

Sonsoles Centeno, Inmaculada Vigón

El Reglamento (UE) 2022/2560, sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior

- Se trata de un instrumento novedoso que afecta en particular a las empresas que participen en transacciones y en procedimientos de contratación pública a partir del 12 de julio de 2023.
- Se establecen nuevas obligaciones de control para todas las empresas que reciban subvenciones de terceros Estados y nuevas obligaciones de notificación a partir de determinados umbrales.
- La autoridad responsable exclusiva es la Comisión Europea.
- La nota aborda los elementos principales del nuevo instrumento y sus implicaciones para las empresas que operan en la Unión Europea bajo el siguiente esquema: (i) Un instrumento novedoso y complejo que afecta en particular al M&A y a la contratación pública: ¿Cuál es la finalidad del Reglamento sobre subvenciones extranjeras?; (ii) ¿Qué es una subvención extranjera?; (iii) ¿Añade el Reglamento nuevas obligaciones para las operaciones de concentración?; (iv) ¿Cómo afecta a los procedimientos de contratación pública?; (v) Reglas comunes: ¿Qué poderes otorga a la Comisión Europea? y (vi) ¿Qué implicaciones tiene este Reglamento para las empresas?

I. Un instrumento novedoso y complejo que afecta en particular al M&A y a la contratación pública: ¿Cuál es la finalidad del Reglamento sobre subvenciones extranjeras?

1. El pasado 23 de diciembre de 2022 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (“DOUE”) el Reglamento (UE) 2022/2560 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (el “Reglamento”).
2. La finalidad de este nuevo Reglamento es la de crear un marco normativo a nivel de la UE que permita a la Comisión Europea evitar que las subvenciones o inyecciones financieras procedentes de terceros Estados distorsionen el mercado interior, alterando las condiciones de competencia dentro de dicho mercado.
3. El Reglamento se aplicará desde el 12 de julio de 2023, y aplicará a las subvenciones extranjeras concedidas en los tres años anteriores y, excepcionalmente, a las subvenciones extranjeras concedidas en los cinco años anteriores, cuando dichas subvenciones distorsionen el mercado interior después del 12 de julio de 2023¹.
4. El Reglamento afecta a las empresas públicas y privadas, y no solo a las empresas extranjeras que operan en la Unión Europea, sino a cualquier empresa con domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea.
5. Este nuevo régimen de supervisión complementa la política de control de ayudas de Estado derivada de los artículos 107 y 108 TFUE, y las obligaciones aquí contenidas se añaden a las

¹ Artículo 53 del Reglamento.

existentes en otras normativas “colindantes”, como es el control de concentraciones o la normativa de contratación pública. Tampoco debe confundirse este nuevo régimen con los regímenes de control de inversión extranjera directa (*Foreign Direct Investment* o FDI), cuyo objetivo –proteger actividades estratégicas– es diferente al del Reglamento, y se rige por la legislación nacional.

6. Se trata de un instrumento novedoso, necesario, por cuanto que trata de evitar que las ayudas procedentes de terceros Estados permitan favorecer a determinadas empresas, fragmentando el mercado interior y perjudicando, en último término, al consumidor.
7. Es también un instrumento complejo por cuanto que tendrá que interactuar con otras normas con objetivos parcialmente coincidentes, como es el Reglamento de control de concentraciones, o toda la normativa de contratación pública, por lo que se corre el riesgo de generar no solo más obligaciones de tipo formal, sino producir cierta confusión a la hora de su aplicación.
8. El Reglamento tiene una “vocación general” por cuanto pretende aplicarse a todos los sectores económicos, al establecer un marco armonizado para hacer frente a las distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras en el mercado interior. No obstante, concreta su acción en dos ámbitos diferenciados: (i) concentraciones y (ii) procedimientos de contratación pública.
9. El objetivo de esta nota es doble: (i) indicar los cambios a los que las empresas se pueden exponer, particularmente a la hora de abordar una transacción, o a la hora de participar en un procedimiento de contratación pública, y los nuevos poderes que se le otorgan a la Comisión Europea en general sobre las subvenciones extranjeras y (ii) llamar la atención sobre la posibilidad de hacer comentarios al Reglamento de ejecución que la Comisión Europea presentará a consulta pública en breve al amparo de su artículo 47, al objeto de limitar al máximo la carga administrativa a las potenciales partes notificantes, y al mismo tiempo garantizar que se cumpla con el objetivo final del Reglamento que es asegurar un verdadero “*level playing field*” para todas las empresas que participan en el mercado interior.

II. ¿Qué es una subvención extranjera?

10. El Reglamento define subvención extranjera como una contribución financiera², financiada por una entidad de un tercer país, ya sea una entidad pública o privada que distorsione el mercado interior.
11. El Reglamento define de manera muy amplia el concepto de “contribución financiera extranjera”, intenta concretar el supuesto de distorsión del mercado interior³, y lo completa con una lista de ejemplos que denomina “categorías de subvenciones extranjeras con mayores probabilidades de distorsionar el mercado interior”⁴.

² Podrá adoptar diferentes formas, indicadas en el artículo 3, apartado 2, del Reglamento, como la transferencia de fondos u obligaciones, como las aportaciones de capital, las subvenciones, los préstamos, las garantías de préstamos, los incentivos fiscales, la compensación de 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; o el suministro de bienes o servicios o su adquisición.

³ Se considerará que hay tal distorsión de acuerdo con el artículo 4 del Reglamento cuando sea probable la mejora de la posición competitiva de una empresa en el mercado interior o pueda verse perjudicada la competencia. Para valorar esta cuestión se tendrán en cuenta diversos elementos como el importe y naturaleza de la subvención, la situación de la empresa destinataria y de los mercados o sectores afectados, etc.

⁴ Previstas en el artículo 5, apartado 1, del Reglamento. Por ejemplo, las subvenciones concedidas a una empresa en dificultades, las subvenciones que adopten la forma de una garantía ilimitada, las subvenciones extranjeras que faciliten directamente una concentración o las que permitan a una empresa presentar una oferta indebidamente ventajosa.

12. No obstante, se debe indicar que el legislador ha dejado un amplio margen a la Comisión Europea, pues solo otorga criterios, sin constituir listas cerradas, que deberá aplicar teniendo en cuenta la finalidad última del instrumento. No obstante, no se debe olvidar que el criterio último interpretativo corresponde al Tribunal de Justicia, por lo que cabe anticipar un gran número de litigios en sus primeros años de aplicación práctica.
13. Ese margen resulta más evidente cuando el propio Reglamento habla de “prueba de sopesamiento” que deberá hacer la Comisión Europea, valorando los efectos negativos de la subvención extranjera en el mercado interior con sus efectos positivos, refiriéndose en particular a estos últimos como “objetivos estratégicos de la Unión Europea” entre los que se encuentra un elevado nivel de protección del medio ambiente y de las normas sociales o el fomento de la investigación y el desarrollo.
14. Se deben destacar, no obstante, dos datos objetivos que pueden otorgar cierta seguridad jurídica a las empresas: (i) Es poco probable la distorsión con el mercado interior cuando el importe total de una subvención extranjera a una empresa no exceda de 4 millones de euros⁵ y (ii) se exige toda subvención que no exceda del importe de ayuda de minimis tal y como lo recoge el Reglamento 1407/2013 durante cualquier período consecutivo de tres ejercicios (200.000 euros durante cualquier período de los tres ejercicios fiscales).

III. ¿Añade el Reglamento nuevas obligaciones para las operaciones de concentración?

15. El Reglamento añade de nuevas obligaciones para determinadas operaciones de concentración⁶.
16. Concretamente, están sujetas a una obligación de notificación las operaciones de concentración de acuerdo con los siguientes umbrales⁷:
 - (a) Que al menos una de las empresas de la concentración esté establecida en la UE y genere un volumen de negocios total en la Unión de 500.000.000 de euros como mínimo y;
 - (b) Que alguna de las empresas involucradas haya obtenido de terceros Estados, en los tres ejercicios anteriores a la celebración del acuerdo, al anuncio de la oferta pública o a la adquisición de una participación de control, contribuciones financieras combinadas superiores a 50.000.000 de euros.
17. No obstante, la Comisión Europea se reserva el derecho a pedir que se notifique cualquier operación de concentración antes de su ejecución cuando se sospeche que pueden haberse concedido subvenciones extranjeras a las empresas afectadas en los tres años anteriores.
18. El Reglamento distingue “dos fases” para los supuestos de notificación: (i) examen preliminar y eventualmente, (ii) investigación exhaustiva que terminará en una decisión con compromisos, o en una decisión de no formular objeciones o en una decisión por la que se prohíba la concentración.

⁵ No obstante, no se trata de una exención automática.

⁶ Artículos 19 a 26 del Reglamento.

⁷ Artículo 20, apartado 3, letras a) y b) del Reglamento.

19. Los plazos de tramitación de los procedimientos de investigación de la Comisión Europea para analizar la compatibilidad de este tipo de subvenciones, en el caso de operaciones de concentración, serán los siguientes⁸:
- (i) La Comisión Europea dispondrá de 25 días hábiles desde la recepción de la notificación para adoptar una decisión en la que determine, tras un examen preliminar, si inicia o no una investigación exhaustiva.
 - (ii) En caso de que se abra dicha investigación exhaustiva, la Comisión Europea dispondrá de 90 días hábiles (prorrogables en 20 días hábiles adicionales) para adoptar su decisión.
20. De no notificarse una concentración sujeta a esta obligación, o se ejecutase sin cumplir la obligación de dejarla en suspenso o en caso de haberse prohibido mediante decisión de la Comisión Europea, no solo se podrá exigir la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos para restablecer la situación previa u ordenar cualquier medida apropiada, sino que también las empresas podrán estar expuestas a sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios total del ejercicio anterior⁹.
21. Se trata de plazos armonizados a lo dispuesto en el Reglamento 139/2004.

IV. ¿Cómo afecta a los procedimientos de contratación pública?

22. El Reglamento se aplica a los procedimientos de contratación pública en los que hagan posible que un operador económico presente una oferta indebidamente ventajosa en relación con las obras, los suministros o los servicios objeto del contrato¹⁰. Estas disposiciones no incluyen el acceso de operadores económicos de terceros países al mercado de contratos públicos de la Unión Europea.
23. Los umbrales que determinan la obligación de notificación en relación con los procedimientos de contratación pública son los siguientes¹¹:
- (a) El valor estimado del contrato público, del acuerdo marco o de un contrato específico en el marco del sistema dinámico de adquisición, sin tener en cuenta el IVA, sea igual o superior a 250.000.000 de euros, y;
 - (b) El operador económico, sus filiales sin autonomía comercial, sus sociedades de cartera y en determinadas situaciones sus subcontratistas y proveedores principales,

8 Artículo 25 del Reglamento.

9 Artículo 26 del Reglamento.

10 En relación con el concepto de contrato o procedimiento de contratación pública hay que acudir al artículo 2, que define "contrato" como "en el contexto de los procedimientos de contratación pública se entenderá, salvo disposición en contrario, que el término abarca el concepto de un «contrato público» como se define en el artículo 2, punto 5, de la Directiva 2014/24/UE, el concepto de «contrato» como se define en el artículo 1, punto 2, de la Directiva 2009/81/CE y el concepto de «suministro, obras y servicios» como se define en el artículo 2, punto 1, de la Directiva 2014/25/UE, así como el concepto de «concesión» como se define en el artículo 5, punto 1, de la Directiva 2014/23/UE" y "procedimiento de contratación pública" como "a) cualquier tipo de procedimiento de adjudicación regulado por la Directiva 2014/24/UE para la celebración de un contrato público o por la Directiva 2014/25/UE para la celebración de un contrato de suministro, obras o servicios; b) un procedimiento de adjudicación de una concesión de obras o de servicios regulado por la Directiva 2014/23/UE; c) los procedimientos de adjudicación de contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2009/81/CE, a menos que hayan sido objeto de una excepción concedida por los Estados miembros en virtud del artículo 346 del TFUE; d) los procedimientos de adjudicación de contratos a que se refiere el artículo 10, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/23/UE, el artículo 9, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/24/UE o el artículo 20, apartado 1, letra a), de la Directiva 2014/25/UE".

No se incluyen en la regulación del capítulo 4 los "procedimientos de adjudicación de los contratos establecidos en el artículo 32, apartado 2, letra c), de la Directiva 2014/24/UE y en el artículo 50, letra d), de la Directiva 2014/25/UE", que estarán regulados por las disposiciones del capítulo 2 del Reglamento. Se refiere a los procedimientos negociado sin publicación previa por razones de urgencia imperiosa resultante de hechos que el poder adjudicador no haya podido prever.

11 Artículo 28 del Reglamento.

cuando estos participen en la misma licitación o contrato público; hayan recibido contribuciones financieras procedentes de un tercer país por un importe igual o superior a 4.000.000 de euros en los tres años financieros anteriores a la notificación.

- (c) En caso de que el contrato en cuestión se divida en lotes, se aplica una tercera condición; que el valor del lote o el valor acumulado de todos los lotes a los que se licita sea igual o superior a 125.000.000 de euros.
- 24.** No obstante, para aquellos no obligados a la notificación, el Reglamento prevé la obligación de todo operador económico de presentar una declaración con todas las contribuciones financieras extranjeras recibidas, confirmando que no están sujetos a la obligación de notificación¹². Asimismo, la Comisión Europea tiene derecho a examinar cualquier oferta de una entidad respecto de la que se sospeche haber recibido una contribución financiera de un tercer Estado antes de la adjudicación del contrato.
- 25.** Los plazos de tramitación de los procedimientos de investigación de la Comisión Europea para analizar la compatibilidad de este tipo de subvenciones, en el caso de procedimientos de contratación pública, serán los siguientes¹³:
- (i) La Comisión Europea dispondrá de un máximo de 20 días hábiles, prorrogables por otros 10 días hábiles, para llevar a cabo su examen preliminar.
 - (ii) En caso de que opte por abrir una investigación exhaustiva, la Comisión Europea dispondrá de 120 días hábiles a partir de la recepción de la notificación completa; pudiendo prorrogarse por 20 días hábiles en casos excepcionales. No se podrá adjudicar el contrato mientras la Comisión Europea no adopte la decisión pertinente o no hayan vencido los plazos establecidos¹⁴.
 - (iii) En casos de procedimientos de contratación con varias fases, se suspenderá el examen preliminar hasta la presentación de una oferta final, y comenzará entonces un nuevo plazo de 20 días hábiles. En caso de que se abra una investigación exhaustiva, el plazo máximo para adoptar una decisión será de 90 días hábiles a partir de la presentación de la notificación actualizada¹⁵.
- 26.** Las empresas concernidas que, deliberadamente o por negligencia, no hayan notificado las contribuciones financieras extranjeras o eludan o intenten eludir los requisitos de notificación fijados por el Reglamento, estarán expuestas a sanciones de hasta el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio financiero anterior¹⁶.
- 27.** La eficacia de este Reglamento en los procedimientos de contratación pública dependerá en gran medida de las denuncias que puedan presentar los competidores y de la cooperación que exista con los poderes adjudicadores. Asimismo, esta nueva obligación de notificación en el seno de un procedimiento de contratación, si no se gestiona adecuadamente, puede llegar a alargar los procedimientos de contratación en detrimento de las necesidades del poder adjudicador.

¹² Artículo 29, apartado 1, del Reglamento.

¹³ Artículo 30 del Reglamento.

¹⁴ Artículo 32, apartado 2 del Reglamento.

¹⁵ Artículo 30, apartado 6 del Reglamento.

¹⁶ Artículo 32 del Reglamento.

V. Reglas comunes: ¿Qué poderes otorga a la Comisión Europea?

28. El Reglamento hace descansar exclusivamente en la Comisión Europea la aplicación de este instrumento dotándole de potestades de coerción que garanticen la vigilancia y el cumplimiento por parte de las empresas. Entre ellos:
- (a) Llevar a cabo exámenes de oficio.
 - (b) Enviar requerimientos de información.
 - (c) Adoptar medidas cautelares.
 - (d) Abrir investigaciones exhaustivas.
 - (e) Llevar a cabo inspecciones tanto dentro como fuera del territorio de la UE.
 - (f) Imponer multas o medidas coercitivas.
29. Dentro del marco de una investigación, la Comisión Europea podrá adoptar distintos tipos de decisiones¹⁷, como la decisión de no formular objeciones; las decisiones con compromisos, en las que la Comisión Europea acepta los compromisos realizados por la empresa beneficiaria de la subvención; las decisiones con medidas correctoras (“*remedies*”); o, incluso, las decisiones de adopción de medidas cautelares¹⁸.
30. En el caso de que la decisión de la Comisión Europea acuerde la adopción de compromisos o la imposición de medidas correctoras, se exige que sean tales compromisos o medidas correctoras sean proporcionados y eficaces para resolver plenamente la distorsión generada por la subvención. Estas medidas pueden consistir en:
- (i) La reducción de la capacidad productiva o de la presencia en el mercado.
 - (ii) Una restricción temporal de la actividad comercial.
 - (iii) La prohibición de realizar determinadas inversiones.
 - (iv) La divulgación de los resultados de investigación y desarrollo.
 - (v) La cesión de determinados activos.
 - (vi) La obligación de que las empresas disuelvan la concentración en cuestión.
 - (vii) El reembolso de la subvención extranjera, con inclusión de los intereses al tipo oportuno, calculado de conformidad con el método establecido en el Reglamento 794/2004¹⁹.
 - (viii) La obligación de que las empresas afectadas adapten su estructura de gobernanza.
31. Finalmente, además de las disposiciones sobre multas, se incluyen una serie de disposiciones generales como el diálogo con terceros países²⁰, plazos de prescripción²¹,

¹⁷ Artículo 11 del Reglamento.

¹⁸ Únicamente en relación con procedimientos de concentración y cuando existan indicios suficientes de la existencia de una subvención extranjera que distorsiona el mercado interior y exista un riesgo de perjuicio grave e irreparable para la competencia del mercado interior.

¹⁹ Reglamento de la Comisión Europea (CE) 794/2004, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, DOUE L 140 de 30.4.2004, p.1.

²⁰ Artículo 37 del Reglamento.

²¹ Artículo 38 del Reglamento.

o la publicación de las decisiones²² que complementan el nuevo régimen con la idea de garantizar el derecho de defensa de las empresas concernidas en las investigaciones que se inicien y garantizar la coherencia de la política de ayudas de Estado dentro de la UE y la política comercial con terceros Estados.

VI. ¿Qué implicaciones tiene este Reglamento para las empresas?

32. La aprobación del Reglamento pretende cubrir una laguna en la política de competencia de la Unión Europea, que no podía controlar la ayuda pública derivada de terceros Estados que tenían impacto en el mercado interior de la UE.
33. Se trata, pues, de un instrumento positivo si bien su eficacia dependerá de la aplicación que realice la Comisión Europea, que tiene un reto por delante al hacer recaer sobre la misma toda la supervisión, sin cooperación alguna, en principio, de las autoridades nacionales.
34. Sin embargo, este mecanismo adicional de protección aumentará la carga administrativa de las empresas, pudiendo dificultar en cierta medida su dinamismo en la actividad económica. Así, las empresas tendrán que incrementar sus procedimientos de verificación y gestión de información interna, lo que requerirá una adecuada preparación por parte de empresas y autoridades para evitar un retraso indeseado en las operaciones de concentración o procedimientos de contratación pública, que supongan un lastre en la actividad económica.
35. Finalmente, no se debe olvidar la incertidumbre que genera todo nuevo instrumento normativo, por lo que será importante no solo vigilar por que la Comisión Europea realice una aplicación rigurosa, sino que las empresas pueden colaborar en la correcta aplicación de cinco formas:
 - (i) **Aportando** comentarios en la consulta pública al nuevo instrumento de ejecución que se presentará en breve.
 - (ii) **Anticipándose**, mediante el estudio del instrumento y en particular, el concepto de “subvención extranjera”, analizando su posible impacto en la actividad de la empresa. Así, se debería comprobar si han recibido subvenciones públicas de terceros Estados dentro de los tres años anteriores a la fecha en que se inicia la aplicación del Reglamento.
 - (iii) **Incorporando** en las diferentes transacciones y en la participación de los procedimientos de contratación pública, el análisis de impacto de las posibles subvenciones de terceros Estados, preparando la documentación en tal sentido.
 - (iv) **Denunciando** ante la Comisión Europea posibles subvenciones extranjeras que puedan beneficiar a otras empresas dentro de la Unión Europea.
 - (v) **Recurriendo** ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en caso de disconformidad con las decisiones de la Comisión Europea. Los primeros casos ante el Tribunal de Justicia marcarán el criterio de interpretación fundamental del nuevo Reglamento.

²² Artículo 40 del Reglamento.

CONTACTOS



Sonsoles Centeno
Socia de Derecho de la Unión Europea
y Competencia
scenteno@perezllorca.com
T: +32 (0) 2 79 67 51

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 9 de enero de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

