casos no acontece- el licitador afectado no podría recurrir, de acuerdo con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el Auto de 12 de diciembre de 2007, Vodafone España SA/Comisión Europea, (T-109/06), apartados 157 a 163, o en las Sentencias de 15 de septiembre de 1998, Oleifici Italiani/Comisión Europea (T-54/96), apartado 56, o de 5 de mayo de 1998, Dreyfus/Comisión, (C-386/96P), apartado 44.

rechazar la oferta que se haya presentado<sup>113</sup>. Si el rechazo afectase a la proposición económicamente más ventajosa, podrá adjudicarse el contrato al operador económico que hubiese presentado la siguiente mejor oferta<sup>114</sup>.

Las decisiones de la Comisión Europea, al margen de ser notificadas a los sujetos concernidos<sup>115</sup>, serán también publicadas en el Diario Oficial de la Unión Europea<sup>116</sup> y se integrarán en una base de datos electrónica específica, a la que podrán acceder los Estados miembros y los poderes adjudicadores<sup>117</sup>. Dichas decisiones, una vez dictadas, podrán revocarse y sustituirse por otras ante supuestos de incumplimiento o ineficacia de los compromisos impuestos o si se amparasen en información incompleta o engañosa<sup>118</sup>. En estos casos, sin perjuicio de las eventuales multas o multas coercitivas que pudieran proceder, no se afectará a la decisión de adjudicación del contrato ni al contenido de los contratos ya celebrados<sup>119</sup>. Se produce aquí una autolimitación de las potestades de la Comisión Europea, que pretende no afectar a los intereses públicos conectados con la adecuada ejecución de un contrato que ya está surtiendo efectos.

En otro orden de cosas, la tramitación de un procedimiento de investigación por la Comisión Europea no supone que pueda ofrecerse al operador económico investigado un trato más desfavorable que el brindado al resto de licitadores. Así, el poder adjudicador habrá de respetar los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación, transparencia y competencia en relación con todo licitador, incluyendo al investigado<sup>120</sup>.

Ello, en particular, no obsta para que el poder adjudicador pueda verificar si la oferta presentada es anormalmente baja, de acuerdo con el régimen previsto al efecto<sup>121</sup>. Sin

---

<sup>113</sup> El rechazo de la oferta, así como otras muchas vicisitudes que afectan al procedimiento de contratación pública, deberán notificarse a la Comisión Europea, por imperativo del artículo 32.6 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>114</sup> Solución contenida en el artículo 32.4 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>115</sup> Los sujetos que han de ser notificados en cada supuesto se disponen en el artículo 41 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>116</sup> Publicación exigida por el artículo 40.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>117</sup> Singular vía de publicidad prevista en el artículo 35.3 del Reglamento (UE) 2022/2560, que pretende que los Estados miembros y poderes adjudicadores tengan conocimiento de las diferentes contribuciones financieras que ha analizado la Comisión.

<sup>118</sup> De acuerdo con el régimen general ya analizado y contenido en el artículo 18 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>119</sup> En atención a lo dispuesto en el artículo 18.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>120</sup> Según recuerda el artículo 32.6 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>121</sup> De acuerdo con el régimen previsto en los artículos 149 de la Ley 9/2017 y 69 de la Directiva 2014/24/UE. Sobre este particular, puede consultarse CANALES GIL, ÁLVARO y HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO (2018): *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, págs. 462 a 467, y, más concretamente, sobre su

embargo, no procederá la aplicación de dicho régimen cuando la única razón que llevase a su aplicación se vincule a la sospecha de que existe una subvención extranjera<sup>122</sup>. En estos casos, parece que lo procedente será que el poder adjudicador comunique dichas sospechas a la Comisión, para que esta pueda proceder a aplicar el régimen especial sobre contribuciones financieras extranjeras.

En todo caso, al margen de los supuestos en los que procede una notificación -y que llevan a la aplicación del régimen singular contenido en el Capítulo IV del Reglamento- la Comisión no se ve completamente desapoderada. Al contrario, la Comisión Europea puede realizar también exámenes de oficio en materia de contratación pública, en relación con los contratos que ya hayan sido adjudicados -aunque en estos casos no procederá la resolución de dichos contratos<sup>123</sup>. Igualmente, en supuestos en los que no es obligatoria una notificación, la Comisión puede exigirla en cualquier momento anterior a la adjudicación del contrato, en caso de que sospechase que un operador económico se ha beneficiado de subvenciones extranjeras que producen distorsiones<sup>124</sup>. En este último caso, se aplicará también el régimen especial del Capítulo IV, con sus singulares efectos suspensivos sobre la adjudicación.

## IX. CONCLUSIONES

La Unión Europea, a la vista de las distorsiones que se han venido produciendo en el mercado interior, se ha dotado de una nueva herramienta defensiva que, con alcance general, opera frente a las ayudas brindadas por Estados terceros. Herramienta, esta, que actuará en cualquier sector económico, pero, más concretamente, en el ámbito de las concentraciones empresariales financiadas con ayudas extranjeras o en la adjudicación de contratos públicos a operadores beneficiarios de dicha asistencia.

Con ello se vienen a superar las limitaciones del régimen vigente, integrado por algunas disposiciones de derecho internacional que se centran en la protección frente a exportaciones de bienes que han sido objeto de subvención, pero que habitualmente dejan fuera otros tipos de ayuda, como las vinculadas a servicios, inversiones o flujos financieros. De este modo, las reglas que ya regían para el control de las ayudas de

---

conexión con factores medioambientales o sociales, ALBA PACHECO, MARTA (2018): “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales” en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, pp. 145-162, págs. 147 a 150.

<sup>122</sup> De acuerdo con el artículo 29.7 del Reglamento (UE) 2022/2560. Sin embargo, el régimen de las ofertas anormalmente bajas sí se aplicaría ante circunstancias distintas como, por ejemplo, las vinculadas al incumplimiento de requisitos medioambientales, sociales o labores que rijan en la legislación sectorial.

<sup>123</sup> En virtud del artículo 9.2 del Reglamento (UE) 2022/2560.

<sup>124</sup> Como nos recuerda el artículo 29.8 del Reglamento (UE) 2022/2560.

Estado, promovidas por los distintos Estados miembros, se ven complementadas por un paralelo que también afecta a la asistencia de países terceros.

Estas disposiciones, amparadas en las competencias europeas para promover un mejor funcionamiento del mercado interior y una política comercial común, recogen relevantes novedades institucionales y operativas. Así, se ofrecen a la Comisión notables prerrogativas para que la misma compruebe la existencia de subvenciones -entendidas ampliamente como contribución financiera que bajo cualquier forma suponga ventajas para un operador económico- y para que la misma determine si las mismas suponen una distorsión del mercado interior. Entre dichas prerrogativas destacan las orientadas a obtener toda la información necesaria, como las solicitudes de información o las inspecciones in situ, así como la capacidad de imponer cuantiosas sanciones en casos de incumplimientos.

Estos poderes de la Comisión se ejercerán en el marco de un procedimiento administrativo complejo, compuesto por varias fases, que culminará -de apreciarse la existencia de una contribución financiera distorsionadora con una decisión por la que se imponen medidas correctoras o se validan los compromisos ofrecidos por el operador económico. Dichas medidas correctoras y compromisos pueden ser de lo más variado - como la reducción de la capacidad productiva, la cesión de activos o el reembolso de las subvenciones extranjeras- sin que la legislación recoja un elenco cerrado.

El control que puede ejercer la Comisión Europea en relación con este tipo de contribuciones extranjeras se vehicula a través de dos modalidades bien distintas. Por una parte, existe un marco general que posibilita un examen de oficio de las subvenciones extranjeras por parte de la Comisión, que opera *ex post* y que atiende a cualquier tipo de actividad económica. Por otro lado, este régimen se ve desplazado por uno más específico que rige en el marco de las concentraciones empresariales y las licitaciones públicas. En estos últimos casos, las especialidades pivotan sobre el establecimiento de unas obligaciones de notificación de subvenciones a cargo de los operadores que participan en las concentraciones o licitaciones, de manera que podrá ejercerse -con mayores garantías- un control previo a la conclusión de los negocios afectados.

En el singular caso de las licitaciones públicas, estas reglas especiales -y el oportuno deber de notificación- se reservan únicamente para ciertos procedimientos con unos umbrales económicos elevados y conducidos por sujetos que tienen la condición de poder adjudicador. En el resto de procedimientos contractuales se estará a las reglas generales sobre investigaciones de oficio por parte de la Comisión Europea, cabiendo que, puntualmente, se pueda exigir la presentación de una notificación si concurren ciertos requisitos. En cualquier caso, la principal especialidad que acompaña al régimen

de notificación se vincula a la imposibilidad de adjudicar el contrato al licitador investigado hasta que la Comisión Europea concluya sus investigaciones, de manera que se opera un control *ex ante* o previo a la adjudicación.

Sea como fuere, no cabe duda de que la Unión Europea se ha dotado de un instrumento singularmente poderoso para favorecer condiciones de competencia más equitativas y para consolidar el mercado interior. Sin embargo, todavía existen múltiples incógnitas sobre este Reglamento (UE) 2022/2560, debiendo esperarse para un mayor esclarecimiento al efectivo ejercicio de potestades por parte de la Comisión. En este sentido, para disminuir el nivel de incertidumbre, van a ser esenciales las directrices y actos de ejecución que han de adoptarse por la Comisión Europea próximamente, y que incidirán sobre diversos extremos procedimentales y atinentes a la evaluación de las contribuciones financieras detectadas.

## **X. BIBLIOGRAFÍA**

ALBA PACHECO, MARTA (2018): “Las ofertas anormalmente bajas: especial referencia a los criterios medioambientales” en LAZO VITORIA, XIMENA (Dir.), *Compra Pública Verde*, Atelier, Barcelona, pp. 145-162.

ATHANASIADOU, NATASSA Y ELIANTONIO, MARIOLINA (2020): “Silence of the EU Authorities: The Legal Consequences of Inaction by the EU Administration” en DRAGOS, DACIAN C.; KOVAČ, POLONCA y TOLSMA, HANNA D. (eds.), *The Sound of Silence in European Administrative Law*, Palgrave Macmillan, Londres, pp. 33-63.

CAIADO, JOSÉ GUILHERME (2019): *Commitments and Flexibilities in the WTO Agreement on Subsidies and Countervailing Measures: An Economically Informed Analysis*, Cambridge International Trade and Economic Law, Cambridge.

CANALES GIL, ÁLVARO y HUERTA BARAJAS, JUSTO ALBERTO (2018): *Comentarios a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

DE NARDA, FERNANDO MANUEL (2008): Organización Mundial de Comercio (O.M.C.). Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias, *Relaciones Internacionales*, núm. 34, Universidad Nacional de La Plata, pp. 73-91.

EBRECHT, CASPAR (2022): Foreign Subsidies Regulation and EU International Procurement-Necessity, Changes and Challenges, *ZEuS Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, vol. 25, núm. 3, pp. 487-494.

FERNÁNDEZ FARRERES, GERMÁN (1983): *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.

FMI, OCDE, BANCO MUNDIAL y OMC (2022): *Subsidies, Trade, and International Cooperation*, Fondo Monetario Internacional, Washington, DC.

GARCÉS SANAGUSTÍN, MARIO (coord.), PALOMAR OLMEDA, ALBERTO (coord.) y ARTEAGABEITIA GÓMEZ, IDOYA MARÍA (coord.) (2018): *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas*, Cizur Menor, Aranzadi.

GARCÍA-ÁLVAREZ GARCÍA, GERARDO (2014): "La Unión Europea como «Estado regulador» y las Administraciones independientes", *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 79-111.

GRIS GONZÁLEZ, JUAN CARLOS (2022): Aclaración y subsanación de las ofertas en los contratos del sector público, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 58, Fundación Democracia y Gobierno Local, pp. 160-179.

LAPRÉVOTE, FRANÇOIS CHARLES y WANJIE, LIN (2022): Between State Aid, Trade and Antitrust: The Mixed Procedural Heritage of the Foreign Subsidies Regulation and the Overarching Principle of Non-Discrimination, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, vol. 25, núm. 3, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 443-452.

LEINO-SANDBERG, PÄIVI (2012): *Enforcing Citizens' Right to Good Administration: Time for Action Research paper* incluido en el EUROPEAN ADDED VALUE ASSESSMENT Law of Administrative Procedure of the European Union, *European Added Value Assessment Papers*, núm. 4/2012, EAVA, pp. 26-71.

OANA, STEFAN (2020): "General principles in EU state aid law" en ZIEGLER, KATJA S.; NEUVONEN, PÄIVI J. y MORENO-LAX, VIOLETA (Eds.), *Research Handbook on General Principles in EU Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, pp. 441-461.

ORTEGA BERNARDO, JULIA (2017): El acto administrativo transnacional en el derecho europeo del mercado interior, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 188, Aranzadi, pp. 81-124.

PASCUAL GARCÍA, JOSÉ (2016): *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*, Madrid, BOE.

PEPE, GABRIELE (2017): "I procedimenti amministrativi nel diritto europeo: profili teorici e risvolti applicativi" en GIOMI, VALENTINA y MERUSI, FABIO (Eds.), *Nuove modifiche alla legge sul procedimento amministrativo*, Pisa University Press, Pisa, pp. 27-40.

SAUVÉ, PIERRE y SOPRANA, MARTA (2018): Disciplining Service Sector Subsidies: Where Do We Stand and Where Can We (Realistically) Go?", *Journal of International Economic Law*, vol. 21, núm. 3, Oxford University Press, pp. 599-619.

SIMONCINI, MARTA (2015): Legal Boundaries of European Supervisory Authorities in the Financial Markets: Tensions in the Development of True Regulatory Agency, *Yearbook of European Law*, núm. 34, pp. 319-350.

TOKAS, MARIOS (2022): Playing the game: The EU's Proposed Regulation on Foreign Subsidies, *Journal of World Trade*, vol. 56, núm. 5, pp. 779-802.

WEIß, WOLFGANG (2023): Ex Officio Third Country Subsidies' Review: Similarities with and Differences to State Aid Procedure, *European State Aid Law Quarterly*, vol. 21, núm. 2, Lexxion, pp. 132-142.

ZILLER, JACQUES (2012): *Aspects Relating to Added Value for Citizens and Economic Operators* incluido en el EUROPEAN ADDED VALUE ASSESSMENT Law of Administrative Procedure of the European Union, *European Added Value Assessment Papers*, núm. 4/2012, EAVA, pp. 72-125.