



# Las subvenciones extranjeras, bajo la lupa de la UE

Mayo 2021

La Comisión Europea propone nuevas herramientas para corregir las distorsiones que puedan causar en el mercado interior las subvenciones de entidades no pertenecientes a la UE

## Lectura rápida

La Comisión Europea (CE) está impulsando nuevas herramientas legislativas para hacer frente a las distorsiones que puedan causar en el mercado interior aquellas empresas que se benefician de subvenciones de entidades no pertenecientes a la UE (**subvenciones extranjeras**). El 5 de mayo de 2021 se publicó un proyecto de Reglamento sobre las subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior (**el proyecto de Reglamento**). Si bien estas nuevas herramientas pretenden proteger la igualdad de condiciones en el mercado interior de la UE, podrían tener serios efectos en las empresas extranjeras activas en la UE.

## Cerrar la brecha de las subvenciones extranjeras

En el Libro Blanco publicado el 17 de junio de 2020, la CE abrió un debate público acerca de la adopción de nuevas herramientas legislativas para hacer frente a las distorsiones del mercado interior que puedan causar aquellas empresas que se benefician de subvenciones extranjeras (véase nuestra [alerta](#) sobre el Libro Blanco). La CE ponía de manifiesto varios ejemplos de posibles distorsiones (e.g. facilitar la adquisición de empresas europeas, influir en otras decisiones de inversión o incluso en el comportamiento de mercado de sus beneficiarios). Esto, según la CE, contrasta con las rigurosas normas de control de las ayudas concedidas por los Estados miembros de la UE, que evitan cualquier forma de apoyo que pueda obstaculizar la competencia en el mercado interior de la UE, salvo en muy limitadas circunstancias. La CE también consideró en el Libro Blanco que el marco legislativo actual no resulta adecuado para proteger los intereses europeos porque ninguno de los instrumentos legales disponibles aborda adecuadamente la problemática de las subvenciones extranjeras. Las normas de defensa de la competencia y de control de concentraciones se centran en el bienestar del consumidor, mientras que los regímenes nacionales de control de inversiones extranjeras (incluido el marco de control común de la UE) abordan el riesgo de amenazas a la seguridad y el orden público.

Por otra parte, los instrumentos de política comercial de la UE, incluidas las normas de competencia desleal y de ayudas de Estado, así como la legislación de la OMC, presentan considerables limitaciones.

Por lo tanto, el Libro Blanco propuso diferentes instrumentos dirigidos al control de subvenciones extranjeras que puedan distorsionar el mercado interior en el contexto de la adquisición de empresas, de procedimientos de contratación pública o de acceso a programas financiados por la UE, así como un instrumento “general” referido a todos los demás riesgos que puedan distorsionar el comportamiento del mercado.

La CE recibió 150 aportaciones en respuesta a la consulta pública sobre el Libro Blanco. Según la CE, una gran mayoría de las respuestas de los encuestados en la UE mostraban un claro apoyo a la intervención frente a las subvenciones extranjeras y, en general, apoyaban ampliamente las propuestas establecidas en el Libro Blanco (como era de esperar, los encuestados de fuera de la UE mostraban un entusiasmo menor). La CE también indicó que existe un creciente consenso en los Estados miembros de la UE para adoptar herramientas normativas que permitan examinar y corregir las posibles distorsiones causadas por las subvenciones extranjeras.

El proyecto de Reglamento, si bien sigue con carácter general el marco propuesto en el Libro Blanco, reduce ligeramente el ámbito de intervención inicialmente previsto en relación a las subvenciones extranjeras y aclara algunos de los conceptos sustantivos y de procedimiento más controvertidos.

### ¿Qué son las subvenciones extranjeras de carácter distorsionador?

El proyecto de Reglamento define de forma muy amplia las subvenciones extranjeras. De forma similar a la definición de las normas europeas sobre ayudas de Estado, una subvención extranjera puede ser cualquier forma de contribución financiera que confiera un beneficio a una empresa que realice una actividad económica en el mercado interior de la UE y que se limite, de hecho o de derecho, a una empresa o industria individual o a varias empresas o industrias. El proyecto de Reglamento proporciona una lista de las contribuciones financieras que entran dentro de ese ámbito, incluida la transferencia de fondos o pasivos (como inyecciones de capital, subvenciones, préstamos, garantías de préstamos, incentivos fiscales, compensación de pérdidas operativas, compensación por cargas financieras impuestas por autoridades públicas, condonación de deudas, canjes de deuda por acciones o reprogramaciones), la renuncia a ingresos que de otro modo se devengarían, o la provisión o compra de bienes o servicios.

El proyecto de Reglamento también aclara que se considerarán subvenciones extranjeras aquellas otorgadas por un Estado extranjero (incluyendo tanto la administración central como la local), entidades públicas extranjeras (incluidas las empresas de propiedad estatal) o incluso cualquier entidad privada cuyas acciones puedan atribuirse a un gobierno central o local extranjero.

Ahora bien, no todas las subvenciones extranjeras se considerarían automáticamente de carácter distorsionador. De acuerdo con el proyecto de Reglamento, se consideraría que existe una distorsión en el mercado interior de la UE cuando una subvención extranjera pueda mejorar la posición competitiva del beneficiario en el mercado interior y cuando, al hacerlo, afecte -real o potencialmente- de forma negativa a la competencia en dicho mercado. Esta evaluación se basa en una serie de factores, como el monto y la naturaleza de la subvención, la situación de la empresa y el mercado en cuestión, así como el propósito y las condiciones vinculadas a la subvención extranjera y su uso en el mercado interior. Por lo tanto, será necesario un análisis caso por caso de las circunstancias pertinentes, aunque el proyecto de Reglamento enumera ciertas categorías de subvenciones extranjeras cuyo efecto más probable es que tengan carácter distorsionador (como el apoyo directo para facilitar una concentración o garantías ilimitadas para las deudas o responsabilidades del receptor).

Por último, y lo que es más importante, el proyecto de Reglamento prevé un test de equilibrio (originalmente denominado “prueba de intereses de la UE” en el Libro Blanco) para evaluar si los efectos negativos de una subvención extranjera se ven compensados por los efectos positivos en el desarrollo de la actividad económica pertinente.

Asimismo, la CE aplicará un test de equilibrio a la hora de decidir si impone medidas (o acepta los compromisos que pueda proponer el receptor de la subvención) para eliminar la distorsión en el mercado interno causada por

una subvención extranjera. Al igual que la postura de la CE en relación a las medidas contempladas en el Reglamento (CE) No 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (el **Reglamento de control de concentraciones**), estas medidas pueden ser estructurales (por ejemplo, la venta de determinados activos) o de comportamiento (por ejemplo, otorgando acceso a una infraestructura o autorizando, bajo condiciones FRAND, la explotación de los activos adquiridos con la ayuda de subvenciones extranjeras, o absteniéndose de realizar ciertas inversiones). También se considerará una medida correctiva válida el compromiso de reembolsar las subvenciones recibidas al tercer país que las concedió, siempre que la CE pueda verificar que el reembolso es efectivamente eficaz y transparente.

## Un nuevo régimen de notificación de concentraciones

Las empresas multinacionales ya están familiarizadas con el régimen de control de concentraciones de la CE conforme a lo dispuesto en el Reglamento de control de concentraciones. El proyecto de Reglamento propone establecer un nuevo régimen para determinadas transacciones respaldadas por subvenciones extranjeras. Las notificaciones bajo este nuevo régimen serían independientes y se ejecutarían en paralelo a cualquier otra notificación necesaria conforme al Reglamento de control de concentraciones o los mecanismos de control de inversión extranjera de la UE<sup>1</sup> o exigible, en su caso, bajo la normativa de los Estados miembros (en particular, en materia de control de concentraciones o de control de inversiones extranjeras).

El Libro Blanco proponía una amplia gama de opciones sobre cómo desarrollar el mecanismo de control de las subvenciones extranjeras en el marco de una concentración y preveía introducir varios conceptos nuevos. Afortunadamente, los conceptos utilizados por el proyecto de Reglamento están en su mayor parte estrechamente alineados con los del Reglamento de control de concentraciones, en particular cuando se define la naturaleza de las transacciones que podrían ser incluidas en el nuevo régimen. Las reglas de procedimiento y los plazos también son muy similares a los previstos en el Reglamento de control de concentraciones.

Resumidamente, el proyecto de Reglamento tiene la intención de implementar una nueva obligación de notificación previa a la CE para aquellas concentraciones en las que el volumen de negocios de la empresa objetivo en la UE supere los 500 millones de euros y la subvención extranjera supere los 50 millones de euros.

Al igual que en el Reglamento de control de concentraciones, una concentración se define como la adquisición del control de otra empresa, incluyendo la creación de empresas en participación que gocen de plenas funciones. Por otra parte, las reglas sobre el cálculo del volumen de negocios son idénticas a las aplicables en virtud del Reglamento de concentraciones.

El proceso de revisión se llevaría a cabo en dos etapas:

### Revisión preliminar

---

Las partes de una concentración que cumpla los umbrales antes indicados estarían obligadas a su notificación. Sin embargo, el proyecto de Reglamento no establece qué información deberá proporcionarse a la CE, aunque es de esperar que un reglamento de desarrollo facilite un formulario de notificación similar al Formulario CO previsto en el Reglamento de control concentraciones. No se permitiría la ejecución (cierre) de la transacción durante un periodo de 25 días hábiles desde la recepción de la notificación completa, periodo tras el cual la CE podría llegar a la conclusión de que no hay subvención extranjera, ni indicios de una distorsión real o potencial del mercado interior. En estos casos, la CE cerraría la revisión preliminar y la empresa en cuestión podría ejecutar válidamente la transacción. Alternativamente, la CE podría llegar a la

<sup>1</sup> El Reglamento (UE) 2019/452 por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la UE establece que, al determinar si es probable que una inversión extranjera afecte a la seguridad o al orden público, los Estados miembros y la CE pueden tener en cuenta, entre otras cosas, que el inversor extranjero esté controlado directa o indirectamente por el gobierno, incluidos los organismos estatales o las fuerzas armadas, de un tercer país, incluso a través de una estructura de propiedad o una financiación significativa. Así pues, los regímenes nacionales de IED (por ejemplo, en Alemania) ya exigen que se facilite información sobre las subvenciones extranjeras. Será fundamental garantizar que la evaluación con arreglo a las normas de IED a nivel nacional y la evaluación de la CE con arreglo al proyecto de Reglamento, estén debidamente alineadas.

conclusión de que existen motivos suficientes para iniciar una investigación en profundidad, en los términos que se indican a continuación.

### **Investigación en profundidad**

---

El plazo de una investigación en profundidad sería de 90 días hábiles adicionales, sujeto a posibles ampliaciones de (i) hasta 20 días hábiles si las partes o la CE así lo solicitan; y (ii) 15 días hábiles si las partes proponen compromisos. Al final de la investigación, la CE podría constatar que la transacción únicamente es posible debido a la subvención y, por lo tanto, que esta afecta negativamente a la competencia en el mercado interior. En tal caso, la CE podría condicionar la ejecución de la transacción al cumplimiento de compromisos estructurales y/o de comportamiento (incluido el reembolso de las subvenciones recibidas). Si no se proponen compromisos, o se consideran insuficientes, la CE prohibiría la transacción. Por el contrario, también es posible que la transacción sea autorizada incondicionalmente en el caso de que (i) durante la investigación en profundidad no se constaten los posibles efectos distorsionadores que se anticipaban en la revisión preliminar; o (ii) estos sean compensados por los efectos positivos de la transacción.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el proyecto de Reglamento puede conllevar la imposición de multas considerables, que pueden ascender hasta el 10% del volumen de negocios si no se notifica la transacción o si esta se ejecuta antes de que hayan expirado todos los plazos pertinentes o de que la CE la haya autorizado expresamente.

Por último, cabe destacar que aquellas transacciones que no alcancen los umbrales de volumen de negocios antes indicados también podrían quedar sujetas al escrutinio de la CE. En efecto, el proyecto de Reglamento prevé que la CE pueda exigir que se notifique cualquier transacción antes de que sea ejecutada si sospecha que una de las empresas involucradas puede haber recibido subvenciones extranjeras en los tres años anteriores.

### **Notificación de subvenciones en los procedimientos de contratación pública**

La CE también está preocupada por el riesgo de distorsión en los procedimientos de contratación pública, toda vez que empresas que reciben subvenciones extranjeras podrían presentar ofertas indebidamente ventajosas que las empresas de la UE no estarían en situación de igualar. Para hacer frente a este riesgo, el proyecto de Reglamento prevé una herramienta de investigación basada en la notificación de ofertas que tengan lugar en licitaciones públicas cuyo presupuesto sea superior a 250 millones de euros.

En la práctica, al presentar una oferta o una solicitud para participar en una licitación pública, las empresas tendrían que notificar a la autoridad contratante todas las contribuciones financieras extranjeras recibidas en los tres años anteriores o declarar que no han recibido ninguna contribución extranjera en dicho periodo. Las empresas que no lo hagan no podrían resultar adjudicatarias de la licitación. Una vez recibida la notificación, la autoridad contratante transmitiría la información a la CE y no adjudicaría la licitación hasta que la CE no haya llegado a una opinión.

Desde que recibe la información, la CE tendría un plazo de 60 días para llevar a cabo una revisión preliminar y, si fuera necesario llevar a cabo una investigación en profundidad, el plazo podría extenderse 140 días adicionales para adoptar una decisión final. No obstante, estos plazos podrían prorrogarse previa consulta con la autoridad contratante. Tras su investigación, la CE podría adoptar una decisión condicional, sujeta a que la empresa licitadora se comprometa a tomar medidas correctivas que eliminen total y efectivamente la distorsión en el mercado interior. En ausencia de tales compromisos, la CE podría prohibir la adjudicación del contrato a la empresa.

En virtud del proyecto de Reglamento, la CE también podría solicitar a cualquier empresa que notifique, en cualquier momento antes de la adjudicación de la licitación e independientemente de su valor, si sospecha que puede haberse beneficiado de subvenciones extranjeras durante los últimos tres años.

## Revisión de oficio de las subvenciones extranjeras

Con carácter adicional a los regímenes de notificación obligatoria antes explicados, el proyecto de Reglamento también establece que la CE tendría derecho a investigar, por iniciativa propia, cualquier sospecha de que subvenciones extranjeras puedan estar distorsionando el mercado interior. Es importante destacar que esta potestad puede afectar incluso a concentraciones o procedimientos de contratación pública que no fueran inicialmente necesario notificar conforme a los regímenes expuestos previamente.

Contrariamente a lo que se propuso inicialmente en el Libro Blanco, la CE tendría competencia exclusiva para examinar las subvenciones extranjeras; mientras que los Estados miembros no tendrían derecho a hacerlo. Sin embargo, los Estados miembros pueden desempeñar un papel importante poniendo en conocimiento de la CE aquellos casos que pudieran ser relevantes. De igual modo, también es probable que los competidores sean una fuente importante de denuncias. El hecho de que la CE pueda iniciar una investigación hasta diez años después de la concesión de una subvención aumenta significativamente este riesgo.

Desde una perspectiva procedimental, las revisiones de oficio seguirían el mismo modelo que el procedimiento de revisión antes visto. Es decir, la CE realizaría primero una revisión preliminar y, posteriormente, en caso de ser necesario, procedería a una investigación en profundidad. Sin embargo, una diferencia importante es que en las revisiones de oficio la CE no estaría sujeta a límite de tiempo alguno.

Para llevar a cabo tanto la revisión preliminar como la investigación en profundidad, la CE tendría derecho a solicitar información tanto a las empresas interesadas como a otras partes. La CE también tendría derecho a realizar inspecciones domiciliarias tanto dentro como fuera de la UE. La falta de cooperación con la CE podría dar lugar a multas importantes. Cabe añadir que estas herramientas de investigación también estarían disponibles en los procedimientos de control de subvenciones extranjeras en el marco de concentraciones y licitaciones públicas.

## Próximos pasos

El proyecto de Reglamento seguirá ahora el proceso legislativo. Su adopción final requerirá el acuerdo del Parlamento Europeo y de los Estados miembros.

Si bien es previsible que se introduzcan enmiendas al texto, parece probable que el proyecto de Reglamento se apruebe formalmente a la luz del creciente apoyo en la UE a una respuesta más firme frente a aquellas subvenciones que socavan la igualdad de condiciones en el mercado interior de la UE. Como señaló la Vicepresidenta Ejecutiva de la CE, Margrethe Vestager, responsable tanto de la política de competencia como del clúster “Europe Fit for the Digital Age”, el 5 de mayo de 2021, *“La apertura del mercado único es nuestro mayor activo. Pero la apertura requiere justicia. Durante más de 60 años, hemos tenido un sistema de control de ayudas estatales para evitar carreras de subvenciones entre nuestros Estados miembros. Y hoy estamos adoptando una propuesta para abordar también las subvenciones con efecto distorsionador otorgadas por países no pertenecientes a la UE. Es de suma importancia garantizar la igualdad de condiciones en estos tiempos difíciles para apoyar la recuperación de la economía de la UE”*.

Las empresas multinacionales deberían prepararse para un ámbito regulatorio más intenso en la UE en los años venideros. De hecho, el proyecto de Reglamento es solo una de las múltiples iniciativas emprendidas en la UE para regular en mayor medida el mercado interior. Junto con las reglas sobre control de inversiones extranjeras, la expansión del Reglamento de control de concentraciones a transacciones que anteriormente no resultaban notificables (vía remisiones de las autoridades nacionales de competencia bajo el artículo 22 del Reglamento de control de concentraciones), las nuevas obligaciones de información en virtud de la propuesta Ley de Mercado Digital, el proyecto de Reglamento reforzará la necesidad de que las empresas evalúen cuidadosamente de antemano las autorizaciones necesarias (o incluso recomendables) para operar en el mercado interior europeo.

## Información de contacto



**Antonio Martínez**  
Socio  
Tel +34 91 782 9952  
antonio.martinez@allenoverly.com



**Jaime Rodríguez**  
Counsel  
Tel +34 91 782 9808  
jaime.rodriguez@allenoverly.com



**Enrique Ferrer**  
Asociado sénior  
Tel +34 91 782 9712  
enrique.ferrer@allenoverly.com



**Aixa Pol**  
Asociada  
Tel +34 91 782 9762  
aixa.pol@allenoverly.com

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy LLP is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority of England and Wales.

The term partner is used to refer to a member of Allen & Overy LLP or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications or an individual with equivalent status in one of Allen & Overy LLP's affiliated undertakings. A list of the members of Allen & Overy LLP and of the non-members who are designated as partners is open to inspection at our registered office at One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2021. This document is for general guidance only and does not constitute advice. |