

Publicación del Reglamento Europeo sobre Subvenciones Extranjeras que Distorsionan el Mercado Interior



Enero 2023

¿Hablamos?

Alberto Escudero Puente

Socio responsable del área de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal

alberto.escudero.puente@pwc.com

José Américo Alonso

Socio responsable de Derecho Regulatorio en PwC Tax & Legal

jose.amerigo.alonso@pwc.com

Rubén Gil Puente

Abogado de Derecho de la Competencia en PwC Tax & Legal

ruben.gil.puente@pwc.com

1. Introducción

La normativa europea de control de ayudas de Estado establece limitaciones y obligaciones de notificación en relación con las subvenciones que las Administraciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) prevén conceder a las empresas ubicadas en la UE. Por contraposición, las subvenciones de terceros Estados ajenos a la UE (subvenciones extranjeras) a sus empresas activas en la UE no estaban sometidas a una regulación equivalente. Esta asimetría distorsiona las condiciones de competencia del mercado interior, en perjuicio de las empresas de origen europeo, especialmente en el ámbito de las operaciones de compraventa de empresas y de la contratación pública.

Para poner fin a esta asimetría regulatoria, las instituciones europeas han aprobado el Reglamento (UE) 2022/2560 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (el Reglamento)¹. Esta norma se

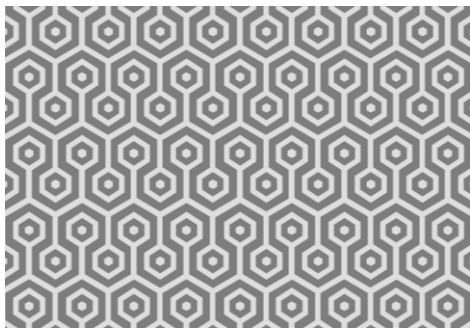
ha publicado en el DOUE de 23 de diciembre y entrará en vigor el 12 de enero.

El Reglamento dota a la Comisión Europea (la Comisión) de unas facultades de intervención muy amplias para evitar el posible falseamiento de la competencia en las operaciones de compraventa de empresas y en la contratación pública derivado del otorgamiento de subvenciones extranjeras, concepto este último al que es posible que se dé una interpretación amplia en línea con el que rige en materia de ayudas de Estado.

Esta norma tendrá un impacto muy relevante en el diseño y calendario de las operaciones de compraventa de empresas, fusiones y creaciones de empresas en participación que superen unos determinados umbrales. Igualmente, incidirá en los procedimientos de contratación pública en los que participen empresas beneficiarias de subvenciones extranjeras



La normativa europea de control de ayudas de Estado establece limitaciones y obligaciones de notificación en relación con las subvenciones que las Administraciones de los Estados miembros de la Unión Europea (UE) prevén conceder a las empresas ubicadas en la UE”.



2. Subvenciones extranjeras sometidas a control

El objetivo del Reglamento es hacer frente a las distorsiones causadas en el mercado por las subvenciones extranjeras, garantizando la igualdad de condiciones de competencia. Incluye tres mecanismos de control de las subvenciones extranjeras: un mecanismo de examen de oficio; un mecanismo de control en el contexto de concentraciones; y un mecanismo de control respecto de los procedimientos de contratación pública.

Al igual que sucede con la normativa de ayudas de Estado, el Reglamento ha incluido una definición muy amplia de subvención extranjera. A estos efectos, el Reglamento considera como subvención extranjera a cualquier contribución financiera por parte de un organismo público de un tercer país (o privado cuya actuación pueda atribuirse al tercer país), incluyendo:

- Las transferencias de fondos u obligaciones, como las aportaciones de capital, las subvenciones, los préstamos, las garantías de préstamos, los incentivos fiscales, la compensación de pérdidas de explotación, la compensación de cargas financieras impuestas por las autoridades públicas, la condonación de deudas, la conversión de deuda en capital social o la reprogramación de la deuda;
- La renuncia a ingresos que, de otro modo, serían exigibles, tales como la concesión de exenciones fiscales o la concesión de derechos especiales o exclusivos sin remuneración adecuada; y
- El suministro de bienes o servicios o la adquisición de bienes o servicios.

Aunque el Reglamento no recoge, por tanto, un concepto de subvención extranjera idéntico al de la ayuda de Estado definida en el TFUE, lo cierto es

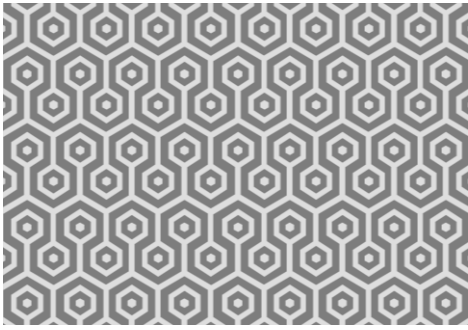
que el objetivo de esta nueva regulación coincide con el del régimen de ayudas de Estado por lo que es probable que la interpretación del concepto de subvención extranjera acabe aproximándose o incluso equiparándose al de la ayuda de Estado ofrecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiendo abarcar, en principio, tanto las transferencias directas o indirectas de fondos públicos como todo tipo de exenciones, beneficios fiscales o concesiones públicas en condiciones más beneficiosas.

El mecanismo de examen se activará si la subvención confiere una ventaja a sus beneficiarios y provoca una distorsión en el mercado interior. El Reglamento considera improbable que las subvenciones extranjeras inferiores a 4 millones de euros produzcan tal distorsión. Las subvenciones inferiores a 200.000 euros durante un período consecutivo de tres ejercicios no distorsionan el mercado interior en el sentido del Reglamento².

Tendrán mayores probabilidades de distorsionar el mercado interior las siguientes categorías de subvenciones extranjeras: subvenciones extranjeras concedidas a una empresa en dificultades; garantías ilimitadas; medidas de financiación de las exportaciones que no estén en consonancia con el Acuerdo de la OCDE en materia de Créditos a la Exportación con Apoyo Oficial; subvenciones extranjeras que faciliten directamente una concentración; o subvenciones extranjeras que permitan a una empresa presentar una oferta indebidamente ventajosa en una licitación.

Aunque una subvención caiga en una de las categorías con mayores probabilidades de distorsionar el mercado, las empresas investigadas podrán aportar elementos de prueba y alegaciones para demostrar que la subvención no distorsiona el mercado interior o que los efectos positivos de la misma pueden compensar sus efectos negativos.

2. Es de aplicación lo contenido en el Reglamento (UE) No 1407/2013 de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 relativo a la aplicación de los artículos 107 y 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a las ayudas de minimis (disponible a través del siguiente [enlace](#))



3. Mecanismos de control

A diferencia de las normas referentes al mecanismo de control de inversiones extranjeras directas en España u otros Estados miembros que otorgan competencia a los organismos nacionales, la competencia sobre el control de las subvenciones extranjeras es en este caso exclusiva de la Comisión (sujeta a la revisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

El Reglamento dota a la Comisión de tres mecanismos de control de inversiones extranjeras: dos mecanismos se basan en la notificación previa por la empresa beneficiaria; y siendo el tercero la facultad de investigar de oficio dichas subvenciones extranjeras.

3.1. Notificación obligatoria previa por las empresas de operaciones de concentración

Inspirándose en el Reglamento europeo de control de concentraciones³, el Reglamento de subvenciones extranjeras impone a las empresas receptoras de subvenciones extranjeras una obligación de notificación previa de las operaciones de concentración que superen determinados umbrales.

Deberán notificarse a la Comisión bajo el régimen del Reglamento de subvenciones extranjeras las compraventas de empresas, fusiones y creaciones de empresas en participación que superen los siguientes umbrales:

- La empresa adquirida o la empresa en participación genera un volumen de negocios en la UE de al menos 500 millones de euros; y,
- Las empresas implicadas en la operación han recibido contribuciones financieras combinadas superiores a 50 millones de euros en los tres ejercicios inmediatamente anteriores a la concentración.

Se deberá suspender la ejecución de la concentración hasta recibir el visto bueno de la Comisión. Los plazos de resolución de la Comisión están alineados con los ya existentes para las concentraciones sujetas al control de concentraciones tradicional (25 días hábiles o 90 días hábiles, en función de la complejidad de los problemas derivados por la operación). También se prevé la posibilidad de prenotificar la concentración a la Comisión.

La futura práctica de la Comisión determinará el impacto concreto de este nuevo régimen en los tiempos de estas operaciones corporativas.

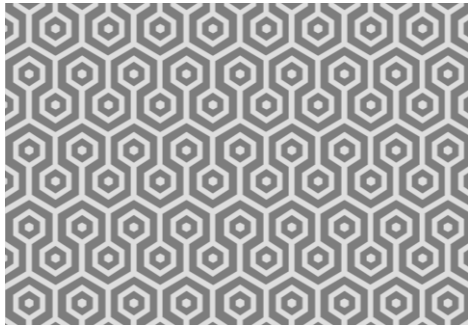
3.2. Notificación obligatoria previa por las empresas de ofertas en procedimientos de contratación pública

Por otra parte, las empresas que reciben subvenciones extranjeras deberán efectuar una notificación bajo el Reglamento al poder/entidad adjudicador/a relativa a sus ofertas en licitaciones públicas, siempre que se cumplan los siguientes requisitos cumulativos:

- Que el valor estimado del contrato sea de al menos 250 millones de euros (en caso de que el contrato sea dividido en lotes, que la empresa presente oferta a lotes por valor de al menos 125 millones de euros); y,
- Que el licitante, incluyendo sus filiales sin autonomía comercial, sus sociedades de cartera y, cuando proceda, aquellos de sus subcontratistas y proveedores principales⁴, haya recibido subvenciones extranjeras y contribuciones financieras de al menos cuatro millones de euros en los tres años anteriores.

3. Reglamento (CE) No 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (Disponible a través del siguiente [enlace](#))

4. A efectos del Reglamento, se considerará como principal a un subcontratista o proveedor cuando su participación garantice la aportación de elementos esenciales para la ejecución del contrato y, en cualquier caso, cuando la parte económica de su contribución supere el 20 % del valor de la oferta presentada.



El poder/entidad adjudicador/a transmitirán la notificación a la Comisión. El plazo de resolución de la Comisión oscila entre los 20 días hábiles para aquellos supuestos que no requieren de una investigación exhaustiva y el plazo máximo de 110 días hábiles (ampliable por un período de 20 días hábiles). Durante dicho plazo, el licitador podrá continuar el procedimiento de licitación, pero no podrá adjudicar el contrato hasta la resolución de este procedimiento de control de subvenciones extranjeras.

3.3. Concentraciones y procedimientos de contratación pública que no alcancen los umbrales

La Comisión también tendrá la potestad de requerir la notificación de concentraciones / adjudicaciones de contratos en procedimientos de contratación pública que no alcancen los umbrales señalados en el Reglamento cuando sospeche que las empresas afectadas hayan obtenido una ventaja competitiva mediante una subvención extranjera.

3.4. Mecanismo de investigación de Oficio

Por otro lado, la Comisión también tendrá plena competencia para investigar de oficio las subvenciones extranjeras recibidas cuando tenga sospechas de que puedan tener como efecto la distorsión del mercado interior. La investigación de oficio la iniciaría a iniciativa propia o a raíz de una denuncia recibida por los Estados miembros o terceros afectados (empresas o asociaciones perjudicadas). La Comisión podrá dar tratamiento confidencial a la denuncia.

Este poder de investigación de oficio se extiende incluso a las concentraciones ya ejecutadas y a las licitaciones ya otorgadas. La Comisión apunta que

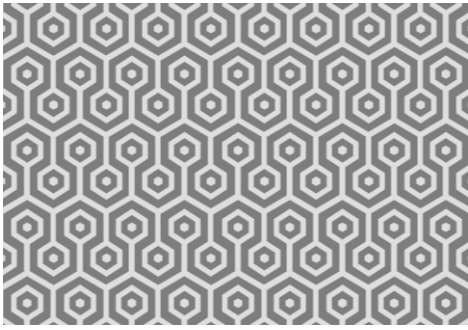
tendrá especial interés en las adquisiciones de activos estratégicos (como infraestructuras críticas) y tecnologías innovadoras.

4. Medidas correctoras e imposición de sanciones

La Comisión impondrá medidas correctoras a fin de subsanar la distorsión en el mercado interior que cause o pueda causar una subvención extranjera. Asimismo, las empresas investigadas podrán presentar compromisos para subsanar de manera plena y efectiva la distorsión en el mercado interior. Como es habitual en las investigaciones de Derecho de la Competencia, las medidas correctoras o compromisos podrán adoptar la forma de: acceso a infraestructuras; abstención de realizar determinadas inversiones; la divulgación de los resultados de investigación y desarrollo; la cesión de determinados activos; o el reembolso de la subvención extranjera. En el caso de las concentraciones, la Comisión podrá llegar a prohibirlas u ordenar su disolución. También podrá prohibirse que el contrato se adjudique al operador receptor de la subvención (si el contrato no ha sido aún adjudicado y no se ha requerido la notificación).

La Comisión podrá imponer a la empresa perceptora de subvenciones extranjeras que le informe de las concentraciones que pretenda llevar a cabo o las ofertas que va a presentar en licitaciones públicas, durante un determinado periodo de tiempo.

La Comisión está facultada para imponer multas o multas coercitivas en los casos en que una empresa incumpla las medidas correctoras, no se facilite la información solicitada de manera oportuna o ésta sea incompleta, incorrecta o engañosa.



El incumplimiento de una decisión de la Comisión en las que se establezcan las medidas correctoras para subsanar la distorsión en el mercado o el incumplimiento de las obligaciones de notificación puede suponer la imposición de multas que pueden ascender hasta el 10% de la facturación anual. Como es habitual en los procedimientos de competencia, la Comisión podrá enviar requerimientos de información a las empresas investigadas o a terceros para obtener un mejor conocimiento sobre las subvenciones otorgadas, así como efectuar inspecciones. Se prevén multas coercitivas que pueden suponer hasta el 1% del volumen de negocios total en caso de no atender a los requerimientos de la Comisión, aportar información incorrecta o engañosa o dificultar la labor inspectora de la Comisión. Asimismo, cada día de retraso en la aportación de información correcta puede suponer una multa periódica de hasta el 5% del volumen de negocios diario por cada día de retraso.

5. Futuras directrices y actos de Ejecución

Se prevé la adopción por la Comisión de actos de ejecución, por ejemplo, relativos a los formularios de notificación, detalles de procedimiento, plazos etc. Como es habitual, una vez que la Comisión adquiera experiencia de la ejecución y la aplicación del Reglamento, es previsible que se publiquen unas directrices que complementen al mismo.

6. Calendario

El Reglamento entra en vigor el 12 de enero de 2023, pero será aplicable a partir del 12 de julio de 2023. Por su parte, el régimen de notificación de concentraciones y contratación pública será de aplicación obligatoria a las empresas a partir del 12 de octubre de 2023.

La Comisión también podrá investigar subvenciones extranjeras concedidas en

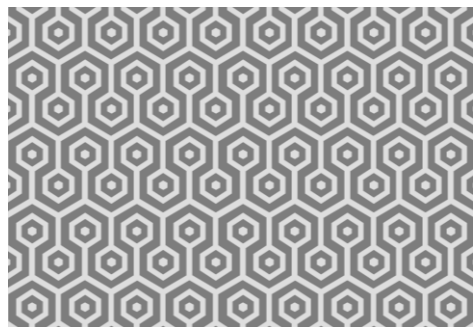
los cinco años anteriores a su fecha de aplicación, es decir, desde el 12 de julio de 2018.

7. Conclusiones y Recomendaciones

El Reglamento otorga nuevos poderes a la Comisión para analizar e imponer restricciones a las subvenciones extranjeras otorgadas a empresas que operan en la UE. En el ámbito de las operaciones de concentración introduce una obligación de notificación adicional (a la de competencia y de control de inversiones extranjeras) que puede impactar en las condiciones y fecha de cierre de la transacción. En la contratación pública, puede influir en los criterios de adjudicación de los contratos y exige la inclusión de nuevas medidas de cumplimiento para las empresas receptoras de subvenciones extranjeras.

Es aconsejable que las empresas que contraten con la Administración así como los fondos de inversión y empresas que tengan previsto llevar a cabo operaciones de fusión, compraventa de empresas o creación de joint-ventures ejecuten en los próximos meses las siguientes acciones:

- Determinar si son perceptores de subvenciones extranjeras y contribuciones financieras, su importe e incidencia en el mercado interior. Debe tenerse presente que este análisis se efectuará a nivel grupo de empresa y que puede tener un impacto especialmente relevante cuando en la empresa participa un fondo soberano. No debe olvidarse hacer extensivo este análisis a los proveedores y subcontratistas principales. En su caso, se deberán definir las nuevas cargas administrativas que les genera esta norma y establecer un plan de acción para darles cumplimiento, causando las menores disrupciones posibles a sus operaciones.



- Valorar si sus competidores son perceptores de subvenciones extranjeras. En su caso, definir las ventajas que les reporta este nuevo régimen y establecer un plan de acción para sacarles el máximo partido. Las asociaciones empresariales de fabricantes españoles o europeos podrán jugar un papel de interlocutor de las demandas comunes del sector ante la Comisión en este ámbito.

En cualquier caso, uno de los mayores interrogantes que plantea esta norma es en qué medida los terceros Estados ajenos a la UE concedentes de las ayudas podrán levantar barreras que

dificulten la aplicación práctica de esta norma, así como las medidas recíprocas que podrían desencadenar. Esta potencial ausencia de cooperación de las empresas perceptoras o de los países terceros podría afectar a la calidad de los datos en base a los cuales la Comisión tomará sus decisiones. Igualmente podría dificultar las medidas de investigación, así como la efectiva recaudación de las multas o la aplicación de las medidas correctoras que eventualmente fueran impuestas. El Reglamento prevé la adopción de acuerdos bilaterales con los países terceros para solucionar estos potenciales conflictos