

La Comisión Europea publica su propuesta de reglamento sobre subvenciones extranjeras

Miguel Troncoso Ferrer

Socio director de la oficina de Bruselas

Área de Competencia y de la Unión Europea de GA_P

Laura Lence de Frutos

Técnica *paralegal*, oficina de Bruselas

Área de Competencia y de la Unión Europea de GA_P

Con vistas a paliar las distorsiones de competencia que pudieran producir en el mercado interior las subvenciones extranjeras, la Comisión Europea acaba de adoptar una propuesta de reglamento en el que prevé diferentes medidas de control, como un nuevo régimen de control de concentraciones o de participación de las beneficiarias de las subvenciones en licitaciones europeas.

La Comisión Europea (en adelante, la «Comisión») ha publicado el 5 de mayo del 2021 una propuesta de reglamento para hacer frente a los posibles efectos distorsionadores de las subvenciones extranjeras en el mercado interior (la «propuesta»).

1. Contexto

En materia de ayudas de Estado, el Derecho de la Unión prevé que las ayudas concedidas por los Estados miembros a) están prohibidas si pueden distorsionar la competencia y afectar al mercado interior y b) sólo pueden otorgarse si han sido autorizadas previamente por la Comisión.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

Por definición, las subvenciones otorgadas por terceros Estados escapan a esta regla; la Comisión lo considera una brecha reglamentaria en el mercado interior, ya que también pueden provocar distorsiones de competencia. La Comisión considera que es necesario tomar medidas para paliar estas posibles distorsiones.

La Comisión publicó en junio del 2020 un libro blanco en el que exploraba posibles medidas para remediar esta diferencia de tratamiento¹ y organizó una consulta pública al respecto hasta el 23 de septiembre del 2020.

2. Objeto de la propuesta

La propuesta tiene por objeto, por una parte, identificar las subvenciones extranjeras que pueden distorsionar la competencia en el mercado interior y, por otra, adoptar las medidas oportunas para que esta distorsión no tenga lugar.

Para que una medida sea calificada de subvención extranjera en el sentido de la propuesta, deben concurrir tres condiciones cumulativas cuyo examen será competencia exclusiva de la Comisión: a) tiene que haber una contribución financiera *otorgada*, directa o indirectamente, *por las autoridades públicas de un tercer país*; b) dicha contribución tiene que otorgar una *ventaja* a una empresa que ejerza una actividad económica en el mercado interior, y c) deben beneficiarse de la contribución *exclusivamente una o varias empresas*. Estos requisitos nos recuerdan a la definición de ayuda de Estado (art. 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

La primera condición, la noción de contribución financiera (y, por tanto, de subvención extranjera), es extremadamente amplia y cubre no sólo inyecciones en numerario, sino también préstamos a coste inferior al del mercado, garantías ilimitadas, subvenciones a la exportación, etc. En definitiva, esta noción se inspira en buena medida en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial del Comercio.

Una vez que la Comisión establece la existencia de una subvención extranjera, ha de estudiar si ésta distorsiona la competencia en el mercado interior. Contrariamente a lo que acontece con las ayudas de Estado, no existe una prohibición general de subvenciones extranjeras; la Comisión ha de tener en cuenta ciertos indicadores, como la cuantía y la naturaleza de la subvención, su finalidad y las condiciones en que se ha otorgado. Así, por ejemplo, la Comisión considera que las subvenciones por un importe menor de cinco millones de euros no distorsionan la competencia.

A la hora de evaluar la compatibilidad de las subvenciones con el mercado interior, la Comisión puede tener en cuenta los efectos positivos que éstas entrañan. Sin embargo, aunque la propuesta no detalla en qué pueden consistir estos efectos, el Libro Blanco nos da pistas

¹ Lo contamos en <https://www.ga-p.com/blog/libro-blanco-de-la-comision-sobre-control-de-subvenciones-extranjeras>.

al hablar de objetivos de políticas de la Unión como la creación de empleo, la protección del medioambiente, la transformación digital, la seguridad o el orden público.

3. Instrumentos de control

La propuesta establece tres instrumentos para el control de las subvenciones extranjeras: uno general, no sujeto a obligación de notificación previa (control *ex post*), y dos instrumentos específicos de control *ex ante* (concentraciones y licitaciones públicas).

3.1. El instrumento general (control *ex post*)

La propuesta permite a la Comisión investigar subvenciones superiores a cinco millones de euros concedidas a lo largo de tres años. El periodo susceptible de investigación comenzaría diez años atrás, contados retroactivamente a la entrada en vigor del reglamento. La Comisión podrá iniciar investigaciones por iniciativa propia (*ex officio*) examinando la información recibida de cualquier fuente que considere fiable.

A lo largo de la investigación, la Comisión podrá requerir toda información que estime necesaria y efectuar inspecciones en la Unión o en terceros países (en ese caso, las compañías que estén siendo investigadas y el Gobierno del tercer país afectado tendrán que dar su consentimiento). La Comisión dispondría de los mismos poderes de investigación en el marco de las otras dos herramientas específicas.

Si la Comisión estima que una subvención distorsiona la competencia en el mercado interior, podrá imponer medidas correctoras, que pueden ser de comportamiento o estructurales —como la venta por la empresa beneficiaria de determinados activos—. Asimismo, la empresa investigada puede ofrecer compromisos para disipar las dudas de la Comisión en cuanto a la distorsión de competencia que pudiera producir la subvención. Por ejemplo, la propuesta menciona la devolución de las subvenciones recibidas, junto con intereses, siempre y cuando se realice de manera transparente y efectiva.

La Comisión puede igualmente abrir investigaciones de mercado para un sector económico completo si sospecha que existen subvenciones distorsionadoras en el sector. La información recabada en la investigación sectorial le permitirá investigar a empresas concretas.

3.2. Los instrumentos específicos (control *ex ante*)

a) Control de concentraciones

Deberán notificarse a la Comisión las concentraciones en que el volumen de negocios en la Unión de la empresa que vaya a adquirirse sea superior a quinientos

millones de euros y las empresas afectadas hayan recibido una subvención extranjera de, al menos, cincuenta millones de euros en los tres años anteriores a la notificación.

La propuesta se asemeja al mecanismo establecido por el Reglamento de Concentraciones. Así, si se alcanzan los umbrales, se habrá de notificar la operación a la Comisión antes de ejecutarla. Si las empresas concernidas no cumplen su obligación de notificación, la Comisión puede investigar la operación igualmente (en ese caso, no está sujeta a los plazos de investigación establecidos en la propuesta; véase *infra*). Asimismo, si la Comisión sospecha que las entidades afectadas se han beneficiado de subvenciones extranjeras en los tres años previos a la operación planeada, puede exigir que le notifiquen la transacción, aunque no se alcancen los umbrales.

Los plazos de investigación de la Comisión son idénticos a los del Reglamento de Concentraciones: veinticinco días hábiles para analizar la operación (fase 1) y noventa días hábiles si decide abrir una investigación en profundidad (fase 2). La fase 2 puede ser extendida con quince días adicionales en caso de que las partes ofrezcan compromisos.

Tras la investigación en profundidad, la Comisión puede a) autorizar la concentración, b) autorizarla con compromisos, o c) prohibirla.

Por otra parte, si la concentración ha sido ejecutada sin haber sido notificada previamente, la Comisión puede requerir a las empresas que la disuelvan u ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que se restablece la situación previa.

Cabe plantearse cuál es la relación entre la propuesta y el régimen de control de concentraciones. Si bien es cierto que la propuesta simplemente menciona que se aplica sin perjuicio del reglamento de control de concentraciones, los umbrales establecidos por ambos instrumentos pueden alcanzarse a la vez. La propuesta no aclara si, en tales situaciones, deben efectuarse dos notificaciones al mismo tiempo o si una de las dos prevalece, lo que sería lógico. El Libro Blanco sugiere que las dos notificaciones y eventuales evaluaciones se tramitarán en paralelo y de manera independiente una de la otra en el contexto de sus respectivos instrumentos legales.

b) Procedimientos de contratación pública

El control de las subvenciones extranjeras en el marco de licitaciones públicas de la Unión tendrá lugar cuando el valor de los contratos en liza sea igual o superior

a doscientos cincuenta millones de euros. En ese caso, las empresas participantes deberán notificar al órgano contratante todas las subvenciones extranjeras recibidas en los tres últimos años. El no hacerlo será causa de exclusión.

Asimismo, la propuesta prevé que, aunque no se alcancen los umbrales de notificación, la Comisión puede requerir, en cualquier procedimiento de licitación, que se le notifiquen las subvenciones extranjeras percibidas por una empresa si tiene sospechas de que se ha beneficiado de ayudas durante los tres años previos al procedimiento de licitación.

Por otra parte, no sólo deberán notificar las subvenciones extranjeras los licitadores, sino también los subcontratistas y proveedores principales (entendidos por tales aquellos cuya participación asegure los elementos clave para la ejecución del contrato o cuya contribución exceda del 30 % del valor estimado del contrato).

En principio, la notificación paraliza el procedimiento de licitación, pues el contrato no puede ser adjudicado hasta que la Comisión termine su investigación. La fase preliminar de investigación dura sesenta días y la investigación en profundidad, doscientos días (en casos excepcionales puede la institución incluso extender el plazo de acuerdo con el órgano contratante). En caso de que la adjudicación se lleve a cabo mediante el criterio de la oferta más ventajosa económicamente, el órgano podrá adjudicar directamente el contrato sin esperar a los resultados de la investigación, sin perjuicio de que, si la Comisión prohíbe posteriormente la participación en el procedimiento del licitador al que se ha otorgado el contrato, el contrato deba ser adjudicado al licitador que hubiera presentado la siguiente oferta más ventajosa.

Al término de la investigación, la Comisión podrá prohibir la adjudicación del contrato si el operador económico en cuestión no ofrece compromisos o éstos son insuficientes para disipar las dudas de la Comisión en cuanto a la distorsión de la competencia en el mercado interior.

4. Poderes de la Comisión, multas y plazos de prescripción

La propuesta otorga amplias facultades a la Comisión, la cual podrá realizar requerimientos de información, inspecciones dentro o fuera de la Unión o adoptar medidas cautelares si hay serios indicios de la existencia de una subvención extranjera y existe un riesgo de daño irreparable a la competencia en el mercado interior.

La propuesta también prevé que la Comisión podrá imponer una sanción del 1 % del volumen de negocios mundial de la empresa afectada si le proporciona información incorrecta

en el transcurso de las investigaciones u obstruye inspecciones, o del 10 % de su volumen de negocios mundial si no notifica sus subvenciones extranjeras o ejecuta una concentración prohibida o antes de obtener la autorización de la Comisión.

La Comisión cuenta con un plazo de diez años para realizar investigaciones desde que se otorga una subvención. El plazo se interrumpiría por el envío de un requerimiento de información, por una inspección o por un análisis preliminar por parte de la Comisión. La Comisión tiene tres años para imponer multas o sanciones y cinco para ejecutarlas.

5. Próximos pasos

Los legisladores de la Unión, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea debatirán la propuesta de la Comisión con vistas a acordar la versión final. Entretanto, la Comisión ha abierto una consulta pública sobre la propuesta hasta el 8 de julio del 2021. Aquellos que estén interesados podrán manifestar su opinión acerca de esta iniciativa *aquí*².

² https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12621-Trade-investment-addressing-distortions-caused-by-foreign-subsidies_es