

LA IDENTIFICACIÓN DEL OBLIGADO A LA DEVOLUCIÓN DE LAS AYUDAS ESTATALES CONCEDIDAS EN INFRACCIÓN DEL TRATADO EN CASO DE COMPRAVENTA DE LA EMPRESA BENEFICIARIA*

Por

JUAN ANTONIO PÉREZ RIVARÉS
Profesor Asociado. Doctor en Derecho
Universitat de Barcelona

j.perez.rivares@ub.edu

Revista General de Derecho Europeo 24 (2011)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA COMPLEJA IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO REAL DE LA AYUDA. 1. La aparente claridad del régimen aplicable a la transmisión de acciones. 1.1. Los dos criterios básicos formulados por la jurisprudencia. 1.1.1. El criterio del uso efectivo de las ayudas. 1.1.2. El criterio del precio de venta en condiciones de mercado. 1.2. Las dudas planteadas por la jurisprudencia. 1.2.1. Hacia una solución jurisprudencial ecléctica. 1.2.2. La solución adecuada en el caso de transmisión de acciones. 2. El confuso régimen aplicable en caso de transmisión de activos. 2.1. La transmisión de activos intragrupo. 2.1.1. La existencia de una unidad económica. 2.1.2. El objetivo de evitar la elusión de las obligaciones de devolución. 2.2. La transmisión de activos a terceros. 2.2.1. La transmisión aislada de activos. 2.2.2. La transmisión "en bloque" de activos. III. LA CUESTIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL COMPRADOR. 1. La carga de la prueba recae en la Comisión. 1.1. La rigidez del "nuevo enfoque" de la Comisión. 1.1.1. La evolución hacia un enfoque estricto. 1.1.2. Valoración crítica del criterio del precio de mercado. 1.2. El enfoque de la OMC, todavía más estricto que el de la Comisión. 1.2.1. La presunción de la transmisión del beneficio al comprador establecida por la OMC. 1.2.2. Las divergencias entre ambos razonamientos. 2. Una colaboración más activa del Estado con la Comisión. 1. La instensificación del papel del Estado miembro. 2.1.1. El Estado como mero ejecutor. 2.1.2. El reconocimiento del papel de delegado del Estado. 2. Las dificultades planteada por el papel paradójico del Estado. 2.2.1. El Estado defensor de la empresa beneficiaria. 2.2.2. El Estado ejecutor ante la empresa beneficiaria. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

* Recibido: 6/4/2011. Admitido: 30/5/2011.

I. INTRODUCCIÓN¹

El sistema de la Unión Europea, preocupado por establecer un régimen que garantice que la competencia no se falsee en el mercado interior, exige a las empresas que aborden el mercado por sus propios medios, en función de la estrategia que ellas mismas hayan determinado². Este objetivo fundamental ha guiado el riguroso enfoque comunitario en materia de recuperación de ayudas ilegales.

Es interesante observar que la Comisión Europea (a la que nos referiremos como la “Comisión”) y el Tribunal³, empeñados en dar la máxima eficacia al Derecho de la UE, han coincidido en exigir idéntica obligación de restitución en dos esferas distintas⁴. Han establecido la obligación de devolución tanto en el caso de las exacciones de efecto equivalente como en el caso de las ayudas estatales ilegalmente concedidas a las empresas, aunque ninguna disposición específica del Tratado relativa al régimen de las ayudas estatales estipule de manera explícita dicha obligación de devolución. En efecto, en materia de ayudas estatales, en caso de incompatibilidad de una ayuda con el mercado interior, el artículo 108.2 del Tratado⁵ prevé únicamente que la Comisión pueda decidir que el Estado miembro la suprima o modifique en un plazo determinado. Ahora bien, esta sanción por sí sola no resultaría eficaz en los casos en que ya se hubiera concedido la ayuda. No obstante, no conviene llevar este paralelismo demasiado lejos, ya que compete al Estado devolver el importe de las exacciones, mientras que en el caso de las ayudas estatales la restitución incumbe a la empresa beneficiaria.

La obligación de restitución o devolución de las ayudas concedidas de forma ilegal que venía exigiéndose en la práctica⁶ ha sido codificada por el Reglamento CE nº 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, *sobre especiales disposiciones para la*

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación *Àrea de Dret Internacional Públic i Relacions Internacionals* desarrollado por miembros del Área de Derecho Internacional Público del Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universitat de Barcelona, financiado por la Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca de la Generalitat de Catalunya (2009SGR1114).

² DRUESNE, G. y KREMLIS, G.: *La politique de la concurrence de la CEE*, PUF (coll. Que sais-je?), 1990, nº 2271, p. 67.

³ En el contexto de este trabajo, los términos “Tribunal” y “TJ” se refieren al Tribunal de Justicia o (cuando la referencia sea anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa) al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El término “TG”, por su parte, se refiere al Tribunal General (anteriormente denominado Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas).

⁴ DUBOIS, L. y BLUMANN, C.: *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 2ª ed., 2001, p. 211.

⁵ Los artículos del TFUE se citan en este trabajo siguiendo el formato “artículo 107.1” (antiguo artículo 87.1 del TCE), con arreglo a la nueva numeración introducida por el Tratado de Lisboa, incluso cuando van referidos a asuntos anteriores a la entrada en vigor de este Tratado.

⁶ Sentencia del TJ de 12 de julio de 1973, *Comisión c/ Alemania*, as. 70/72, Rep. 1973, p. 813.

*aplicación del artículo 93 del Tratado*⁷, al que en lo sucesivo nos referiremos como “Reglamento de Procedimiento”. Dicho reglamento establece en su artículo 1.f) que es ilegal cualquier ayuda estatal que, independientemente de sus efectos en la competencia, haya sido concedida en infracción de las normas de procedimiento (esto es, en infracción de la obligación de *standstill* contenida en la última frase del artículo 108.3 del Tratado⁸), refiriéndose de este modo a la ilegalidad meramente formal de la ayuda.

El control de las ayudas estatales se ejerce en un marco de colaboración entre el Estado miembro y la Comisión. Esta última, en tanto que guardiana de los Tratados y órgano impulsor de la UE, se ha convertido en la piedra angular del control de las ayudas estatales. El artículo 108.3 del Tratado impone a los Estados miembros la obligación de notificar a la Comisión los proyectos de concesión de nuevas ayudas antes de proceder a su otorgamiento, de modo que la Comisión será la única competente para determinar la procedencia o no de una ayuda en función de su compatibilidad con el mercado interior, siendo la actuación de la Comisión fiscalizable por el Tribunal. Los Estados se exponen a la imposición de sanciones si no notifican la ayuda antes de concederla, o si no lo hacen con una antelación tal que permita a la Comisión examinar el proyecto de ayuda.

El artículo 11 del Reglamento de Procedimiento faculta a la Comisión para requerir la suspensión de la concesión de la ayuda ilegal; y el artículo 14 del Reglamento de Procedimiento regula, por su parte, el poder de la Comisión para exigir a los Estados miembros que gestionen la restitución provisional de las ayudas ilegales. Este poder tiene dos excepciones, de modo que la Comisión no podrá exigir la restitución de una ayuda ilegalmente concedida cuando esto sea contrario a un principio general de Derecho de la UE⁹, ni tampoco en el caso de que haya transcurrido el plazo de prescripción de diez años¹⁰.

El artículo 14.3 del Reglamento de Procedimiento prevé, para el cumplimiento del principio de restitución de las ayudas ilegales, el recurso a los “*procedimientos del Derecho nacional del Estado miembro*”, siempre que permitan la ejecución inmediata y

⁷ DO nº L 83 de 27.03.1999, p. 1.

⁸ “*El Estado miembro interesado no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes de que en dicho procedimiento haya recaído decisión definitiva*”. En efecto, según dicho precepto, los Estados miembros no pueden ejecutar medidas de ayuda estatal sin la autorización previa de la Comisión.

⁹ Artículo 14.1, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento.

¹⁰ Artículo 15 del Reglamento de Procedimiento. El apartado 1 dispone que: “*Las competencias de la Comisión en lo relativo a la recuperación de ayudas estarán sujetos a un plazo de prescripción de diez años*”.

efectiva de la decisión de la Comisión. Para ello, y en caso de procedimiento ante los órganos jurisdiccionales nacionales, los Estados miembros de que se trate tomarán todas las medidas necesarias previstas en sus ordenamientos jurídicos, incluidas las medidas provisionales, sin perjuicio del Derecho comunitario.

Como ha indicado el Abogado General F. JACOBS, “*lo que se debe ante todo tener presente es que la recuperación de las ayudas no se plantearía nunca si los Estados miembros cumplieren la obligación, que les impone la primera frase del artículo 93 apartado 3 [actual artículo 108.3] del Tratado, de informar previamente a la Comisión de sus proyectos dirigidos a conceder o modificar ayudas y si respetasen la prohibición que les impone la última frase del artículo 93 apartado 3 de ejecutar los proyectos de ayuda antes de que haya recaído decisión definitiva de la Comisión*”. Esta ilegalidad formal también se produce cuando un Estado miembro no cumple con los requisitos previstos por la decisión de la Comisión relativa a la autorización de una ayuda estatal¹¹, es decir, cuando el Estado miembro no cumple con la obligación de suspensión de las ayudas.

Sin embargo, dado que la restitución es consecuencia lógica de la incompatibilidad de la ayuda con el mercado interior, la comisión de una ilegalidad meramente formal (únicamente referida al procedimiento) no es suficiente para exigir la restitución de la ayuda. Por consiguiente, la Comisión sólo podrá exigir la devolución de la ayuda una vez haya establecido su incompatibilidad con el mercado interior con arreglo al artículo 107 del Tratado¹². Corresponderá entonces al Estado miembro destinatario ejecutar la decisión de la Comisión, ordenando la recuperación de la ayuda.

En consecuencia, en este trabajo nos limitaremos a analizar el supuesto de las ayudas que, habiéndose concedido en infracción de las normas de procedimiento, son declaradas incompatibles con el mercado interior. Ello nos permitirá centrar nuestra reflexión en la problemática de la recuperación.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, desde la óptica de un espacio económico unificado, el objetivo de la restitución de la ayuda debe ser restablecer el mercado a la que hubiera sido su situación en caso de no haberse concedido dicha ayuda¹³. La devolución no se concibe como una sanción para la empresa deudora, sino como el único medio eficaz para suprimir los efectos de las distorsiones en la competencia

¹¹ Decisión de la Comisión de 13 de julio de 1988, 89/58/CEE, *relativa a las ayudas concedidas por el Gobierno británico al Rover Group, empresa fabricante de vehículos de motor*, DO n° L 25, de 28.01.1989, p. 92.

¹² Sentencia del TJ de 14 de febrero de 1990, *Francia c/ Comisión - Boussac Saint-Frères*, as. C-301/87, Rep. 1990, p. I-307.

¹³ Sentencia del TJ de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c/ Comisión - Tubemeuse*, as. C-142/87, Rep. 1990, p. I-959.

creadas por las ventajas económicas percibidas. Resulta necesario, por tanto, que la empresa obligada a devolver la ayuda sea el beneficiario real, es decir, la empresa que efectivamente se haya beneficiado de las ventajas inherentes a la ayuda en cuestión.

En la mayoría de los casos, el destinatario formal de la ayuda estatal es su beneficiario real, ya que continúa aprovechándose de la ventaja que resulta de continuar desarrollando la actividad subvencionada. Sin embargo, en algunas ocasiones, se produce la circunstancia de que la empresa que es destinataria formal de la ayuda se ve involucrada en la transmisión de sus acciones o de sus activos, de manera parcial o total, antes de recaer la decisión definitiva de la Comisión sobre la compatibilidad con el mercado interior de la ayuda concedida en infracción de las normas de procedimiento. En este supuesto, se plantea la cuestión esencial de determinar cuál es la situación del comprador de una empresa destinataria de ayudas ilegales, que resulta particularmente compleja cuando se trata de una venta de activos.

La identificación del beneficiario real de la ayuda es compleja, y a ella dedicaremos el apartado II., en el que analizaremos la compleja jurisprudencia relativa a la identificación del beneficiario real acogiendo la distinción doctrinal y práctica entre los supuestos de transmisión de acciones (*share deal*) y los de transmisión de activos (*asset deal*). Ello nos conducirá a reflexionar, en el apartado III., sobre el grado de seguridad jurídica del comprador en el marco de un procedimiento de recuperación.

II. LA COMPLEJA IDENTIFICACIÓN DEL BENEFICIARIO REAL DE LA AYUDA

A fin de determinar a quién incumbe la obligación de restitución de la ayuda, es necesario identificar a su beneficiario real. La doctrina¹⁴ y la práctica de la Comisión han intentado sistematizar los criterios aplicables para identificar al beneficiario real, distinguiendo entre los supuestos de transmisión de activos (*asset deal*) y los de transmisión de acciones de la empresa destinataria (*share deal*), teniendo en cuenta que ambas modalidades pueden presentarse combinadas en la práctica. A la aparente claridad del régimen aplicable en caso de transmisión de acciones (a que nos referimos en el siguiente apartado), se opone el oscuro régimen aplicable en caso de transmisión de activos (a que nos referimos en el apartado 2).

1. La aparente claridad del régimen aplicable a la transmisión de acciones

¹⁴ Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, de 19 de junio de 2003, as. C-277/00, Rep. 2003, p. I-3925.

Las operaciones de compraventa acciones, conocidas como *share deal* en terminología anglosajona, no deberían plantear, *a priori*, particulares problemas. A nuestro entender, siendo la acción una parte alícuota del capital de una sociedad, la empresa destinataria sigue existiendo, de modo que lo único que varía es la identidad de los accionistas. Cabe presumir que la sociedad continuará con su actividad financiada por la ayuda estatal ilegalmente percibida y que, por tanto, dicha ventaja seguirá creando distorsiones en la competencia. Sin embargo, esta aparente claridad se ve ofuscada por la reciente evolución de la jurisprudencia comunitaria.

Como ha observado el Abogado General A. TIZZANO¹⁵, el Tribunal oscila entre dos criterios (a los que nos referimos en el apartado 1.1), y la jurisprudencia más reciente parece optar por una “tercera vía”, resultado de combinar las dos anteriores (a que nos referiremos en el apartado 1.2).

1.1. *Los dos criterios básicos formulados por la jurisprudencia*

En el ejercicio de identificación del beneficiario real de una ayuda ilegalmente concedida, el Tribunal¹⁶ oscila entre la aplicación de dos criterios distintos: (a) en unos casos se embarca en el ejercicio de determinar quién ha hecho *uso efectivo de las ayudas*, lo cual le conduce a concluir -en la mayoría de los casos- que el beneficiario real de la ayuda es la sociedad formalmente destinataria de ella; (b) en otros asuntos, sin embargo, el Tribunal aplica el criterio según el cual, si el *precio de venta de las acciones* es conforme a mercado, debe entenderse que el precio percibido por el vendedor incluye la remuneración por el impacto en la sociedad de la ayuda percibida, por lo cual, en términos económicos, el vendedor es el beneficiario real de la ayuda.

1.1.1. El criterio del uso efectivo de las ayudas

Según este criterio, la ayuda debe ser restituida por la empresa que ha hecho uso efectivo de ella, independientemente de cuáles hayan sido las condiciones de la operación de venta. Este razonamiento ha sido aplicado por el Tribunal en su sentencia *Eni-Lanerossi*¹⁷. En ese caso concreto, la sociedad ENI recibió fondos del Estado italiano, y esa sociedad los cedió a Lanerossi, de la que ENI era propietaria. A continuación, la sociedad Lanerossi los utilizó para compensar pérdidas de explotación

¹⁵ *Ibid.*, p. 38.

¹⁶ *Ibid.*, p. 39.

¹⁷ Sentencia del TJ de 21 de marzo de 1991, *Italia c/ Comisión - Eni Lanerossi*, as. C-303/88, Rep. 1991, p. I-1433.

de sus filiales. La Comisión consideró ilegales las ayudas en cuestión, ya que se habían concedido sin notificación previa y eran contrarias al mercado interior. Mientras tanto, Lanerossi había transmitido sus filiales a inversores privados mediante la venta de sus acciones, sin tener en cuenta, en las condiciones de la operación de venta, la posible obligación de restitución de las ayudas. Tras este conjunto de operaciones, ¿quién era el beneficiario real de las ayudas estatales?

A esta pregunta, el Gobierno italiano respondió que la recuperación de las ayudas, en las circunstancias descritas, resultaba imposible. Argumentó que, desde un punto de vista jurídico, los compradores de las filiales no estaban obligados a devolver las ayudas. En primer lugar, estas ayudas no se habían tenido en cuenta en la determinación del precio de venta de las filiales. En segundo lugar, como las filiales no eran destinatarias formales de las ayudas, no tenían la obligación de devolverlas. El Gobierno italiano identificaba como beneficiario real al destinatario formal, sin tener en cuenta quién había hecho uso efectivo de las ayudas. A lo anterior debe de añadirse la imprecisión de la Comisión, que no había identificado claramente al beneficiario. El planteamiento del Gobierno italiano conducía a concluir que la duda relativa a la identidad del beneficiario real implicaba que, en la práctica, la recuperación de las ayudas deviniera imposible.

La Comisión refutó la imposibilidad de restitución de las ayudas, argumentando que la ayuda debía ser devuelta por la empresa que había hecho uso efectivo de ella, es decir, por las filiales. Con independencia de que las ayudas hubieran sido -o no- tenidas en cuenta en la determinación del precio de venta de las acciones de las filiales, éstas habían sido las beneficiarias reales. Este análisis de la Comisión fue confirmado por el Tribunal¹⁸. De manera implícita, esto venía a implicar que debían ser los compradores quienes, de manera indirecta (es decir, en tanto que nuevos titulares de las acciones de las filiales), devolvieran estas ayudas. Mediante la compra de las acciones de las filiales, los compradores se habían beneficiado de las ventajas económicas derivadas de las ayudas ilegalmente concedidas. En estas circunstancias, los compradores serían los beneficiarios reales.

Tras esta primera sentencia, el Tribunal tuvo que pronunciarse sobre el recurso interpuesto por la Comisión como consecuencia de la no recuperación de las ayudas, en su sentencia *Eni-Lanerossi II*¹⁹. El Estado italiano informó de las dificultades para la devolución de las ayudas por parte de las filiales, ya que estas habían sido vendidas. Esta imposibilidad condujo al Estado a recuperar las ayudas de su destinatario, es decir,

¹⁸ *Ibid.*, apartado 57.

¹⁹ Sentencia del TJ de 4 de abril de 1995, *Comisión c/ Italia - Eni Lanerossi II*, as. C-350/93, Rep. 1995, p. I-699.

de Lanerossi. Conviene destacar que el Tribunal no cuestionó en su sentencia la devolución de las ayudas por parte del anterior propietario de las filiales.

Mediante esta sentencia, el Tribunal ha matizado la postura que había mantenido en su Sentencia *Lanerossi I*. Las ayudas no tienen que ser devueltas ni por las filiales ni por sus compradores privados, sino por Lanerossi, es decir, por el destinatario²⁰. Según el Abogado General A. TIZZANO, de manera implícita se estaba aceptando la teoría según la cual, en caso de venta de acciones, el beneficio de las ayudas ilegales no se cede, permaneciendo dicho beneficio en manos de la sociedad destinataria²¹. Esta solución nos parece la más lógica desde un punto de vista jurídico, ya que el destinatario sigue existiendo y, por tanto, sigue también aprovechándose de la ventaja económica de las ayudas ilegales, dado que se trata de la misma empresa, aunque con distintos accionistas. Además, desde un punto de vista práctico, es más sencillo designar al destinatario formal como beneficiario real, ya que la propiedad de las acciones puede cambiar en cualquier momento, en particular en el caso de sociedades cotizadas.

No obstante, no podemos compartir la afirmación del Abogado General A. TIZZANO según la cual esta fue la teoría subyacente en el pronunciamiento del Tribunal en esta segunda sentencia²². Más bien parece que el Tribunal se vio abocado a optar por esta solución para eludir las dificultades tanto prácticas como jurídicas a las que se enfrentaba el Gobierno.

Esta postura ha sido confirmada por la decisión de la Comisión recaída en el asunto *SMI*²³. En este caso, la sociedad MTG, propiedad de THA, entidad alemana de Derecho público, había transmitido su participación en el capital parcialmente a SMI (nuevo accionista minoritario) y parcialmente a un Estado federado alemán (*Land*). Se había concedido financiación de origen estatal a SMI. Tras atravesar dificultades financieras, se declaró el concurso de SMI, lo que conllevó el cambio de su denominación social por SMI i.G., la cual, pocos días después, cesó en su actividad. La administración concursal, a fin de permitir la continuidad de la actividad de SMI, constituyó dos sociedades de rescate y transmitió su capital en los términos siguientes: SiMI, en propiedad al 100% de SMI i.G., que siguió desarrollando la actividad de SMI, y MD&D, en propiedad al 100% de SiMI, para el desarrollo de sus actividades. Por este motivo, se concedió financiación con fondos estatales a SiMI. A continuación, el Estado transmitió el 80% de las acciones

²⁰ Sentencia del TJ de 21 de marzo de 1991, *Italia c/ Comisión - Eni Lanerossi*, as. C-303/88, Rep. 1991, p. I-1433, apartado 22.

²¹ Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, de 19 de junio de 2003, *op. cit.*, p. 38.

²² Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, de 19 de junio de 2003, *op. cit.*, p. 39.

²³ Decisión de la Comisión de 11 de abril de 2000, 2000/569/CE, *Alemania c/ Comisión - SMI*, DO nº L 238, de 22.09.2000, p. 50-58.

de MD&D a un inversor privado, Megaxess, y transmitió el resto del capital a los empleados de MD&D. Finalmente, MD&D adquirió las participaciones de SIMI y los activos de SM i.G.

En el marco de nuestro análisis relativo a la transmisión de acciones, la Comisión consideró que la ayuda concedida a SIMI era ilegal. La Comisión afirmó, en términos generales, que *“la ayuda debe ser recuperada de la empresa que la recibió efectivamente. En caso de que el beneficiario hubiera sido finalmente vendido, la ayuda debería ser recuperada del comprador, independientemente de que se hubieran tenido en cuenta o no los respectivos importes en las condiciones de venta”*. Mediante dicha constatación, la Comisión concluye, que, habiéndose vendido el capital de la sociedad SIMI a MD&D, la ayuda debe ser recuperada del comprador (MD&D)²⁴. El Abogado General A. TIZZANO rechaza este enfoque: la Comisión no puede calificar al comprador de beneficiario real sin tener en cuenta el precio de venta²⁵.

1.1.2. El criterio del precio de venta en condiciones de mercado

Una segunda aproximación consiste en considerar que, si las participaciones se venden a un precio que refleja el valor de mercado de la sociedad tras la concesión de las ayudas, éstas deben ser devueltas por el vendedor²⁶.

Este planteamiento fue acogido por el Tribunal en su sentencia *Banks*²⁷, dictada en consideración de un supuesto en que la venta se había realizado en el marco de un procedimiento transparente que permitía concluir que el precio de venta obedecía a las condiciones de mercado.

En este asunto se ventilaba la recuperación de las ayudas ilegales en el marco del Tratado CECA. Antes de la privatización, las reservas de carbón en el Reino Unido pertenecían, en su gran mayoría, a British Coal, habilitada para conceder licencias a terceros mediante el pago de un canon. En previsión de su privatización, se creó un organismo regulador, al que se transmitió la propiedad de todos los yacimientos de carbón de British Coal. La privatización se realizó en dos etapas. En un primer estadio, se cedieron a dicho organismo los derechos y obligaciones de British Coal, que continuó siendo propietaria de los activos necesarios para seguir desarrollando su actividad, y ese organismo obtuvo las licencias de explotación de forma gratuita. En un segundo estadio,

²⁴ *Ibid.*, apartados 43 y 44.

²⁵ Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, de 19 de junio de 2003, *op. cit.*, p. 39.

²⁶ *Ibid.*, p. 40.

²⁷ Sentencia del TJ de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, as. C-390/98, Rep. 2001, p. I-6117.

la actividad de explotación de British Coal fue transmitida a sociedades estatales. Una parte de su actividad fue transmitida a dos sociedades sucesivamente mediante licitación pública, a las que se exoneró de la obligación de pagar los cánones. La sociedad Banks constató una diferencia de trato en relación con el pago de los cánones, que calificó de ayuda estatal.

El Tribunal consideró que la transmisión a las empresas privadas licitadoras de las participaciones de las sociedades estatales no implicaba una transmisión de una ayuda ilegal porque las empresas compradoras no habían satisfecho contraprestación alguna en tal concepto²⁸. En efecto, las participaciones habían sido adquiridas en el marco de “*un procedimiento de adjudicación abierto y sometido a libre competencia en las condiciones de mercado*”, lo que condujo al Tribunal a concluir que “*el elemento de ayuda del que se beneficiaron British Coal y las mencionadas sociedades estatales no concurre en las empresas privadas adjudicatarias*”²⁹. La sociedad destinataria de la ayuda había sido vendida a precio de mercado. Este precio de venta reflejaba, en principio, las ventajas que correspondían a la ayuda concedida, por lo que procedía exigir al vendedor su devolución, ya que el precio de venta obtenido reflejaba que era el vendedor quien se había beneficiado de la ayuda. Por tanto, el vendedor es responsable de la devolución de la ayuda si las acciones se venden (a) en el marco de una licitación abierta y (b) a precio de mercado.

El Tribunal afirma, como principio general, que

*“cuando una sociedad beneficiaria de una ayuda se ha vendido a precio de mercado, el precio de venta refleja, en principio, las consecuencias de la ayuda anterior, y el vendedor de dicha sociedad conserva el beneficio de la ayuda. En tal caso, el restablecimiento de la situación anterior debe efectuarse, en primer lugar, mediante la devolución de la ayuda por parte del vendedor”*³⁰.

Este punto de vista corrobora el del Abogado General N. FENNELLY³¹, aunque refute el hecho de que la identificación se fundamente en un precio de mercado teórico.

Este razonamiento ha sido confirmado por el Tribunal en su sentencia *Falck*³², recaída asimismo en el marco del Tratado CECA. En este caso, el Estado había

²⁸ Sentencia del TJ de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, as. C-390/98, *op. cit.*, apartado 47.

²⁹ *Ibid.*, apartado 77.

³⁰ *Ibid.*, apartado 78.

³¹ Conclusiones del Abogado General N. FENNELLY, de 21 de septiembre de 2000, as. C-390/98, Rep. 2000, p. I-6134.

concedido préstamos a la empresa ACB, controlada por el grupo siderúrgico Falck. A continuación, esta empresa fue vendida a la sociedad Valbruna S.à r.l. y la Comisión calificó la ayuda de ilegal³³.

El contrato de venta estipulaba que la sociedad Falck era responsable en relación con las contingencias derivadas de hechos o circunstancias acaecidos antes de la venta. Sin embargo, como la sociedad había cesado su actividad en el ámbito siderúrgico, no había continuidad en la actividad económica. En este caso, la restitución ya no hubiera producido los efectos perseguidos, dado que no existía ninguna distorsión concurrencial que hubiera que hacer desaparecer³⁴. La Comisión refutó este argumento: la determinación del beneficiario no debe tener en cuenta los acuerdos firmados en el pasado, ya que la limitación de responsabilidad no debe ser un obstáculo al intento de recuperación³⁵.

De este modo, el Tribunal ha confirmado expresamente la sentencia *Banks*³⁶. Si una sociedad anteriormente beneficiaria de una ayuda ha sido vendida a precio de mercado, el precio de venta refleja normalmente las ventajas correspondientes a la ayuda concedida. Para restablecer la situación anterior, el vendedor (que se ha quedado con el beneficio de la ayuda mediante el precio que ha recibido) es el responsable de devolver las cantidades indebidamente percibidas. Por el contrario, en caso de que el precio de venta sea inferior al de mercado, la hipotética obligación de devolución de las ayudas habría sido tenida en cuenta en la determinación del precio. El comprador será, en tal caso, beneficiario real de las ayudas ilegales (indirectamente, a través de su titularidad de las acciones). Cabe recalcar que, al referirse, “en primer lugar”, a la restitución de la ayuda por parte del vendedor, el Tribunal pretendía, quizá, aludir a una “responsabilidad subsidiaria de otras personas”³⁷.

Ahora bien, el Abogado General S. ALBER se mostró partidario de la aplicación del criterio del uso efectivo, sosteniendo que la sociedad ACB era el beneficiario directo de la ventaja, puesto que seguía operando en el sector siderúrgico y disfrutaba de una

³² Sentencia del TJ de 24 de septiembre de 2002, *Falck*, asuntos acumulados C-74/00 P y C-75/00 P, Rep. 2002, p. I-7869.

³³ Decisión de la Comisión de 25 de julio de 1990, 91/176/CECA, *relativa a las ayudas concedidas por la provincia de Bolzano en favor de la acería de Bolzano*, DO nº L 86, de 06.04.1991, p. 28.

³⁴ Sentencia del TJ de 24 de septiembre de 2002, *Falck...*, *op. cit.*, apartado 174.

³⁵ *Ibid.*, apartado 176.

³⁶ *Ibid.*, apartado 180.

³⁷ Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, de 19 de junio de 2003, *op. cit.*, p. 39.

mejor posición competitiva como consecuencia de las ayudas³⁸. No obstante, a la vista de la jurisprudencia más reciente del Tribunal, parece que ésta se dirige más bien hacia una solución intermedia entre estas dos posiciones.

1.2. *Las dudas planteadas por la jurisprudencia*

La jurisprudencia comunitaria, por las dudas que plantea, parece conducirnos hacia una posible solución intermedia entre las dos posiciones (a que nos referimos en el apartado 1.2.1), lo que nos obliga a plantearnos la cuestión de si dicha solución es pertinente en el supuesto de transmisión de acciones que nos ocupa (a ello nos referiremos en el apartado 1.2.2).

1.2.1. Hacia una solución jurisprudencial ecléctica

En efecto, en la sentencia *Multimedia*³⁹, el Tribunal intentó adoptar una postura intermedia entre los dos criterios descritos. En este caso, antes de la privatización de la sociedad Selecco, las medidas de financiación fueron calificadas de ilegales por la Comisión⁴⁰. Tras su privatización, la sociedad Selecco transmitió a Multimedia, sociedad que era de su propiedad, los activos y una parte del personal de sus actividades más rentables a cambio de devenir titular de acciones de esta última. El valor de la rama de actividad cedida fue valorado por un perito jurado. Posteriormente, Selecco vendió una parte mayoritaria de sus acciones de Multimedia a operadores económicos, transmitiendo el resto a una sociedad pantalla. Durante la liquidación de Selecco, un experto independiente valoró los activos transmitidos.

La Comisión consideró que, en supuestos de operaciones de venta de acciones, el precio de venta es irrelevante. El destinatario formal debe tener necesariamente la consideración de beneficiario real de las ayudas⁴¹. Mediante esta afirmación, la Comisión rechazó el enfoque según el cual es necesario considerar el uso efectivo.

El Tribunal optó, sin embargo, por una postura intermedia⁴². Confirmó que, en principio, en el caso de venta de acciones a un tercero, el beneficiario real sigue siendo,

³⁸ Conclusiones del Abogado General S. ALBER, de 21 de febrero de 2002, asuntos acumulados C-74/00 P y C-75/00 P, Rep. 2002, p. I-7869, apartado 238.

³⁹ Sentencia del TJ de 8 de mayo de 2003, *República italiana y SMI 2 Multimedia c/ Comisión*, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Rep. 2003, p. I-4035.

⁴⁰ Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1999, 2000/536/CE, *relativa a la ayuda estatal concedida por Italia a la empresa Seleco SpA*, DO nº L 227, de 07.09.2000, p. 24.

⁴¹ Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1999, 2000/536/CE, *op. cit.*, apartado 81.

⁴² *Ibid.*, apartado 83.

en cualquier caso, el destinatario (la sociedad), independientemente del precio de venta. Sin embargo, el Tribunal consideró que, a la vista de las circunstancias particulares que concurrían en el concreto supuesto considerado, no procedía aplicar este criterio. Dado que el accionista Selecco había constituido la sociedad Multimedia, la venta de las acciones se podía recuperar con cargo a su patrimonio, lo que determinaba el interés por velar para que el precio de venta se correspondiera con las condiciones de mercado. El objetivo del Tribunal era evitar que el destinatario eludiera sus obligaciones por medio de la venta. En consecuencia, el destinatario formal de la ayuda es, en principio, su beneficiario real, salvo cuando, según las circunstancias del caso concreto, exista riesgo de elusión. En este último caso, procederá aplicar el criterio de la conformidad del precio de venta con las condiciones de mercado. Esta fórmula ecléctica ha sido cuestionada por el Abogado General A. TIZZANO⁴³, que sostiene -no carente de razón- que la combinación de ambos criterios resulta equívoca.

1.2.2. La solución adecuada en el caso de transmisión de acciones

El Abogado General A. TIZZANO ha propuesto como solución definitiva que “*las ayudas deben ser devueltas en todo caso por la sociedad beneficiaria*”⁴⁴. Esta postura parece ampliamente aceptada tanto por la doctrina -de la que forma parte el Abogado General L. A. GEELHOED⁴⁵- como por los Estados miembros y por la Comisión⁴⁶. Así, la determinación de los titulares de las acciones resulta irrelevante, ya que la empresa prosigue con las actividades subvencionadas: sólo cambia la identidad de los accionistas, por lo que el beneficio permanece en todo caso en poder de la sociedad destinataria formal de la ayuda.

Esta postura nos parece preferible desde un punto de vista económico: aunque se incrementa el precio de venta de la empresa, la sociedad vendida sigue gozando de la ventaja económica derivada de la ayuda. Asimismo, desde un punto de vista jurídico, este enfoque permitiría asegurar la transparencia del mercado y, por lo tanto, ofrecer una regla clara a los posibles compradores, quienes, conscientes del riesgo de devolución que asumirían mediante la compra de las acciones de la sociedad destinataria de la ayuda, convendrían contractualmente -con cargo al vendedor- la necesaria protección de

⁴³ Conclusiones del Abogado General A. TIZZANO, de 19 de junio de 2003, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 39.

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General L. A. GEELHOED, de 27 de septiembre de 2001, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Rep. 2001, p. I-969.

⁴⁶ Postura del Gobierno alemán en la decisión de la Comisión de 11 de abril de 2000, 2000/569/CE, *Alemania c/ Comisión - SMI*, DO nº L 238, de 22.09.2000, p. 50.

sus intereses. Por último, esta solución ofrece, desde un punto de vista práctico, la ventaja de que evita la compleja valoración del precio de venta en condiciones de mercado.

A nuestro entender, la vacilante jurisprudencia comunitaria y los criterios que aplica y en ocasiones combina -más financieros que jurídicos- redundan en detrimento de la seguridad jurídica de vendedor y comprador, acostumbrados a aplicar parámetros societarios y contractuales internacionalmente aceptados, conforme a los cuales la sociedad transmitida es responsable frente a las Administraciones públicas -y frente a terceros en general- de hacer frente a sus responsabilidades -incluso contingentes-, obligándose habitualmente el vendedor -por vía contractual- a resarcir al comprador en caso de que las contingencias (tales como la devolución de ayudas percibidas) derivadas de hechos o circunstancias acaecidos con anterioridad a la compraventa de las acciones se materialicen en la sociedad vendida.

2. El confuso régimen aplicable en caso de transmisión de activos

La cuestión de la identificación del beneficiario real resulta más complicada en el caso de transmisión de activos (*asset deal*). Resultará necesario determinar, en cada caso concreto, si el comprador continúa con la explotación de la actividad económica subvencionada. La cuestión resulta más compleja, si cabe, ya que, al contrario de lo que acaece en las operaciones de venta de acciones (*share deal*), el negocio de la empresa destinataria formal de la ayuda deja de existir en caso de transmisión de la totalidad de sus activos. La Comisión ha optado por un enfoque estricto que tiene por objeto evitar cualquier elusión. Este objetivo ha conducido a adoptar un enfoque distinto dependiendo de que la transmisión de activos tenga lugar dentro de un mismo grupo de sociedades (supuesto que analizamos en el apartado 1.2.1) o se realice en favor de terceros ajenos al grupo empresarial del vendedor (supuesto que abordamos en el apartado 1.2.2).

2.1. La transmisión de activos intragrupo

Según la doctrina, las transmisiones de activos propiedad del destinatario formal de la ayuda en favor de sociedades pertenecientes a su mismo grupo empresarial no plantean particulares dificultades⁴⁷. El Tribunal analiza la existencia de una unidad económica, para asegurarse de que no ha habido elusión de las obligaciones de restitución.

2.1.1. La existencia de una unidad económica

⁴⁷ Abogados Generales L. A. GEELHOED (conclusiones de 27 de septiembre de 2001, *op. cit.*) y A. TIZZANO (conclusiones de 19 de junio de 2003, *op. cit.*).

La determinación del beneficiario real no se limita a la empresa destinataria, sino a todas las que, formando parte de esta unidad económica, han disfrutado de la ventaja derivada de la ayuda. El Tribunal se centra en el examen de las relaciones financieras dentro del grupo. A este respecto, el Abogado General L. A. GEELHOED propone una distinción interesante. A efectos del Derecho comunitario de la competencia, las personas jurídicas que forman parte de una unidad económica se consideran una única empresa. En relación con las ayudas estatales, la Comisión dispone de una amplia facultad de apreciación.

En el caso particular de las reestructuraciones intragrupo, lo que se pretende es racionalizar las actividades de un modo más eficiente, lo que puede conducir a que la empresa se desprenda de sus actividades deficitarias. En lo que atañe a esta hipótesis, la sentencia *Inter Mills*⁴⁸ ha determinado el alcance de la identificación del beneficiario real de la ayuda. Si se considera que, al concederse la ayuda, existía un único grupo empresarial, éste debe ser considerado como una empresa única, aunque cada empresa del grupo tenga personalidad jurídica propia.

2.1.2. El objetivo de evitar la elusión de las obligaciones de devolución

La determinación del beneficiario real tiene por objeto evitar que se den las situaciones de elusión de las obligaciones de restitución.

Este problema se planteó con relación a las sociedades de “disociación”⁴⁹, que en determinados Estados como Francia permiten a las empresas en crisis dar de baja deudas de su balance, cediéndolas a una estructura de disociación⁵⁰. Es el grupo el que se beneficia realmente de las ayudas estatales concedidas a dicha estructura, sin las cuales probablemente la empresa en crisis hubiera sido liquidada. Si estas ayudas son ilegales, a efectos de restitución el beneficiario real es el grupo. En este sentido se

⁴⁸ Sentencia del TJ de 14 de noviembre de 1984, *Inter Mills c/ Comisión*, as. C-323/82, Rep. 1984, p. 3809, apartado 11.

⁴⁹ Consiste en la cesión irrevocable de una deuda o de un conjunto de deudas a una estructura *ad hoc* dotada de personalidad jurídica propia, también denominada en Francia *société de cantonnement*, a la que se transmite asimismo una cartera de activos sin riesgo que pretende asegurar la completa extinción de las deudas cedidas y la cobertura del conjunto de costes asociados a la estructura. Tiene por objeto dar de baja la deuda en cuestión del balance de la empresa y excluirla de su perímetro de consolidación y, en última instancia, mejorar sus ratios de endeudamiento y fondos propios. Otros países, como Estados Unidos o Japón, han creado estructuras similares con motivo de las dificultades a las que se han enfrentado sus entidades financieras. *Vid.* COUR DES COMPTES: *L'intervention de l'Etat dans la crise du secteur financier*, Rapport au Président de la République suivi des réponses des administrations et des organismes intéressés, noviembre de 2000, pp. 51-59.

⁵⁰ GRARD, L.: “La notion d'aides d'État”, *Éditions du Juris-Classeur*, 2000, nº 1530, p. 21.

pronunció la Comisión en su decisión relativa a *las ayudas concedidas por Francia al grupo Crédit Lyonnais*⁵¹.

Asimismo, se puede dar el caso de usos indebidos de las ayudas dentro del grupo. Según J.-P. KEPPELNE, en tales supuestos la Comisión debería limitarse a establecer el abuso y a exigir al destinatario la restitución de la ayuda⁵². Ahora bien, la Comisión ha realizado un examen más complejo de los flujos de tesorería internos en el seno del grupo para identificar al beneficiario real. Así, en una decisión de 21 de junio de 2000⁵³, se usaron ayudas concedidas a una empresa, de manera indebida, dentro del grupo. Una vez declarada la empresa en concurso, estos activos fueron transmitidos por separado a empresas ajenas al grupo empresarial que, a su vez, los transmitieron a sus filiales. En este contexto, la Comisión afirmó que la empresa que había hecho uso efectivo de las ayudas ilegales las tenía que devolver, independientemente de cualquier transmisión o de las condiciones de venta. A continuación, identificó como beneficiarios reales a las filiales de los compradores de los activos del grupo, al considerar que esas filiales habían sucedido directamente a las empresas destinatarias.

En la sentencia *Multimedia*, el Abogado General L. A. GEELHOED cuestionó la existencia de una situación de uso indebido, contradiciendo así la postura de la Comisión. Sostuvo que las operaciones entre entidades distintas (Selecco y Multimedia) habían permitido proseguir con la actividad económica, creando una unidad económica dentro del grupo. Multimedia debía, por tanto, ser considerada beneficiaria real porque se había aprovechado de las ventajas económicas⁵⁴. El Tribunal, sin embargo, hizo otro análisis, ya que consideró que se trataba de una transmisión de activos a terceros. Ello muestra la dificultad que conlleva identificar al beneficiario en el caso de la “zona gris” que se plantea cuando se transmiten tanto activos como pasivos.

2.2. La transmisión de activos a terceros

⁵¹ Decisión de la Comisión de 20 de mayo de 1998, 98/490/CE, *relativa a las ayudas concedidas por Francia al grupo Crédit Lyonnais*, DO nº L 221, de 08.08.1998, p. 28. Sobre el particular, *vid.* RODRÍGUEZ MINGUEZ, J. A: “Rescate de entidades financieras y ayudas estatales. Una necesaria relectura del caso *Crédit Lyonnais* a la luz de la actual crisis mundial”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, enero-marzo 2010, nº 117, pp. 141-190.

⁵² KEPPELNE, J.-P.: *Guide des aides d'État en droit communautaire, réglementaire, jurisprudence et pratique de la Commission, Édition pratique du droit communautaire*, Bruylant, Bruselas, 1999, apartado 125.

⁵³ Decisión CDA de 21 de junio de 2000, 2000/796/CE, DO nº L 318, de 16.12.2000, p. 62.

⁵⁴ Conclusiones del Abogado General L. A. GEELHOED, de 27 de septiembre de 2001, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, *op. cit.*

Cuando el comprador es un tercero ajeno al grupo del vendedor, se halla en una situación distinta, desde un punto de vista económico, según adquiera activos aisladamente (supuesto que se analizará en el apartado 2.2.1) o los adquiera en bloque (supuesto que se abordará en el apartado 2.2.2). Si los activos se transmiten en bloque, el comprador se halla en una situación que le permite proseguir con la actividad subvencionada desarrollada por el vendedor destinatario de las ayudas.

2.2.1. La transmisión parcial de activos

El Abogado General A. TIZZANO observó que, en caso de transmisión por separado de activos, el comprador no tendría que devolver las cantidades indebidamente abonadas, como se establece en la sentencia del Tribunal recaída con relación al asunto *Alfa Romeo*⁵⁵. En este último caso, Alfa Romeo pertenecía al *holding* público IRI, por medio del *holding* Finmeccanica, que compensó pérdidas mediante subvenciones estatales. Tras el fracaso de este plan de reestructuración, mediante un acuerdo de venta, todos los activos productivos de Alfa Romeo fueron transmitidos a FIAT, en virtud de una operación en la cual se limitó la asunción del pasivo por parte del comprador, y se transmitió el resto del activo no productivo a Finmeccanica. A su vez, las sociedades Alfa Romeo Spa y Alfa Romeo Auto, que todavía eran titulares de créditos frente a Hacienda, fueron vendidas al Banco di Roma y a Credito Italiano, respectivamente.

La Comisión afirmó de nuevo que el beneficiario real es aquel que goza del “uso efectivo” de las ventajas económicas indebidas⁵⁶. Ahora bien, aunque se trataba de Alfa Romeo, era Finmeccanica la que las tenía que devolver. La Comisión observó que FIAT había limitado su compromiso financiero, dejando la asunción del pasivo al anterior propietario, Finmeccanica. Es más, la Comisión indicó que el precio de venta de los activos de Alfa Romeo no suponía una ayuda para el comprador FIAT, aunque el valor contable de su oferta fuera menor que el de la oferta de Ford, porque no presentaba riesgos comerciales futuros. Esta postura fue confirmada por el Abogado General W. VAN GERVEN, que consideró que la recuperación debía efectuarse independientemente de sus consecuencias⁵⁷, a lo que se opuso el Gobierno italiano. Si se quería poner fin a las distorsiones de la competencia en el mercado automóvil, el beneficiario real tenía que

⁵⁵ Sentencia del TJ de 21 de marzo de 1991, *Italia c/ Comisión - Alfa Romeo*, as. C-305/89, Rep. 1991, p. I-1603.

⁵⁶ Decisión de la Comisión de 31 de mayo de 1989, 89/661/CEE, *relativa a la ayuda otorgada por el Gobierno italiano a Alfa Romeo, empresa del sector del automóvil*, DO nº L 394, de 30.12.1989, p. 9.

⁵⁷ Conclusiones del Abogado General W. VAN GERVEN, de 10 de enero de 1991, as. C-305/89, Rep. 1991, p. I-1631.

estar en el mismo sector de actividad que el destinatario, circunstancia que no concurría en Finmeccanica.

Sin embargo, el Tribunal, mediante un considerando lacónico, rebatió este argumento en lo que concierne al enfoque relativo al grupo de sociedades:

“Basta observar a Finmeccanica, el holding del cual formaba parte la sociedad Alfa Romeo en el momento de los hechos para considerarla como beneficiario de las ayudas impugnadas [...] y, a este respecto, que fuera obligada a devolver las ayudas”⁵⁸.

En el asunto que nos ocupa, el Tribunal optó por esta solución en protección de la seguridad jurídica del comprador, que había limitado contractualmente su responsabilidad. Según este planteamiento, FIAT no podía devolver la ayuda, al haber limitado su responsabilidad. ¿Sería pertinente la aplicación general de esta solución particular?

Esta solución es sólo teórica. No permite volver a la situación concurrencial anterior por el motivo de que su restitución es de naturaleza contable y no competitiva. En vez de identificar exactamente al beneficiario real mediante el análisis de la situación contable de los interesados, convendría restablecer la situación económica mediante la eliminación de los efectos anticompetitivos de las ventajas económicas indebidas en el sector de actividad del destinatario⁵⁹.

¿Cuál debe ser la solución cuando el comprador no ha limitado su responsabilidad contractualmente y ha adquirido unos activos que llevan aparejadas obligaciones? *A priori*, en la hipótesis de que el comprador adquiriera unos activos específicos, el vendedor sería calificado de beneficiario real si el precio pactado fuese conforme con las condiciones de mercado, al haber repercutido al vendedor, por vía del precio de compra, los beneficios económicos indebidamente obtenidos. El Tribunal no intenta determinar si se trata de un procedimiento abierto e incondicional, dado que, de haberlo hecho, la distinción con la transmisión de activos en bloque hubiera dejado de estar justificada. Ahora bien, la Comisión no parece hacer tal distinción. Así, para evitar cualquier ambigüedad en cuanto a la identidad del beneficiario, exige que se incoe un procedimiento de venta abierto e incondicional. Esta exigencia se plantea con mayor

⁵⁸ Sentencia del TJ de 21 de marzo de 1991, *Italia c/ Comisión - Alfa Romeo*, as. C-305/89, Rep. 1991, p. I-1603, apartado 40.

⁵⁹ BORDE, D. y KIRCH, P.: “La restitution des aides d’État (le point de vue français)”, *Revue trimestrelle de droit européen*, nº 3, julio-septiembre de 1993, p. 499.

intensidad en el caso de las ventas en bloque, puesto que en ellas el riesgo de continuidad en la actividad ilegalmente subvencionada se incrementa.

2.2.2. La “zona gris” de la transmisión “en bloque” de activos

La Comisión maneja con prudencia los casos de transmisión de activos “en bloque”, ya que el comprador podría proseguir con la actividad subvencionada del destinatario, especialmente cuando tales activos constituyen (por sí solos, y con sus correspondientes pasivos) un negocio en marcha. ¿Cuáles son las condiciones para que una sociedad destinataria de una ayuda transmita activos “en bloque” sin que ello implique eludir las obligaciones de restitución? A continuación analizaremos diferentes situaciones⁶⁰ que pueden resultar problemáticas.

En caso de una transmisión de activos y pasivos que constituyen un negocio en marcha (*going concern*), el comprador adquiere la ventaja económica derivada de la ayuda indebida. Ello plantea la necesidad de determinar las condiciones en que el comprador se convierte en el beneficiario real de la ayuda.

En el asunto *Gröditze*⁶¹, tras la incoación del procedimiento y antes de adoptar la Comisión su decisión definitiva, activos no viables de la empresa Gröditzer fueron transmitidos a empresas ajenas al grupo, por un valor de liquidación inferior al precio de mercado y sin un procedimiento abierto.

La Comisión afirmó de nuevo que, en principio, la recuperación no afecta únicamente al destinatario formal de las ayudas, sino que puede extenderse a las empresas que, mediante la adquisición de los medios de producción, dan continuidad a la actividad económica subvencionada. La determinación del beneficiario real dependerá del objeto de la transmisión, del precio de compra, de la identidad del vendedor y del comprador⁶², de la fecha y de la rentabilidad de la transmisión. Esta confusa solución⁶³ parece obedecer a la preocupación de la Comisión por evitar cualquier elusión. El planteamiento no deja de ser discutible, ya que si la transmisión no se realizó en condiciones de mercado, se supone que la ventaja económica indebida se cedió al comprador.

⁶⁰ Conclusiones del Abogado General L. A. GEELHOED, de 27 de septiembre de 2001, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, *op. cit.*, apartado 82.

⁶¹ Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1999, 99/720/CE, *relativas a las ayudas estatales concedidas por Alemania a favor de Gröditzer Stahlwerke GmbH*, DO n° L 292, de 13.02.1999, p. 27, apartado 109.

⁶² El Abogado General L. A. GEELHOED sostiene que debe valorarse el vínculo económico entre los operadores económicos.

⁶³ SCHOLE, G. y ARHOLD, C.: “The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2002/2003”, *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 165.

Otra hipótesis que se plantea es la relativa, más específicamente, a la transmisión de activos afectos a actividades subvencionadas. Esta cuestión se suscitó en la sentencia *Multimedia*⁶⁴ en relación con la transmisión de actividades rentables a Multimedia.

La Comisión asumió que dichos activos habían sido transmitidos a otra sociedad bajo el control de las mismas personas, en condiciones más ventajosas que las del mercado, en el marco de un procedimiento no transparente. En consecuencia, para evitar cualquier elusión, consideró que la obligación de restitución debía extenderse a la empresa que dio continuidad a la actividad económica. No obstante, dada la dificultad de identificar con precisión a los beneficiarios reales, designó responsables de la restitución a Selecco, a Multimedia y a todas las empresas que habían transmitido los activos⁶⁵. Sin embargo, el Tribunal, refiriéndose expresamente a la sentencia *Banks*, anuló la decisión por falta de motivación, estableciendo que incumbía a la Comisión aportar la prueba concreta de que el precio que había fijado el perito independiente no se correspondía con las condiciones de mercado.

Mediante esta sentencia, el Tribunal matizó su sentencia *Banks*. En la sentencia *Multimedia*, el enfoque fue más rígido porque se privilegió la prueba del precio de venta en las condiciones de mercado, en detrimento del tipo de procedimiento, sin tener en cuenta la valoración de los peritos. Por el contrario, según la sentencia *Banks*, si la adquisición se había realizado en el marco de un procedimiento de licitación abierto y sometido a la libre competencia en condiciones de mercado, el precio de venta correspondería “por definición” a las condiciones de mercado.

A priori, para evitar que el comprador sea considerado beneficiario real, la operación debe realizarse a precio de mercado. Ahora bien, la duda recae sobre la prueba exigible. ¿Será necesario recurrir en todo caso a la licitación?

Según el criterio de la Comisión, en los casos de “zona gris”, el vendedor conservará el beneficio de la ventaja económica indebida si el precio pagado es el más ventajoso y corresponde a las condiciones de mercado, y la operación se ha pactado en el marco de un procedimiento transparente, abierto e incondicional. El cumplimiento de estos requisitos parece el único medio para evitar una situación de elusión.

Sin embargo, esta prudencia desmesurada de la Comisión en cuanto a una posible elusión parece conducir a una paradoja en la decisión *SMI*⁶⁶. La Comisión designa al

⁶⁴ Sentencia del TJ de 8 de mayo de 2003, *República italiana y SMI 2 Multimedia c/ Comisión*, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Rep. 2003, p. I-4035.

⁶⁵ *Ibid.*, apartado 114.

⁶⁶ Decisión de la Comisión de 11 de abril de 2000, 2000/569/CE, *Alemania c/ Comisión - SMI*, DO n° L 238, de 22.09.2000, p. 50-58.

conjunto de los compradores de los activos de la empresa destinataria⁶⁷. Supone, a la vista de las circunstancias, que las operaciones sucesivas de transmisión están fuertemente vinculadas entre sí, con base en un vínculo económico duradero entre dichas empresas. El objetivo sería eludir la obligación de restitución del comprador, transmitiendo a los destinatarios la obligación de devolución de las cantidades indebidamente abonadas. Y esto, más aún, si las operaciones se han realizado sin un procedimiento transparente. Ahora bien, como señala el Abogado General A. TIZZANO, la Comisión debe aportar pruebas concretas de la elusión, probando que el precio de venta no se adecua a las condiciones de mercado.

Particularmente complejas resultan las dificultades que plantean las transmisiones de activos en situaciones preconcursales, tomando en consideración la posible perspectiva de concurso. En estas circunstancias, los activos podrían ser transmitidos por precio inferior al de mercado, lo que llevaría a concluir que al menos parte de las ventajas económicas indebidas han sido transmitidas al comprador.

Otro supuesto que se plantea es el de una empresa que recibe subvenciones públicas antes de ser declarada en concurso, que acaba liquidándose en aplicación del Derecho concursal nacional, de manera que los accionistas se adjudican los activos de la sociedad concursada con la aprobación del juez nacional del concurso. ¿Es posible establecer una relación causal entre la ayuda y la continuidad de la empresa? Como señala J.-P. KEPPELNE⁶⁸, el beneficiario real es el comprador, pero éste no debe ser considerado deudor, en la medida en que actúe conforme al Derecho concursal nacional. Por este motivo, la devolución se le reclama a la empresa concursada⁶⁹, si bien es cierto que, en algunas ocasiones, la Comisión renuncia a la recuperación⁷⁰.

En estos supuestos, la Comisión centra su análisis en las consecuencias para la competencia derivadas de la adquisición, y no en las consecuencias para la competencia derivadas del concurso. Así, se considerará que la ventaja económica indebida no ha sido cedida al comprador si la adquisición no ha dañado la estructura de la competencia, siendo dicha adquisición la opción menos perjudicial para la competencia. Al contrario, el

⁶⁷ *Ibid.*, apartado 52.

⁶⁸ KEPPELNE, J.-P.: *Guide des aides d'État en droit communautaire...*, *op. cit.*, p. 399.

⁶⁹ Decisión de la Comisión de 10 de junio de 1986, 86/366/CEE, *relativa a una ayuda concedida por el Gobierno belga a favor de un fabricante de cerámica sanitaria y de vajilla*, DO nº L 223, de 09.08.1986, p. 30.

⁷⁰ Decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1987, 88/282/CEE, *relativa a las ayudas del Gobierno francés en el sector de la transformación de la madera (Isoroy y Pinault)*, DO nº L 119, de 07.05.1988, p. 38.

comprador será responsable de devolver las cantidades indebidas si existe una relación causal entre la ayuda y el concurso.

En la práctica, por tanto, en el ejercicio de identificación al beneficiario real, la diferencia de régimen en función de que la operación se estructure como una compra de acciones o como una compra de activos tiende a atenuarse y a dar cabida a un análisis *ad hoc* en función de las circunstancias de cada caso concreto.

III. LA CUESTIÓN DE LA SEGURIDAD JURÍDICA DEL COMPRADOR

Esta incertidumbre suscita verdaderas inquietudes entre los operadores económicos en cuanto a la protección y la defensa de sus derechos. En tanto que beneficiarios reales, pueden confundirse -o no, según la apreciación de un cúmulo de circunstancias- con los destinatarios formales de las ayudas percibidas por las empresas que adquieren. Su tutela está garantizada por un sistema de reparto de competencias que se fundamenta en la colaboración entre la Comisión y los Estados miembros⁷¹. Conviene recalcar que, en este contexto, el Consejo está prácticamente ausente. En estas condiciones, compete a la Comisión, guardiana de los Tratados, identificar al beneficiario real, y compete al Estado miembro recuperar las ayudas ilegales bajo el control del juez nacional, que vela por garantizar los derechos conferidos a los justiciables. ¿Garantiza esta colaboración una seguridad jurídica efectiva para los compradores?

La evolución reciente de la jurisprudencia tiende a mejorar esta protección, haciendo recaer en la Comisión la carga de la “*prueba concreta*” de la identificación del beneficiario real (según veremos en el apartado 1). Esta jurisprudencia ha desarrollado una colaboración más activa, siendo destacable el papel del Estado miembro (según tendremos ocasión de constatar en el apartado 2).

1. La carga de la prueba recae en la Comisión

En la sentencia *Multimedia*, el Tribunal tiende a disminuir el ámbito de las prerrogativas de la Comisión, al exigirle que presente “*pruebas concretas*” que permitan identificar al beneficiario real. Esta exigencia de seguridad jurídica de cara al comprador constituye una respuesta a la rigidez del “*nuevo enfoque*” de la Comisión (a que nos referiremos en el próximo apartado). Sin embargo, este enfoque no deja de ser flexible, si lo comparamos con el que aplica la OMC (como veremos en el apartado 1.2).

⁷¹ Reglamento (CE) n° 659/1999 del Consejo, de 22 de marzo de 1999, *por el que se establecen especiales disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE*, DO n° L 83, de 27.03.1999, p. 1, apartado 5.

1.1. La rigidez del “nuevo enfoque” de la Comisión

Este “nuevo enfoque”⁷² de la Comisión es rígido, puesto que privilegia el criterio del precio de venta en condiciones de mercado (como veremos en el apartado 1.1.1), lo que nos conducirá a plantearnos (en el apartado 1.1.2) la cuestión de si es pertinente esta elección.

1.1.1. La evolución hacia un enfoque estricto

La Comisión ha intentado fijar unos criterios para valorar si la venta incluye una ayuda en beneficio del comprador, con independencia de que la operación se estructure como una transmisión de activos o como una transmisión de acciones.

En particular, en el marco de las privatizaciones⁷³, la Comisión consideró que no había transmisión del beneficio de las ayudas si las acciones de la sociedad fueron vendidas al mejor postor en un procedimiento abierto e incondicional. Incluso consideró que no había obligación de notificación en el caso de una sencilla venta de activos, si el procedimiento se había realizado de manera abierta, transparente e incondicional. Asimismo, estos criterios se plasmaron en una comunicación *relativa al elemento de ayuda en supuestos de venta de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos*⁷⁴. Esta comunicación hace referencia a una licitación abierta e incondicional, lo que implica “*publicidad suficiente*” y que las partes concuerden en el uso del activo. Esta apreciación ha sido aceptada por parte de la doctrina⁷⁵ y utilizada en la práctica⁷⁶.

Sin embargo, ¿cuál es el valor de las reglas establecidas por la Comisión de cara al comprador? Según C. BLUMANN, estos documentos no se pueden calificar de normas, ya que “*de ellos no se deduce ningún derecho ni obligación para los Estados u otros sujetos de derecho*”⁷⁷. Esta situación legal confusa genera inseguridad jurídica al comprador. No obstante, cabría sostener que estas orientaciones, que en principio sólo deberían ser

⁷² SCHOLE, G. y ARHOLD, C.: “The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2002/2003”, *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 164.

⁷³ Comisión: *XXIII Informe sobre la política de competencia 1992*, SEC(1993), p. 464.

⁷⁴ Comunicación de la Comisión *relativa a los elementos de ayuda en las ventas de terrenos y construcciones por parte de los poderes públicos*, DO nº C 209, de 10.07.1997, p. 3.

⁷⁵ SCHOLE, G. y ARHOLD, C.: “The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2002/2003”, *European State Aid Law Quarterly*, 2003, pp. 164.

⁷⁶ Decisión de la Comisión de 20 de abril de 2002, 2002/286/CE, CECA, *relativa a la medida que Alemania tiene previsto ejecutar en favor de la empresa siderúrgica Georgsmarienhütte Holding GmbH (Gröditzter II)*, DO nº L 105, de 20.04.2002, p. 33.

⁷⁷ BLUMANN, C.: “Régime des aides d’État: jurisprudence récente de la Cour de Justice (1989-1992)”, *Révue du Marché Commun*, nº 361, 1992, pp. 721-732.

indicaciones, se han convertido *de facto* en “*normas casi preceptivas*”. Cabe plantearse la posibilidad de una verdadera alternativa mediante la vía contenciosa. Así, el Tribunal⁷⁸ consideró que una comunicación que produce efectos jurídicos puede ser anulada por generar inseguridad jurídica. En consecuencia, el comprador, pudiendo ser calificado de deudor, tendría la posibilidad, mediante la vía contenciosa, de obligar a la Comisión a precisar el alcance de dichas “*normas casi preceptivas*”.

Ahora bien, la Comisión adopta un enfoque cada vez más estricto. Así, en su decisión recaída en el asunto *Banks*, aunque reitera la necesidad de que la venta se realice en el marco de un procedimiento abierto y competitivo, centra su análisis en el precio de mercado⁷⁹, insistiendo en el hecho de que la realización de la venta en condiciones de mercado es la que conduce a concluir que es el vendedor el que obtiene la ventaja derivada de la ayuda.

En el asunto *Multimedia*, la Comisión va todavía más lejos en cuanto a la rigidez de su planteamiento⁸⁰. La Comisión se refiere a un listado de criterios, “*el objeto de la transmisión (activos y pasivos, y continuidad de la mano de obra), el precio de la transmisión, la identidad de los accionistas o los propietarios de la empresa compradora y de la originaria, el momento en que se realizó la transmisión (después de que se iniciasen las investigaciones, de la incoación del procedimiento o de la decisión final) o, por último, la lógica económica de la operación*”⁸¹, que no han sido todavía confirmados por el Tribunal. A continuación, la Comisión añade que la ventaja de la ayuda ilegal no ha sido cedida si los activos han sido transmitidos a precio de mercado entre operadores económicos independientes. No toma en consideración la tasación del perito independiente que se había aportado, y concluye que la venta no se ha realizado en condiciones de mercado.

A priori, estos criterios parecen permitir cierta flexibilidad en la actuación de los operadores económicos. Sin embargo, al privilegiar la venta a precio de mercado, la Comisión adopta una solución más rígida y poco segura para los posibles compradores. ¿Cómo deben aplicarse estos criterios?

⁷⁸ Sentencia del TJ de 16 de junio de 1993, *Francia c/ Comisión*, as. C-325/91, Rep. 1993, p. I-3283.

⁷⁹ Sentencia del TJ de 20 de septiembre de 2001, *Banks*, as. C-390/98, Rep. 2001, p. I-6117, apartado 78.

⁸⁰ Sentencia del TJ de 8 de mayo de 2003, *República italiana y SMI 2 Multimedia c/ Comisión*, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Rep. 2003, p. I-4035, apartado 78.

⁸¹ Decisión de la Comisión de 2 de junio de 1999, 2000/536/CE, *relativa a la ayuda estatal concedida por Italia a la empresa Seleco SpA*, DO nº L 227, de 07.09.2000, p. 24, apartados 116 y 117.

El fundamento del razonamiento de la Comisión es determinar la continuidad de la actividad económica subvencionada y, a tal efecto, aplica los criterios enumerados de manera cumulativa. El precio no es el único elemento decisivo: es necesario, además, apreciar el conjunto de las circunstancias que concurren en el caso concreto. El criterio relativo al objeto de la transmisión permite llamar la atención sobre la supuesta diferencia de regímenes aplicables a la transmisión de acciones y a la transmisión de activos. El criterio relativo a la identidad de los intervinientes en el acuerdo de transmisión permitirá determinar si se trata de una operación intragrupo. En consecuencia, la ventaja económica indebida no se transfiere al comprador si el precio pactado corresponde a las condiciones de mercado y la operación se realiza en el marco de un procedimiento abierto, incondicional y transparente. La licitación constituiría, pues, la prueba idónea para garantizar la seguridad jurídica a los posibles compradores.

En respuesta a la rigidez de este enfoque, el Tribunal ha hecho recaer en la Comisión la carga de la prueba sobre la identificación del beneficiario real, para proteger a los compradores⁸². Mediante la imposición de esta exigencia, el Tribunal pretende aportar la seguridad jurídica demandada por los operadores económicos. Esta exigencia ha tenido como consecuencia disminuir la potestad discrecional de la Comisión, al no tener que aportar justificaciones particulares. Así, a título de ejemplo, en la sentencia *Alfa Romeo*, a pesar de las alegaciones del Gobierno italiano, no se exigió que se aportara prueba concreta de que el precio de venta no se correspondía con las condiciones del mercado⁸³.

Mediante esta jurisprudencia, la Comisión se ha visto conducida a una situación complicada. Como “*guardiana de los Tratados*”, debe hacer cumplir el Derecho de la UE y evitar cualquier situación de elusión. Sin embargo, a la vez, la Comisión es incapaz, desde un punto de vista tanto de recursos humanos como materiales, de presentar elementos de prueba concretos, dada la complejidad de las operaciones de compraventa de empresa. Esta circunstancia nos lleva a plantearnos la pertinencia del criterio del precio de mercado. ¿Constituye la aplicación de este criterio garantía de seguridad jurídica para los compradores?

1.1.2. Valoración crítica del criterio del precio de mercado

⁸² Sentencia del TJ de 8 de mayo de 2003, *República italiana y SMI 2 Multimedia c/ Comisión*, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Rep. 2003, p. I-4035, apartado 82.

⁸³ Sentencia del TJ de 21 de marzo de 1991, *Italia c/ Comisión - Alfa Romeo*, as. C-305/89, Rep. 1991, p. 1632.

Al privilegiar el criterio del precio de venta, el objetivo de la práctica y de la jurisprudencia es más próximo al restablecimiento de la situación contable que al restablecimiento de la competencia. La jurisprudencia reciente ha pasado de una apreciación formal de precio de venta a un enfoque económico.

Los economistas han elaborado cuatro teorías principales para establecer si una venta se ha realizado conforme a las condiciones de mercado, sin transmisión de la ventaja al comprador. Las expondremos a grandes rasgos. Nos referiremos en primer lugar al método más utilizado en Estados Unidos, llamado *before-after*. Se fundamenta únicamente en el factor del mercado en el momento de la adquisición, y tiene en cuenta un conjunto de indicadores a fin de observar si existe un cambio entre el momento anterior y el momento posterior a la adquisición. Un segundo método, llamado *yardstick*, compara la evolución del mercado con otro mercado similar, en el mismo momento, en el que no se habían concedido ayudas. Según el tercer método, llamado *cost reflective method*, los costes marginales son los costes reales de la empresa. Este precio sirve de referencia para examinar si el precio de venta fue superior.

Estas teorías definen el criterio del valor de mercado objetivamente. Sin embargo, plantean cuestiones en cuanto a la valoración en un momento dado. En efecto, puede variar en el tiempo, más aún cuando este valor es únicamente un modelo y, por tanto, no es concreto. Por el contrario, el cuarto método, llamado *economic and regression*, permite, mediante un sistema informatizado y complejo, considerar distintas variables reflejando la realidad. Se trata de una combinación de los tres métodos analizados al mismo tiempo. Pese a su complejidad, está considerado por los economistas como el más eficiente⁸⁴. Esta sucinta exposición ilustra la gran complejidad de la labor de la Comisión.

No obstante, la utilización de este criterio está sujeta a límites. Según el Abogado General N. FENNELLY, el criterio del precio de mercado, utilizado por sí sólo, no basta en un contexto de libre mercado. Parte de la premisa siguiente: si la ayuda ha sido transmitida al comprador, el precio de venta está considerablemente reducido respecto al precio de mercado. Ahora bien, por una parte, si los activos son vendidos en un marco abierto, transparente y competitivo, las autoridades de la UE no pueden imponer que sean vendidos a su "*valor pleno teórico*". En efecto, es probable que una licitación abierta y no falseada lleve a un precio inferior al solicitado normalmente. La venta de los activos a su "*valor pleno*" no sería, pues, posible. En consecuencia, conviene tener en cuenta la escasa demanda, el contexto de fuerte competencia y los desarrollos tecnológicos. A

⁸⁴ RUDDEN, B. y BISCHOP, W.: "Gritz and Quellmehl: Pass it on", *European Law Review*, 1981, pp. 241-256.

título de ejemplo, en el marco de una liquidación⁸⁵, la venta se puede realizar por un precio negativo que supere los costes de liquidación de la empresa. En este caso, el precio de venta es indiferente; lo que importa es determinar si el Estado ha actuado como inversor privado. Por otra parte, el hecho de que la venta se haya realizado al mejor postor⁸⁶ no es garantía del cumplimiento de las reglas de competencia; y ello es así especialmente en el marco de una operación compleja, donde parece difícil distinguir entre el precio y los demás elementos de la operación.

Por otra parte, dar cumplimiento a las exigencias formales de un procedimiento transparente no es siempre viable desde un punto de vista práctico. En determinados casos, la realidad económica no deja el tiempo necesario para iniciar una licitación, como ocurre, por ejemplo, cuando una sociedad entra en concurso, ya que es necesario vender rápidamente sus activos para evitar que pierdan valor. Por último, el Derecho nacional puede constituir también un obstáculo, en particular en el ámbito concursal.

Especialmente en consideración de los supuestos de transmisión de activos, entendemos que resulta necesario superar este criterio, según el cual -en su formulación aportada en el asunto *Multimedia*- si el procedimiento es transparente y el precio está refrendado por peritos, la ventaja económica indebida ha permanecido en poder del vendedor, de manera que el comprador sólo será calificado de beneficiario real de la ayuda si se prueba que, en el caso concreto, los peritos no han actuado de manera independiente. Somos partidarios de la aplicación un enfoque más próximo al restablecimiento de la situación concursal anterior al otorgamiento de la ayuda, que probablemente conduce al criterio consistente en determinar si, en el caso de transmisión de activos, el comprador sigue desarrollando la actividad subvencionada (lo cual es siempre así, por definición, en el caso de las operaciones de venta de acciones). Sin embargo, lo cierto es que la OMC fundamenta asimismo su análisis en el criterio del precio de mercado, si bien su enfoque en la aplicación de este criterio es todavía más rígido que el comunitario.

1.2. *El enfoque de la OMC, todavía más estricto que el de la Comisión*

⁸⁵ Sentencia del TJ 16 de mayo de 2002, *Francia c/ Comisión - Stardust Marine*, as. C-482/99, Rep. 2002, p. I-4397, apartado 70.

⁸⁶ Conclusiones del Abogado General F. JACOBS, de 23 de marzo de 1994, asuntos acumulados C-278/92, C-279/92 y C-280-92, Rep. 1994, p. I-4103, apartado 30.

Algunos autores han observado una interconexión entre los sistemas legales de la UE y de la OMC⁸⁷. En caso de privatización, la OMC presume que el beneficio ha sido cedido al comprador (según exponemos en el apartado 1.2.1). Este razonamiento diverge del de la Comisión (como veremos en el apartado 1.2.2).

1.2.1. La presunción de la transmisión del beneficio al comprador establecida por la OMC

Conviene exponer brevemente el régimen de las subvenciones en el marco de la OMC⁸⁸. El “Acuerdo sobre subvenciones y medidas compensatorias” forma parte de los “Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías”. Mediante su inserción en el Anexo 1.A del Acuerdo de la OMC, estas reglas han adquirido valor jurídico vinculante. Así, una subvención se considerará real si el Estado o sus ramificaciones conceden una contribución financiera a empresas, las cuales obtienen una ventaja creando un “*perjuicio grave*” a otra parte contratante. Por lo tanto, esta parte podrá imponer “*derechos compensatorios*”, a condición de hacer constar la prueba de una práctica desleal.

Como ha observado L. RUBINI, la OMC se ha planteado la posibilidad, en caso de venta de empresa, de transferir el beneficio de las subvenciones ilegales al comprador en el contexto de la privatización⁸⁹.

Según la práctica de la OMC, el beneficiario es aquel que realmente ha recibido la subvención. Esta interpretación ha sido confirmada en el asunto *US-Lead and Bismuth*⁹⁰. En este asunto se llegó a la conclusión de que, en caso de privatización, se supondrá que la ventaja resultante de la subvención ilegal se cedió al nuevo comprador, salvo si la adquisición se basa en un *fair market value* (valor de mercado), lo que excluye la posibilidad de que el nuevo comprador se haya aprovechado del beneficio. Así, el juez concluyó que “*the payment of a fair market value, in the context of an arm’s length transaction and in full compliance with commercial considerations, excludes that the buyer has benefited from the operation*”⁹¹. Es preciso indicar que la Comisión de investigación (*Panel*) y el Tribunal (*Appellate Body*) rebatieron cualquier presunción en lo

⁸⁷ BOURGEOIS, J. H. J.: “On the internal morality of WTO Law”, en VON BOGDANDY, A., MAVROIDIS, P. C. y MENY, Y. (eds.): *European Integration and International co-ordination - Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Kluwer Law International, 2002, pp. 39-54.

⁸⁸ CARREAU, D. y JUILLARD, P.: *Droit international économique*, LGDJ, 1998, pp. 253-261.

⁸⁹ BIONDI, A., EECKHOUT, P. y FLYNN, J. (eds.): *The Law of State Aid in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 170.

⁹⁰ Decisión de la OMC (Panel Report), *US - Lead and Bismuth*, WT/DS138/R, de 23 de diciembre de 1999, apartado 3.66.

⁹¹ *Ibid.*, apartado 3.81.

que concierne a la valoración del precio de venta. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que estas consideraciones se vertieron en función de las circunstancias y los hechos de este concreto asunto.

En el asunto llamado *US-Countervailing measures*⁹², el contexto era idéntico que en el caso anterior. Sin embargo, conviene recalcar la entrada en escena de un argumento original. En efecto, los Estados Unidos alegaban que era necesario partir de una nítida distinción entre el propietario de la compañía y la propia compañía⁹³. Este argumento fue rebatido por la Comisión de investigación (*Panel*): el beneficio se halla en la compañía, independientemente de los cambios de identidad de los propietarios. Al igual que en la jurisprudencia del TJUE, si se trata de un grupo, no existe ninguna distinción entre una ventaja concedida a la propia compañía o a los accionistas. A continuación, se excluyó automáticamente la posibilidad de transmisión del beneficio al comprador si la venta se ha realizado a precio de mercado. Que se den estos dos elementos tendría por efecto establecer una presunción *iuris y de iure* de que la ventaja económica indebida no ha sido cedida. En tal caso, el comprador hubiera pagado por lo que recibió sin percibir ventajas.

El Tribunal (*Appellate Body*) matiza este razonamiento. Por una parte, considera que existen casos en los que es necesaria la distinción entre la ventaja económica concedida a una compañía y la ventaja concedida a los accionistas. Por otra parte, se opone a la aplicación de esta presunción *iuris et de iure*, en el contexto de la privatización. El hecho de presentar la prueba de que una transmisión se realizó a precio de mercado en condiciones competitivas puede extender el beneficio de la ventaja económica indebida al comprador⁹⁴. No deberían existir reglas inflexibles, especialmente cuando, en el contexto de la privatización, hay que desconfiar del papel activo de los Estados miembros, que como vendedores, pueden influir en las reglas del mercado para obtener una determinada valoración⁹⁵.

El criterio de la Comisión, según el cual la venta a precio de mercado excluye la posibilidad de una transmisión de la ventaja al comprador, es compartido, por tanto, por la OMC. Sin embargo, la forma de aplicar este criterio es distinta en uno y otro régimen, como expondremos a continuación.

1.2.2. Las divergencias entre ambos razonamientos

⁹² Decisión de la OMC (Panel Report), *US - Countervailing measures*, WT/DS212/R, de 31 de julio de 2002.

⁹³ *Ibid.*, apartado 7.40.

⁹⁴ *Ibid.*, apartado 127.

⁹⁵ *Ibid.*, apartado 124.

Como hemos visto, tanto el régimen de la UE como el de la OMC⁹⁶ privilegian el criterio consistente en la determinación del precio real del mercado. Como ha resumido J.-P. KEPPELNE⁹⁷, el comprador será el beneficiario real de la ayuda si adquiere activos a precio inferior al valor real del mercado. Un perito independiente hará la valoración del precio de venta.

Sin embargo, la Comisión se muestra más flexible que la OMC en la aplicación de dicho criterio en dos aspectos. Por una parte, la Comisión no presupone que el comprador sea el beneficiario real. Actúa en función de las circunstancias de cada caso concreto. El comprador no se ha beneficiado de la ventaja económica indebida si la transmisión se realizó en el marco de un procedimiento transparente, incondicional y competitivo que permitió la transmisión a precio de mercado.

a) Para parte de la doctrina⁹⁸, con la que nos alineamos, la transmisión de los activos permite ceder una ventaja económica al comprador. Esta posición confirma la presunción de la OMC. En efecto, sin la ayuda estatal, la empresa destinataria hubiera desaparecido del mercado. En caso de designar beneficiario real automáticamente al comprador, se evitarían elusiones por parte de los Estados. Este razonamiento se puede mostrar a través de la hipótesis en que el Estado concede financiación a una sociedad a punto de incurrir en concurso. El Estado podría ser consciente de que, en cualquier caso, la ayuda ilegal se “limpiará” si la venta se realiza en el marco de un procedimiento abierto. Además, a nuestro entender, mejoraría la eficiencia del Derecho de la UE, ya que el comprador tomaría en consideración, en la valoración del precio de venta, el riesgo de devolución de la ayuda. Se sanearían, en definitiva, las bases de la adquisición.

b) En cambio, otros estiman que el comprador no se beneficia de ventaja económica alguna. Mediante la concesión de las ayudas estatales, la posición de la empresa en el mercado ha mejorado, lo que incrementa el precio de venta. Parece difícil demostrar el interés del comprador por adquirir activos a valor real de mercado. Ello es así en mayor medida cuando es posible que el importe de la devolución exceda del valor objetivo de los activos. Según los partidarios de este segundo enfoque, si automáticamente se puede calificar al comprador de responsable de una obligación de devolución, es muy probable que se obstaculice la liberalización de los mercados.

⁹⁶ HANSEN, M.: “Recent developments in EC State Aid Law”, *IBS Advanced EC Competition Law Conference*, Bruselas, 6 y 7 de noviembre de 2003, disponible en http://lw.com/resource/publications/pdf/pub860_1.pdf, p. 12.

⁹⁷ KEPPELNE, J.-P.: *Guide des aides d'État en droit communautaire...*, op. cit., pp. 63-64.

⁹⁸ SCHOLE, G. y ARHOLD, C.: “The Case-Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2002/2003”, *European State Aid Law Quarterly*, 2003, p. 165.

Por otra parte, la Comisión exige la existencia de un procedimiento abierto⁹⁹. A tal fin, establece unas pautas que permiten suponer que los activos han sido transmitidos en condiciones de mercado. Define un listado de requisitos, tales como que se debe organizar una licitación abierta, transparente e incondicional, que la sociedad se debe vender al mejor postor, y que los candidatos deben disponer con antelación suficiente de toda la información necesaria para realizar una valoración adecuada.

Sin embargo, estas pautas parecen ir en contra de la presunción de neutralidad del artículo 345 del Tratado, que garantiza, entre otras cosas, la exclusión de cualquier injerencia de la Comisión en el régimen de propiedad de los Estados miembros. No obstante, esta subordinación de los Estados miembros parece evolucionar hacia una colaboración más activa del Estado con la Comisión.

2. Una colaboración más activa del Estado con la Comisión

En el concreto contexto de la identificación del beneficiario real en caso de adquisición de una empresa, la reciente jurisprudencia conduce a esbozar un nuevo reparto de competencias. En efecto, el papel del Estado miembro tiende a acentuarse frente al de la Comisión (como veremos en el apartado 2.1), lo que tiene por efecto aumentar la paradoja que plantean los distintos papeles desempeñados por el Estado miembro en el marco del control de la recuperación de las ayudas (como veremos en el apartado 2.2).

2.1. La intensificación del papel del Estado miembro

La jurisprudencia tiende a reconsiderar el papel del Estado, que no se limita ya al de mero ejecutor de la Comisión, sino al de auténtico delegado de la Comisión.

2.1.1. El Estado como mero ejecutor

El modelo de cooperación consistente en que el Estado actúe como mero ejecutor de la decisión de la Comisión implica cierta subordinación de los Estados miembros a la Comisión, que opta por la aplicación de un enfoque estricto. En efecto, el Estado miembro debe someterse a las obligaciones de recuperación que le impongan las decisiones de la Comisión. En caso contrario, la actuación del Estado quedará sometida al control del Tribunal¹⁰⁰. Sin embargo, no debe ignorarse que el Estado miembro

⁹⁹ KEPPELNE, J.-P.: *Guide des aides d'État en droit communautaire...*, op. cit., p. 89.

¹⁰⁰ Vid. por ejemplo, sentencia del TJ de 21 de marzo de 1990, *Bélgica c/ Comisión - Tubemeuse*, as. C-142/87, Rep. 1990, p. I-959.

aparece como su interlocutor exclusivo durante la fase de investigación relativa a la compatibilidad de la ayuda.

En principio, las decisiones de la Comisión se limitan a designar a la entidad responsable de la devolución de la ayuda incompatible, sin fijar las modalidades de devolución. Compete por tanto al Estado, sobre la base del Derecho nacional, proceder a la recuperación de las cantidades indebidamente concedidas. En este contexto, el Estado debe actuar con la diligencia de un acreedor privado. Debe aplicar el Derecho nacional, del mismo modo que si se tratase de la recuperación de un importe no derivado del Derecho de la UE. Debe proceder sin demora a la recuperación de la ayuda, utilizando todos los medios necesarios a tal efecto (bien a través de medidas de ejecución forzosa con relación a todos los activos en poder del ejecutado para el cumplimiento de sus obligaciones, o instando el concurso necesario, si la empresa ya no puede devolver ya ayuda). Se trata de una consecuencia lógica del Derecho de la UE, fundamentado en el principio de la libre competencia. Como es sabido, el primer objetivo de la Comisión es poner fin a las restricciones de competencia. La uniformidad de aplicación de los principios de recuperación es esencial para asegurar la igualdad de trato entre los beneficiarios reales, independientemente de si son destinatarios de la ayuda o si la han recibido al adquirir la sociedad.

Sin embargo, la Comisión ha tenido que precisar el alcance de la obligación del Estado, en particular, cuando es difícil para él identificar al beneficiario real en el caso de operaciones complejas de adquisición¹⁰¹. Como recalca el Abogado General W. VAN GERVEN, corresponde al Estado miembro comprobar cómo y contra quién se debe realizar la devolución de conformidad con las disposiciones del Derecho nacional¹⁰². El Estado puede proponer modificaciones si se lo comunica a la Comisión. El Tribunal observa que, en caso de duda en cuanto a la identificación del responsable de la devolución, el Estado miembro debe informar a la Comisión, de conformidad con su deber de cooperación leal¹⁰³.

Es importante determinar la fecha a partir de la cual el comprador se ha beneficiado de la ventaja económica resultante de la cesión de la ayuda ilegal. En principio, la fecha

¹⁰¹ Decisión de la Comisión de 8 de julio de 1999, 99/720/CE, *relativas a las ayudas estatales concedidas por Alemania a favor de Gröditzer Stahlwerke GmbH*, DO n° L 292, de 13.02.1999, p. 27, apartado 100.

¹⁰² Conclusiones del Abogado General W. VAN GERVEN, de 11 de octubre de 1990, as. C-303/88, Rep. p. I-1465.

¹⁰³ Sentencia del TJ de 2 de febrero de 1989, *Comisión c/ Alemania*, as. C-94/87, Rep. 1989, p. 175, apartado 9.

de puesta a disposición de las ayudas al beneficiario es la que determina el inicio del devengo de los intereses¹⁰⁴.

Existe cierta ambigüedad en el caso de que, por no estar la empresa ya en el mercado, sea el comprador quien se vea obligado a devolver las ayudas ilegales. Como hemos tenido ocasión de comprobar, cuando se pretende restablecer la situación anterior, la jurisprudencia se centra más en restablecer la situación contable que la concurrencial.

Para garantizar la eficacia del Derecho de la UE, la Comisión ha enmarcado la independencia de los Estados mediante una interpretación restrictiva de las excepciones a su obligación de recuperación que los Estados pueden alegar ante el Tribunal. La Comisión no ha aceptado las excepciones de ejecución relativas a la aplicación del Derecho nacional ni tampoco toma en consideración las dificultades relativas al reparto de competencias dentro de la organización interna del Estado: sólo lo admite de manera excepcional por "*imposibilidad absoluta*"¹⁰⁵. *A priori*, el comprador no podrá ampararse en el principio de confianza legítima alegando que no sabía, en la fecha de adquisición, que el vendedor se había beneficiado de ayudas ilegales, ya que el Tribunal le opondría su obligación de diligencia como operador económico. Tampoco podrá liberarse alegando dificultades financieras, salvo si su situación es tal que pone fin a las distorsiones de la competencia¹⁰⁶.

Conviene destacar que, en el contexto de la privatización, se ha negado relevancia, a efectos de la obligación de recuperación, a la limitación contractual de la responsabilidad del comprador. Este fue el caso en la decisión de 18 de septiembre de 1996¹⁰⁷, recaída en un asunto en que se habían concedido ayudas a la empresa antes de su privatización y al comprador mediante un plan de reestructuración. Como es habitual en las operaciones de compraventa de empresa, mediante el contrato de compraventa el comprador había limitado su responsabilidad, indicando que "*cualquier acontecimiento financiero de relevancia que resultase de hechos previos a la venta de la compañía sería*

¹⁰⁴ Sentencia del TG de 8 de junio de 1995, *Siemens*, T-459/93, Rep. 1995, p. II-1679.

¹⁰⁵ La Comisión no se ha atenido a las reglas de buena administración por el retraso en la adopción de su decisión, lo que ha podido fundamentar una confianza legítima: sentencia del TJ de 24 de noviembre de 1987, *RSV c/ Comisión*, C-223/85, Rep. 1987, p. 4617.

¹⁰⁶ Esta situación puede plantearse en determinados casos de empresas en liquidación. *Vid.*, en este sentido, la decisión de la Comisión de 9 de diciembre de 1987, 88/282/CEE, *relativa a las ayudas del Gobierno francés en el sector de la transformación de la madera (Isoroy y Pinault)*, DO nº L 119, de 07.05.1988, p. 38, apartado V.

¹⁰⁷ Decisión de la Comisión de 18 de septiembre de 1996, 97/242/CE, *por la que se modifica la Decisión 92/317/CEE, relativa a las ayudas concedidas por España a Hilaturas y Tejidos Andaluces SA, denominada actualmente Mediterráneo Técnica Textil SA (Hytasa) y a su comprador*, DO nº L 96, de 11.04.1997, p. 30, apartado IV.

asumido por el vendedor". En caso de materializarse tales contingencias, los compradores deberían ser indemnizados por el Estado en tanto que transmitente. La Comisión y el Tribunal reafirmaron la primacía del Derecho de la UE, considerando que esta obligación contractual de indemnización constituía un medio de elusión de la decisión de la Comisión.

Sin embargo, es preciso indicar que, fuera del contexto de la privatización, en la sentencia *Falck*¹⁰⁸, el Tribunal parece haber admitido la relevancia, a efectos de devolución, de una estipulación contractual mediante la cual el vendedor se obligue a asumir las contingencias que se materialicen como consecuencia de hechos o circunstancias anteriores a la venta.

2.1.2. El reconocimiento del papel de delegado del Estado

En su jurisprudencia *Multimedia*, el Tribunal no se limitó a efectuar un control formal de la decisión, sino que impuso una obligación de exposición pormenorizada de los fundamentos de derecho mediante la presentación de pruebas concretas conducentes a la imposición al comprador de la obligación de restitución. En este caso, el Gobierno italiano¹⁰⁹, apoyando a los compradores, se opuso a la decisión de la Comisión sobre la base de un análisis económico de las distintas operaciones. El Tribunal aceptó los argumentos del Estado miembro, sin citarlos expresamente: consideró que la Comisión no había tenido en cuenta las consecuencias de la obligación de recuperación por el Estado¹¹⁰. En esta sentencia, El Tribunal puso de manifiesto con determinación su voluntad de asegurar el cumplimiento de las reglas de procedimiento, y su negativa a limitarse a ejercer un control puramente formal.

En consecuencia, al intentar enmarcar la potestad discrecional de la Comisión, el Tribunal ha reconocido de manera tácita el papel de delegado del Estado. Éste respeta las pautas de la Comisión y, a su vez, obtiene un margen de maniobra gracias al cual se puede oponer a la fundamentación de la decisión. Así, el fortalecimiento de su papel le permitirá desempeñar una función más activa en la identificación del deudor. Sin embargo, el Tribunal no cuestiona la posibilidad de que la Comisión extienda la obligación de recuperación a los Estados miembros.

¹⁰⁸ Sentencia del TJ de 24 de septiembre de 2002, *Falck*, asuntos acumulados C-74/00 P y C-75/00 P, Rep. 2002, p. I-7869, apartado 182.

¹⁰⁹ Sentencia del TJ de 8 de mayo de 2003, *República italiana y SMI 2 Multimedia c/ Comisión*, asuntos acumulados C-328/99 y C-399/00, Rep. 2003, p. I-4035, apartado 59.

¹¹⁰ *Ibid.*, apartado 84.

Esta nueva postura del Tribunal tiene varias explicaciones. En primer lugar, responde a las protestas de los Estados miembros, que intentaron en varias ocasiones convencer al Tribunal del carácter desproporcionado de las decisiones de la Comisión, pidiendo el reconocimiento de su independencia de actuación en la identificación del deudor.

Esta cuestión se plateó, en particular, en la sentencia *Gröditz*¹¹¹. El Estado miembro cuestionaba la apreciación de la Comisión, que se oponía a la decisión del Estado de proceder a la privatización por un precio de venta negativo, aunque una buena gestión requería la liquidación. El Estado consideró que se trataba de una injerencia injustificada en su independencia, dado que ninguna norma comunitaria determinaba las condiciones de venta, en particular, en lo que concierne a la propiedad de los Estados miembros, conforme al artículo 345 del Tratado. Ahora bien, el Tribunal aceptó de manera tácita la injerencia de la Comisión.

En su sentencia del 12 de julio de 1973¹¹², el Tribunal se opuso a acceder a la petición de la Comisión porque “*a falta de indicaciones suficientes en relación con uno de los elementos esenciales de la decisión adoptada en virtud del artículo 93 apartado 2, el objeto de la obligación impuesta a la RFA queda indeterminado*”. Así, la sentencia *Multimedia* marcó la segunda gran etapa de esta evolución.

Una parte de la doctrina, liderada por M. ZÜHLKE¹¹³, no se limita a discutir el papel de la Comisión, sino que considera incluso que ésta no es competente para designar a la entidad que tiene la obligación de recuperación. Conforme al Tratado, la Comisión debería limitarse a constatar la incompatibilidad de la ayuda. Compete, por tanto, al Estado miembro destinatario de la decisión determinar la identidad del responsable de dar cumplimiento a la obligación de restitución. De este modo se reivindica el papel de delegado del Estado miembro frente a la Comisión.

Mediante el reconocimiento de su papel de delegado, el Estado miembro está facultado para impugnar la decisión de la Comisión ante el Tribunal; después, independientemente de cuál sea el sentido del pronunciamiento del Tribunal, deberá aplicarlo a nivel nacional. Este proceso pone de manifiesto una situación paradójica, en la que el Estado es a la vez juez y parte.

2.2. *Las dificultades planteadas por el papel paradójico del Estado*

¹¹¹ Sentencia del TJ de 28 de enero de 2003, *Alemania c/ Comisión - Gröditz*, C-334/99, Rep. 2003, p. I-1139.

¹¹² Sentencia del TJ de 12 de julio de 1973, *Comisión c/ Alemania*, as. 70/72, Rep. 1973, p. 813, apartado 23.

¹¹³ ZÜHLKE, M.: “Durchgriffshaftung im Europäischen Beihilferecht”, *Europäisches wirtschafts und steuerrecht*, 2003, pp. 61 y ss.

La principal paradoja que se plantea es la relativa al hecho de que el Estado miembro, responsable del origen de la situación controvertida (la concesión de la ayuda ilegal), no es sancionado, mientras que es objeto de sanción únicamente la empresa beneficiaria de la ayuda, que no deja de ser víctima de un error imputable al Estado. Sin embargo, no puede ignorarse que en ocasiones se producen casos de connivencia entre los dos interesados. En el marco de la recuperación, el Estado tiene que desempeñar distintos papeles durante las etapas contenciosas. Por un lado, el Estado defiende la posición de la empresa beneficiaria frente a la Comisión (como veremos en el apartado 2.2.1); por otro lado, independientemente de la decisión del Tribunal, el Estado debe ejecutar la condena de recuperación frente a la empresa identificada como beneficiario real de la ayuda y, en cuanto tal, como empresa deudora (como analizaremos en el apartado 2.2.2). En estas circunstancias, conviene plantearse la cuestión si esta dualidad de papeles resulta perjudicial para la protección de los derechos que los justiciables tienen reconocidos por el Derecho de la UE.

2.2.1. El Estado defensor de la empresa beneficiaria

En principio, la “*sistemática de las vías de derecho*”¹¹⁴ permite garantizar una tutela judicial efectiva al comprador, ya que éste puede demostrar la incorrección de la decisión de la Comisión.

La defensa de sus derechos puede requerir la interposición de un recurso de anulación. Según el artículo 263 del Tratado, el recurrente ordinario, para estar legitimado, debe demostrar que está directa e individualmente afectado¹¹⁵, en el plazo de dos meses a partir de la fecha de notificación de la decisión. En relación con las ayudas estatales, las decisiones de la Comisión tienen por destinatario principal al Estado miembro, como responsable de la concesión de la ayuda ilegal. Por eso, el comprador sólo es un recurrente ordinario y, por tanto, su acceso al Tribunal es más limitado, como muestra la jurisprudencia reciente¹¹⁶.

Estos terceros beneficiarios deben, en consecuencia, probar que la medida se refiere a ellos, lo que conduce a considerar dos situaciones. Por una parte, la situación más sencilla, que se plantea cuando en la decisión de la Comisión se designa a la empresa deudora. *A priori*, si la decisión se refiere a la empresa en cuestión como destinataria de

¹¹⁴ BERROD, F.: *La systématique des voies de droit communautaire*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, Dalloz, 2003, pp. 5-6.

¹¹⁵ Sentencia del TJ de 15 de julio de 1963, *Entreprise Plaumann*, as. 25/62, Rep. 1961, p. 197, apartado 5.

¹¹⁶ Sentencia del TJ de 25 de julio de 2002, *Unión de los Pequeños Agricultores*, as. C-50/00 P, Rep. 2002, I-6677.

la decisión de manera indiscutible, directa e individualmente, su recurso será admisible. Por otra parte, si la empresa deudora no es individualmente designada por la Comisión, pueden aparecer ciertas dudas en cuanto a la admisibilidad de su recurso. Estas dudas se plantean en el caso particular de la “zona gris”, cuando, ante la dificultad de identificar al deudor, la Comisión considera de manera abstracta a los beneficiarios de las ayudas como tal¹¹⁷. En consecuencia, cabe plantearse la cuestión de la protección jurisdiccional efectiva de la empresa deudora. Es preciso indicar, sin embargo, que el Tribunal ha sido indulgente al ampliar la admisibilidad en materia de ayudas estatales, como muestra la tendencia jurisprudencial a consolidar el reconocimiento del estatuto de la parte actora¹¹⁸. Es más, será en interés del Estado, como destinatario principal, la defensa de los derechos del comprador en esta fase del procedimiento. Dada la responsabilidad del Estado en la generación de los hechos que han conducido al planteamiento del litigio, es probable que, si la decisión de la Comisión no es anulada por el Tribunal, el comprador incoe una acción de responsabilidad contra del Estado.

En principio, si después de que el Tribunal dicte su sentencia y de que concluya el procedimiento del artículo 108.2 del Tratado, el Estado no cambia de postura y decide no dar cumplimiento a su obligación de ejecución de la decisión, la Comisión puede interponer un recurso por incumplimiento conforme al artículo 258 del Tratado. En este caso, los argumentos que podría alegar el Estado serían limitados, ya que el Tribunal considera que este recurso sólo se debe a una falta de colaboración. En consecuencia, el Estado deberá, en contra de su voluntad, cumplir con la obligación de recuperación ante la empresa beneficiaria. En la práctica, ¿es razonable pensar que un Estado miembro, que se ha opuesto a la Comisión en un procedimiento contencioso en relación con la determinación del beneficiario, va a dar diligente cumplimiento a la obligación de recuperación que le ha impuesto? Se plantea la cuestión de la puesta en peligro de la eficacia de la decisión, dado que es presumible que el Estado miembro obligado a ejecutar la decisión lo hará, pero con más lentitud que la que sería deseable desde un punto de vista concurrencial. *A priori*, parece que estas cuestiones deberían dejar de tener justificación, ya que el Estado miembro debería ser más proclive a dar fiel cumplimiento a las sentencias del Tribunal, al haber sido reconocido su papel de delegado de la Comisión.

2.2.2. El Estado ejecutor ante la empresa beneficiaria

¹¹⁷ Decisión de la Comisión de 11 de abril de 2000, 2000/569/CE, *Alemania c/ Comisión - SMI*, DO nº L 238, de 22.09.2000, p. 50-58.

¹¹⁸ ZIVY, F.: “Statut du plaignant: Consolidation de la jurisprudence communautaire (Air One)”, *Concurrences*, nº 3-2006, nº 12098, pp. 137-138.

El juez nacional desempeña un papel fundamental en relación con la tutela de los derechos de los justiciables. En efecto, la última frase del artículo 108 del Tratado, al ser de aplicación directa, faculta al juez nacional a exigir a los Estados destinatarios que respeten las reglas de procedimiento. Como confirma el Tribunal, el juez nacional deberá “*garantizar a los justiciables que puedan ampararse de tal incumplimiento que se deducirán de ello todas las consecuencias, conforme a su derecho nacional*”¹¹⁹.

El juez nacional puede controlar la calificación de una ayuda¹²⁰ y la regularidad del procedimiento. Siendo esto así, si el juez nacional interpretara el concepto de ayuda y de regularidad del procedimiento en un sentido distinto al del Tribunal, el comprador podría verse liberado de su obligación de restitución. Sin embargo, no cabe admitir esta conclusión porque cuestionaría la primacía del Derecho de la UE.

Por otra parte, cabría considerar la posibilidad de que el comprador que se viera obligado a restituir la ayuda exigiera la responsabilidad del Estado por daños derivados del incumplimiento del Derecho de la UE. La restitución de las ayudas es una consecuencia del incumplimiento por el Estado de las normas comunitarias de procedimiento, y la principal víctima que sufre los daños derivados de ese incumplimiento es el comprador. Sin embargo, el éxito de la reclamación no parece *a priori* muy probable.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

Cuando la Comisión constata que una ayuda ha sido concedida en infracción de las normas de procedimiento (es decir, sin haber sido notificada o autorizada) y concluye que la medida en cuestión es una ayuda estatal incompatible con el mercado interior, impone a la empresa beneficiaria, una vez identificada, la obligación de devolución de la ayuda.

En general, el beneficiario original de la ayuda sigue desarrollando su negocio, por lo que no existen dudas en cuanto a la identidad de la entidad obligada a su devolución. Sin embargo, la Comisión se ha enfrentado a la problemática de identificar a la empresa beneficiaria de la ayuda obligada a su devolución cuando, antes de dicha devolución, la empresa originariamente beneficiaria de la ayuda ha sido vendida. La cuestión radica, en tal supuesto, en determinar quién ha sido el beneficiario real de las ayudas.

¹¹⁹ Sentencia del TJ de 21 de noviembre de 1991, *Fédération Nationale du Commerce Extérieur des Produits Alimentaires y otros c/ Francia*, as. C-354/90, Rep. 1991, p. 5505, apartado 12.

¹²⁰ Sentencia del TJ de 22 de marzo de 1977, *Steinike y Weinlig*, as. 78/76, Rep. 1977, p. 595, apartado 14.

La identificación del beneficiario real de la ayuda es compleja. La doctrina y la práctica distinguen entre los supuestos de transmisión de acciones (*share deal*) y los de transmisión de activos (*asset deal*). A nuestro entender, en el caso de la transmisión de acciones, en principio, el criterio debería ser claro: la sociedad formalmente destinataria de la ayuda debería ser considerada su beneficiario real, ya que sigue desarrollando su actividad subvencionada, y sólo varía la identidad de los titulares de las acciones.

Sin embargo, la jurisprudencia recaída en supuestos de *share deals* dista de limitarse a adoptar automáticamente este planteamiento, y oscila entre dos criterios contrapuestos: (a) en unos casos se embarca en el ejercicio de determinar quién ha hecho *uso efectivo* de las ayudas, lo cual le conduce a concluir -en la mayoría de los casos- que el beneficiario real es la sociedad formalmente destinataria de ella; (b) en otros asuntos, sin embargo, el Tribunal aplica el criterio según el cual, si el precio de venta de las acciones es conforme a mercado, debe entenderse que el precio percibido por el vendedor incluye la remuneración por el impacto en la sociedad de la ayuda percibida, por lo cual, en términos económicos, el vendedor es el beneficiario real.

La jurisprudencia más reciente parece optar por una peculiar combinación de ambos criterios: en principio, en caso de venta de sus acciones, la sociedad destinataria sigue siendo el beneficiario real, salvo que la aplicación de este criterio pueda conducir a la elusión de la obligación de devolución, en cuyo caso se recurre a aplicar el criterio del precio de mercado para identificar al beneficiario real.

Por su parte, la transmisión de activos ha dado lugar a una jurisprudencia confusa. Existen dos posibles planteamientos: (a) que el comprador "*ha abordado el mercado con sus propios medios tras la compra*"; es decir, que, teniendo en cuenta el precio de compra pagado por el comprador, el vendedor se ha visto remunerado por la concesión de la ayuda y, por tanto, sigue siendo en realidad el beneficiario de ella; o (b) que esas ventajas económicas indebidas le hayan sido cedidas al comprador, ya que éste ha adquirido unos activos que, sin la concesión de la ayuda ilegal al destinatario, hubieran desaparecido hace tiempo. Esta cuestión reviste gran importancia, teniendo en cuenta que la imposición de la obligación de devolución al comprador, más allá de las consecuencias financieras para la empresa en sí misma, puede frenar la actividad económica en determinados sectores de actividad en crisis.

Si *a priori* la transmisión de activos dentro de un mismo grupo de sociedades no plantea particulares dificultades, no ocurre lo mismo cuando no se trata de ventas de activos en favor de sociedades ajenas al grupo empresarial del vendedor. Este segundo caso es más complejo, porque la transmisión de activos puede conllevar que el comprador siga desarrollando la actividad subvencionada, especialmente cuando se trata de ventas de activos y pasivos "en bloque" (*as an ongoing concern*) que implican,

en definitiva, la transmisión de un negocio. La Comisión ha optado por la máxima prudencia, adoptando un enfoque rígido: el vendedor únicamente será considerado beneficiario real de la ayuda si los activos han sido transmitidos (a) en el marco de un procedimiento abierto y transparente, preferentemente mediante licitación, y (b) a precio de mercado, cuya valoración por peritos independientes no constituye prueba irrefutable. Como parece evidente, la aplicación estricta de estos requisitos conduce a que el comprador de los activos sea el responsable de la devolución de las ayudas en la mayoría de los casos.

En el ejercicio de identificar al beneficiario real, la diferencia de régimen entre la compra de acciones y la compra activos tiende a atenuarse, y a dar cabida a un enfoque estricto en función de las circunstancias de cada caso concreto. Independientemente de si la transmisión de activos o de acciones implica realidades económicas distintas, la Comisión tiende a imponer un mismo enfoque rígido: el comprador no será calificado de beneficiario real únicamente si la adquisición (ya sea de activos o de acciones) se ha realizado mediante un procedimiento abierto, transparente e incondicional y el precio de venta corresponde al precio de mercado. Sin embargo, el cumplimiento de estas exigencias no constituye una presunción *iuris et de iure*, ya que todo dependerá de las circunstancias, cuya compleja valoración es prerrogativa de la Comisión.

En respuesta a este exceso de rigidez, el Tribunal ha impuesto a la Comisión la carga de la prueba en la identificación del beneficiario real, con el objetivo de reforzar la seguridad jurídica que demandaban los compradores.

En cualquier caso, el enfoque de la UE es más flexible que el enfoque de la OMC, ya que ésta designa beneficiario real al comprador a través de una simple presunción. *De lege ferenda*, somos partidarios de un enfoque, más próximo al de la OMC que al de la UE, según el cual el análisis no debería atender a restablecer el *statu quo* financiero y contable anterior a la concesión de la ayuda, sino a la situación concurrencial anterior a su concesión. Esta aproximación conduciría a concluir que, en las operaciones de venta de activos, el comprador será el responsable de la devolución de la ayuda en la medida en que la venta de activos haya supuesto la transmisión de la actividad o negocio en su día subvencionado, que en caso de no haber recibido la ayuda hubiera dejado de existir, o continuaría existiendo pero en circunstancias muy distintas.

Ello implicaría la difuminación definitiva entre el régimen aplicable a las compraventas de activos y el aplicable a las compraventas de acciones, y en este último escenario, a nuestro entender, la solución que impone la lógica es que siga siendo la sociedad transmitida, que en su día fue destinataria formal de la ayuda, el beneficiario real responsable de su devolución tras la venta.

El planteamiento, en nuestra opinión, debería prescindir de las consideraciones relativas al proceso de venta y a la conformidad del precio con los estándares de mercado en las que se han embarcado la Comisión -y, parcialmente, la OMC-, por ser ajenas a la restitución concurrencial anterior al otorgamiento de la ayuda.

Sin duda, se argumentará que el comprador podría verse perjudicado por el planteamiento por el que abogamos. Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, los operadores económicos están familiarizados con este tipo de planteamientos, porque los compradores de activos que adquieren un negocio en marcha (*ongoing concern*) habitualmente se subrogan en las responsabilidades fiscales, medioambientales, laborales y de seguridad social derivadas de dicho negocio, en aplicación de los Derechos nacionales de la mayoría de los Estados miembros¹²¹, en algunos casos como consecuencia de la transposición de directivas comunitarias¹²². Por tanto, un planteamiento como el que propugnamos permitiría al comprador, mediante el oportuno ejercicio de *due diligence* (o auditoría) anterior a la compra, tener en cuenta el riesgo de devolución de la ayuda en la determinación del precio de compra y en la negociación de las correspondientes obligaciones contractuales de indemnización a cargo del vendedor en caso de materializarse dicha contingencia tras la compra.

De lege data, a la vista de los criterios que nos vemos obligados a manejar, el comprador (de activos o de acciones, tanto da) únicamente podrá argumentar con éxito frente a la Comisión que no es el beneficio real de la ayuda en la medida en que haya adquirido en el marco de un proceso competitivo y a precio de mercado. Por ello, a efectos prácticos, el comprador deberá negociar con el vendedor una adecuada protección contractual, mediante la inclusión en el contrato de compraventa de los correspondientes compromisos indemnizatorios a cargo del vendedor para el supuesto de que la Comisión finalmente considere al comprador beneficiario real. Los pronunciamientos jurisprudenciales -contrarios en algunos casos a este tipo de pactos contractuales- deben entenderse referidos, a nuestro entender, a su oponibilidad a las autoridades comunitarias y nacionales en caso de exigirse la devolución de la ayuda al

¹²¹ *Vid.*, en este sentido, entre otras normas, el artículo 42.1.c) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, *General Tributaria* (BOE de 18 diciembre 2003, nº 302, p. 44987), el artículo 13.2 de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de *Responsabilidad Medioambiental* (BOE de 24 octubre 2007, nº 255, p. 43229) y el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 marzo, por el que se aprueba el *Estatuto de los Trabajadores* (BOE de 29 marzo 1995, nº 75, p. 9654), modificado por el artículo 2.2 de Ley 12/2001, de 9 de julio, de Medidas urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE de 10 julio 2001, nº 164, p. 24890).

¹²² *Vid.*, entre otras, la Directiva del Consejo 2001/23, de 12 de marzo de 2001, *sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad*, DO nº L 82, de 22 de marzo de 2001, p. 16.

comprador, pero en ningún caso a la validez del pacto y a su carácter vinculante para las partes contractuales que lo han suscrito (vendedor y comprador).

Por lo que se refiere a la distribución de competencias en materia de recuperación de ayudas, es destacable el papel activo atribuido por el régimen de la UE a los Estados miembros. Aunque el Tribunal reconoce la facultad de la Comisión de imponer la obligación de recuperación a los Estados miembros, de su jurisprudencia se desprende que éstos ya no actúan en tanto que meros ejecutores de la Comisión, sino que intervienen en el control de las ayudas como auténticos delegados de la Comisión. Ello implica el reconocimiento de que el Estado miembro -concedente de la ayuda- está facultado para cuestionar ante el Tribunal la idoneidad del razonamiento de la Comisión en la identificación del beneficiario real de la ayuda, responsable de su restitución.

Este enfoque conduce a situaciones contradictorias. Así, la Comisión tiene que cumplir con su papel de guardiana de los Tratados y, a la vez, respetar los principios de autonomía institucional y procedimental reconocidos a los Estados miembros para recuperar la ayuda ilegal. Por otra parte, el Estado no deja de desempeñar un papel paradójico: por un lado, participa en la defensa de la empresa deudora; y, a su vez, ejecuta la obligación de recuperación que pesa sobre ésta (que no deja de ser, en definitiva, víctima de un error imputable al Estado).

Las incertidumbres sobre la legitimación de la empresa deudora para interponer el recurso de anulación contra la decisión de la Comisión mediante la que se impone el deber de recuperación (en caso de no ser designada expresamente como beneficiario real destinatario de la decisión) nos han llevado a plantearnos dudas sobre la adecuada tutela de los justiciables en este marco. Sin embargo, cabe asumir que tales dudas deben entenderse despejadas favorablemente, en cuanto que su defensa debería estar garantizada por el Estado, dado que (a) el Estado ha visto reconocido su margen de maniobra en el ejercicio de dicha defensa, al permitírsele cuestionar la designación del beneficiario real efectuada por la Comisión -en tanto que delegado, y no como mero ejecutor- y (b) la sombra de una hipotética reclamación de la empresa beneficiaria contra el Estado, alegando la responsabilidad estatal como consecuencia de daños sufridos como consecuencia de la infracción del Derecho de la UE, debería ser un incentivo determinante para que el Estado realice sus mejores esfuerzos en su ejercicio de defensa de la empresa deudora.

En cualquier caso, la incertidumbres planteadas en este trabajo hacen imprescindible que el Consejo, el gran ausente en todo el debate —y, en última instancia, los Estados miembros en él representados—, se decidan a hacer uso de su facultad de adoptar reglamentos de ejecución para la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado

(reconocida en el artículo 109 del Tratado¹²³) para establecer una regulación clara mediante la que determine con precisión bajo qué condiciones debe considerarse que el beneficio de la ayuda ha sido transmitido al comprador y el papel de la Comisión y de los Estados miembros en la recuperación de la ayuda.

¹²³ De conformidad con el artículo 109 del Tratado, “el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 108 y las categorías de ayudas que quedan excluidas de tal procedimiento”.