
Nueva autorización regulatoria en M&A y contratación pública

El Reglamento sobre subvenciones extranjeras que distorsionan el mercado interior hará necesaria autorización de la Comisión en ciertas operaciones

España - Legal flash

Enero de 2023



Aspectos clave

- › **A partir del 12 de julio de 2023, la Comisión Europea controlará las subvenciones de terceros países** concedidas desde el 12 de julio de 2018.
- › **A partir del 12 de octubre de 2023, las operaciones de concentración y las ofertas que se presenten en procesos de contratación pública deberán ser notificadas en determinados supuestos si se han recibido subvenciones extranjeras que puedan distorsionar el mercado interior**, con importantes consecuencias en caso de incumplimiento.
- › Ello conllevará en la práctica que en las operaciones de concentración tenga que realizarse, junto con el análisis de control de concentraciones y de inversión extranjera directa (“FDI”), **un análisis sobre si la operación debe sujetarse también a la autorización de la Comisión Europea** conforme a la normativa de subvenciones extranjeras, lo que tendrá un impacto en los plazos y costes de la operación.
- › Por su parte, las empresas que quieran participar en futuros **procedimientos de contratación pública** deberán comenzar a analizar si han recibido subvenciones afectadas por la nueva norma.



Principios clave del Reglamento

El 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](#) conocido por sus siglas en inglés como Reglamento FSR (*Foreign Subsidies Regulation*) (el “**Reglamento FSR**”), cuyo contenido está claramente inspirado en la normativa europea sobre ayudas de Estado y control de concentraciones.

En general, el Reglamento FSR afecta a todas las empresas que reciban algún tipo de subvención extranjera. Tendrán que recopilar información tanto del pasado (puesto que el Reglamento FSR se aplica a las subvenciones extranjeras concedidas en los cinco años anteriores al 12 de julio de 2023 cuando dichas subvenciones extranjeras distorsionen el mercado interior después del 12 de julio de 2023), como de manera recurrente en un futuro, al poder ser tales subvenciones objeto de investigación por parte de la Comisión Europea (la “**Comisión**”).

Pero, en concreto y como vemos a lo largo del documento, **tiene un impacto directo en las operaciones de M&A y los procesos de contratación pública para aquellas empresas que hayan recibido subvenciones extranjeras, en este caso en los tres años anteriores al 12 de julio de 2023 y en el futuro**. Ello conllevará en la práctica que:

- **en las operaciones de M&A tenga que realizarse**, junto con el análisis de control de concentraciones y de FDI, **un análisis sobre si la operación debe sujetarse también a la condición suspensiva de que la Comisión la autorice** conforme a la normativa de subvenciones extranjeras, lo que afectará a los plazos y costes de la operación; y, por otra parte,
- las empresas que quieran participar en futuros **procedimientos de contratación pública deberán comenzar a analizar si han recibido subvenciones afectadas** por la nueva norma.

Estos análisis en la práctica requerirán un asesoramiento especializado, puesto que será necesario hacer un seguimiento de cómo la Comisión aplica el Reglamento FSR para interpretar, entre otros aspectos, los conceptos que resultan más relevantes y que se han definido de manera muy amplia (como, por ejemplo, subvención extranjera, contribución financiera, control, concentración, empresa pública, etc.). Por ello, la experiencia previa adquirida en normativa europea sobre ayudas de Estado y control de concentraciones resultará útil para abordar el estudio en ambos ámbitos.

Entrada en vigor y aplicación

- El Reglamento FSR entró en vigor el 12 de enero de 2023 y es aplicable a partir del 12 de julio de 2023.
- Sin embargo, **las obligaciones de notificación previa para obtener la nueva autorización en operaciones de M&A y procedimientos de contratación pública no serán de aplicación hasta el 12 de octubre de 2023**.
- Asimismo, se prevé que a principios de este año se publique el borrador de las directrices que acompañarán al Reglamento FSR para someterlo a consulta pública y también se prevén reglamentos de ejecución que, entre otros aspectos, desarrollarán **un procedimiento simplificado**.



- Las **operaciones ejecutadas y la mayoría que se encuentren en periodo interino no se verán afectadas** ya que el Reglamento FSR no se aplicará a las concentraciones si se ha celebrado el acuerdo, se ha anunciado la oferta pública de adquisición o se ha adquirido una participación de control antes del 12 de julio de 2023. Tampoco se aplicará a los procedimientos de contratación pública iniciados antes del 12 de julio de 2023 ni a los contratos públicos adjudicados antes de dicha fecha.

Objetivo del Reglamento FSR

La Unión Europea (“UE”) considera que el otorgamiento de subvenciones de países no miembros de la UE a empresas activas en la UE puede **causar distorsiones en el mercado interior y socavar la igualdad de condiciones de competencia** sobre todo cuando:

- se utilicen a continuación para financiar total o parcialmente operaciones de concentración que conlleven cambios en el control de empresas de la UE.
- cuando se adjudican contratos en la UE a empresas beneficiarias de esas subvenciones.

Mientras que las subvenciones que pudieran otorgar los Estados Miembros están sujetas a un fuerte control bajo la normativa europea sobre ayudas de Estado, no existía ningún mecanismo para fiscalizar las subvenciones concedidas por terceros países a empresas que operaran en el mercado de la UE. Por ello, el objetivo del Reglamento FSR es **contribuir al buen funcionamiento del mercado interior estableciendo un marco armonizado** para corregir estas eventuales distorsiones.

Como lo hizo con el [Reglamento \(UE\) 2019/452 del Parlamento europeo y del Consejo de 19 de marzo de 2019, por el que se establece un marco para el control de las inversiones extranjeras directas en la Unión](#), la UE introduce una medida proteccionista frente ciertos inversores extranjeros o multinacionales, en este caso, para evitar que pueden aprovechar las ventajas derivadas de la financiación procedente de terceros Estados, para competir en mejores condiciones en el mercado interior o resultar adjudicatario de contratos de naturaleza pública.

Para ello, otorga amplios poderes y exclusivos a la Comisión para recabar aquella información de mercado que estime necesaria (incluyendo requerimientos de información, inspecciones e investigaciones de mercado en sectores específicos) y le proporciona dos instrumentos basados en la notificación.

Subvenciones afectadas

El Reglamento FSR se aplica a **las subvenciones extranjeras concedidas a las empresas que ejercen una actividad económica en el mercado interior**. Incluye a las empresas privadas y públicas (controladas directa o indirectamente por el Estado, incluyendo a los fondos soberanos), a las empresas extranjeras que operan en la UE y también a las empresas europeas multinacionales que hayan recibido subvenciones extranjeras.

- **Existe una subvención extranjera cuando un tercer país aporte, directa o indirectamente, una contribución financiera que confiera una ventaja** a una empresa que ejerza una actividad económica en el mercado interior y que esté limitada, *de jure* o *de facto*, a una o varias empresas o sectores.
- El Reglamento FSR establece un **concepto amplio de contribución financiera** que incluye, entre otros: (i) la transferencia de fondos u obligaciones (i.e. aportaciones de capital,



subvenciones, préstamos, garantías de préstamos, incentivos fiscales, condonación de deudas o reprogramación de la deuda); (ii) la renuncia a ingresos que, de otro modo, serían exigibles; o (iii) el suministro o adquisición de bienes o servicios.

- Ejercen una actividad económica en el mercado interior, entre otras: (i) las empresas que adquieran el control de una empresa establecida en la UE o se fusionen con una empresa establecida en la UE; o (ii) participen en un procedimiento de contratación pública en la UE.
- Una contribución financiera puede venir aportada por el gobierno central o las autoridades administrativas de todos los demás niveles, pero también por una entidad privada o pública extranjera, cuando su actuación pueda atribuirse al tercer país.

¿Qué se considera una distorsión del mercado interior?

Cuando una subvención extranjera tenga por **efecto probable la mejora de la posición competitiva de una empresa en el mercado interior** y cuando, como consecuencia de ello, **se vea perjudicada o pueda verse perjudicada la competencia** en dicho mercado.

Para ello, se podrá tener en cuenta el importe, naturaleza y finalidad de la subvención extranjera, la situación de la empresa y de los mercados o sectores afectados, o el nivel y la evolución de la actividad económica de la empresa en el mercado interior.

El Reglamento FSR realiza una serie de presunciones que resumimos en la siguiente tabla:

Muy probable que distorsionen	Poco probable que distorsionen	No distorsionan el mercado interior
<ul style="list-style-type: none">➤ 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;➤ facilitan directamente una concentración;➤ permiten a una empresa presentar una oferta indebidamente ventajosa en una contratación pública.	<ul style="list-style-type: none">➤ el importe total de una subvención extranjera no exceda de 4M€ durante cualquier período consecutivo de tres ejercicios;➤ destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional.	<ul style="list-style-type: none">➤ el importe total de una subvención extranjera no exceda de 200.000€ por tercer país en cualquier período de tres ejercicios consecutivos.



Notificación en operaciones de concentración

Concentraciones sujetas a notificación

El Reglamento FSR establece la preceptiva notificación de aquellas concentraciones que cumplan cumulativamente con los siguientes requisitos:

- Que al menos una de las empresas que se fusionen, la empresa adquirida o la empresa en participación esté establecida en la UE y **genere un volumen de negocios total en la UE de mínimo 500M€.**
- Que las siguientes empresas **hayan obtenido** de terceros países en los tres ejercicios anteriores a la celebración del acuerdo, el anuncio de la oferta pública o a la adquisición de una participación de control, **contribuciones financieras combinadas superiores a 50M€:** (i) en caso de adquisición, el adquirente o adquirentes y la *target*; (ii) en caso de fusión, las empresas que se fusionan; y (iii) en caso de empresa en participación, las que creen dicha empresa y la propia empresa en participación.

Conceptos de concentración y control

Como es habitual, el Reglamento FSR parte de **conceptos muy amplios de concentración y control.**

- Existe concentración cuando tiene lugar un cambio duradero de control como consecuencia de:
 - la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes; o
 - la adquisición, por una o varias personas que ya controlen una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias empresas.
- La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma también constituye concentración.
- Respecto al control, como sucede en control de concentraciones y FDI, lo importante es **conferir la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa.** Puede ser *de jure* o *de facto*, y tanto a través de la propiedad de los activos de la empresa como mediante la toma de decisiones.

Procedimiento de notificación

Órgano competente

A diferencia de FDI donde los estados miembros son competentes para autorizar la operación, en FSR **la Comisión es la única competente.**

Momento de la notificación

Se trata de una autorización previa (a no ser que la Comisión actúe de oficio *ex post*) a la ejecución de la operación. Por lo tanto, **en la práctica los contratos de compraventa de empresas afectados por el Reglamento FSR deberán sujetarse a la condición suspensiva de obtención de la autorización.**



Debe comunicarse a la Comisión:

- › antes de su ejecución y tras la celebración del acuerdo, anuncio de oferta pública o adquisición de participación de control; o
- › cuando demuestren a la Comisión su intención de buena fe de concluir un acuerdo o, en caso de una oferta pública, cuando hayan anunciado públicamente su intención de hacerlo.

En principio, la notificación la deben realizar las partes implicadas:

- › En caso de fusión o adquisición de un control conjunto: conjuntamente por las partes intervinientes en la fusión o adquisición de control conjunto.
- › En el resto de los casos: la persona o empresa que adquiera el control de la totalidad o partes de una o varias empresas.

Sujetos obligados a notificar

No obstante, la Comisión puede:

- › Examinar la concentración de oficio si las empresas afectadas no cumplen su obligación de notificación (sin sujeción a plazos).
- › Solicitar la notificación previa de una concentración cuando no cumplen los requisitos, pero sospecha que puedan haberse concedido subvenciones a las empresas afectadas en los tres años anteriores.

Los plazos que establece el Reglamento FSR podrán solaparse con los plazos en caso de requerirse también una autorización de control de concentraciones y están igualmente divididos en dos fases:

- › **Examen preliminar:** la Comisión dispone de un plazo de 25 días hábiles desde la recepción de la notificación completa para decidir iniciar una investigación exhaustiva si ve indicios de que exista una subvención extranjera que distorsione el mercado interior.
- › **Investigación exhaustiva:** la Comisión dispone de un plazo de 90 días hábiles desde el inicio de la investigación exhaustiva para adoptar un acto de ejecución en forma de decisión. A partir del momento en que la Comisión haya adoptado una decisión con compromisos o sin formular objeciones, podrá ejecutarse la concentración.

Plazos y fases

Los plazos pueden prorrogarse bajo determinados supuestos, pero en ningún caso la prórroga podrá exceder de veinte días hábiles o pueden suspenderse si la información es incompleta o las empresas se niegan a someterse a una inspección.

Se regula un silencio positivo. Es decir, si transcurridos los plazos la Comisión no adopta una decisión, las empresas afectadas están autorizadas a ejecutar la concentración.

La Comisión puede adoptar:

Decisión de la Comisión

- › una decisión **con compromisos**. El Reglamento FSR ofrece un catálogo abierto de en qué pueden consistir dichos compromisos (i.e. la reducción de la presencia en el mercado, la abstención de realizar



determinadas inversiones, la divulgación de los resultados de I&D, la cesión de determinados activos, el reembolso de la subvención, etc.)

- > una decisión de **no formular objeciones**.
- > una decisión **prohibiendo la concentración**.

También podrá revocar una decisión si la empresa incumple sus compromisos, la decisión se ha basado en información incompleta, incorrecta o engañosa, o los compromisos correctores no son eficaces.

Las **operaciones que se ejecuten incumpliendo lo dispuesto en el Reglamento FSR carecerán de validez** hasta que la Comisión adopte una decisión, con algunas excepciones.

Además, la Comisión también será competente para:

Incumplimiento

- > **Exigir a las empresas afectadas que disuelvan la concentración** u ordenar cualquier otra medida apropiada encaminada a restablecer la situación previa.
- > Ordenar **medidas cautelares**.
- > **Imponer multas** de hasta el 10% del volumen de negocios total que hayan realizado durante el ejercicio financiero anterior, así como multas coercitivas en determinados supuestos.

Notificación en procedimientos de contratación pública

Se entenderá que una subvención extranjera causa o puede causar distorsiones en el mercado cuando haga posible que un operador económico presente una **oferta indebidamente ventajosa** en relación con las obras, los suministros o los servicios en cuestión.

- > **Umbrales:** Con carácter general, se considera que existe una contribución financiera extranjera sujeta a notificación cuando: (i) el valor estimado del contrato público o del acuerdo marco, IVA excluido, sea igual o superior a 250M€; y (ii) el operador, incluidas sus filiales sin autonomía comercial, sus sociedades de cartera y, cuando proceda, aquellos de sus subcontratistas y proveedores principales que participen en la misma licitación hayan recibido, en los tres años financieros anteriores, contribuciones financieras por un total igual o superior a 4M€ EUR por tercer país.
- > **Notificación previa o declaración:** Cuando se cumplan las condiciones para la notificación, los operadores que participen en un procedimiento de contratación pública notificarán al poder adjudicador todas las contribuciones financieras extranjeras. En los demás casos, enumerarán en una declaración todas las contribuciones financieras extranjeras recibidas y confirmarán que no están sujetas a notificación.
- > **Incumplimiento:** Cuando la oferta no vaya acompañada de una notificación o declaración, el poder adjudicador podrá solicitar a los operadores que presenten en el plazo de diez días hábiles el documento pertinente. En caso de incumplimiento, la oferta será declarada irregular por el



poder adjudicador, que informará a la Comisión. Si tras su requerimiento la oferta sigue estando incompleta, la Comisión podrá declarar que la oferta es irregular y solicitar al poder adjudicador que la rechace.

- **Examen preliminar.** La Comisión dispone de un plazo de 20 días hábiles desde la recepción de la notificación completa (prorrogable una sola vez por 10 días hábiles) para decidir iniciar una investigación exhaustiva si ve indicios de que exista una subvención extranjera distorsionadora.
- **Investigación exhaustiva.** La Comisión dispone de un plazo de 110 días hábiles desde el inicio de la investigación exhaustiva (prorrogable una sola vez por 20 días hábiles) para adoptar un acto de ejecución en forma de decisión.
- **Decisiones de la Comisión.** Tras una investigación exhaustiva, la Comisión puede adoptar las siguientes decisiones: (i) una **decisión con compromisos**, si el operador ofrece compromisos que subsanen la distorsión del mercado; (ii) una **decisión de no formular objeciones**, si considera que el operador no se beneficia de una subvención extranjera que distorsione el mercado interior; o (iii) una **decisión prohibiendo la adjudicación del contrato**, en caso de que el operador no ofrezca compromisos o la Comisión considere que los ofrecidos no son suficientes.

No obstante, la Comisión puede **revocar una decisión** si la empresa incumple sus compromisos, la decisión se ha basado en información incompleta, incorrecta o engañosa, o los compromisos correctores no son eficaces.

- **Suspensión de la adjudicación.** Durante el examen preliminar y la investigación exhaustiva, todas las fases del procedimiento de contratación pública podrán seguir adelante, excepto la adjudicación del contrato. En caso de que la Comisión no haya adoptado una decisión en el plazo aplicable, el contrato podrá adjudicarse a cualquier operador económico, incluido el operador económico que haya presentado la notificación.
- **Multas.** La Comisión podrá imponer multas de hasta el 10% del volumen de negocios total que hayan realizado durante el ejercicio financiero anterior, en caso de que los operadores deliberadamente o por negligencia no notifiquen las contribuciones financieras extranjeras durante el procedimiento de contratación pública, o eludan o intenten eludirlos requisitos de notificación.

Para obtener información adicional sobre el contenido de este documento puede enviar un mensaje a nuestro equipo del [Área de Conocimiento e Innovación](#) o dirigirse a su contacto habitual en Cuatrecasas.

©2023 CUATRECASAS

Todos los derechos reservados.

Este documento es una recopilación de información jurídica elaborado por Cuatrecasas. La información o comentarios que se incluyen en el mismo no constituyen asesoramiento jurídico alguno.

Los derechos de propiedad intelectual sobre este documento son titularidad de Cuatrecasas. Queda prohibida la reproducción en cualquier medio, la distribución, la cesión y cualquier otro tipo de utilización de este documento, ya sea en su totalidad, ya sea en forma extractada, sin la previa autorización de Cuatrecasas.

