

El Derecho de la competencia en España, qué esperar ante la reactivación económica

8 de mayo de 2020

La pandemia del COVID-19 se ha manifestado con especial virulencia en España, y sus efectos directos, así como aquellos ocasionados por las medidas adoptadas para contener su propagación, han llevado al tejido empresarial a una situación inédita que plantea múltiples interrogantes sobre el futuro.

El Derecho europeo y nacional de la competencia, al que todas las empresas activas en España están sometidas, no es ajeno a la situación de excepcionalidad provocada por la pandemia del COVID-19.

Mucho se ha escrito ya recordando -como ha reiterado la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la **CNMC**)- que la normativa de defensa de la competencia no ha sido puesta en cuarentena, y que seguirá siendo aplicada con rigor tanto durante la vigencia del estado de alarma¹, como tras su futuro levantamiento. No obstante, debido a la excepcionalidad de la actual situación, las autoridades de defensa de la competencia europeas y españolas –y, en particular, la CNMC- han manifestado su intención de amoldar su interpretación de la normativa de competencia al actual contexto económico y jurídico.

De ahí que, ante la gradual reanudación de la actividad económica, quepa preguntarse cómo puede en la práctica afectar esta modulación de la aplicación del Derecho de la competencia a los distintos proyectos contemplados por las empresas.

A la luz de lo anterior, en esta nota analizaremos: (i) en qué medida las empresas pueden colaborar entre ellas y/o con la Administración en su nueva actividad diaria y qué cautelas deben adoptar al respecto (véase el Apartado 1 *infra*), (ii) el posible impacto económico adverso de una excesiva intervención pública en el mercado (véase el Apartado 2 *infra*), (iii) las posibilidades ofrecidas por el procedimiento de control de concentraciones para agilizar la ejecución de adquisiciones de empresas en dificultad (véase el Apartado 3 *infra*), así como (iv) las principales cuestiones a tener en cuenta en relación con los esquemas de ayudas públicas disponibles para las empresas (véase el Apartado 4 *infra*).

¹ Vid. Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

1. Mayor flexibilidad en el análisis de la colaboración empresarial

1.1 El Derecho de la competencia no ha sido derogado por la crisis, y ha continuado siendo aplicado por una CNMC especialmente atenta...

Las situaciones de crisis pueden llevar a las empresas a plantearse diversas fórmulas de cooperación, incluso con competidores, para afrontar retos tales como la continuidad del suministro, el incremento de los costes, las complejidades logísticas y de distribución o la imprevisibilidad de la demanda.

Como es sabido, los artículos 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (la **LDC**) y 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el **TFUE**), que conforman el marco básico de análisis de competencia, prohíben aquellos acuerdos o prácticas concertadas entre empresas o agrupaciones de empresas que tengan por "*por objeto o efecto*" restringir la competencia en el mercado. No obstante, el apartado 3 de ambos artículos (1 LDC y 101 TFUE) exime de dicha prohibición a aquellos acuerdos o prácticas concertadas cuyos efectos potencialmente restrictivos de la competencia se vean compensados por las "*eficiencias económicas*" generadas. Se considerará que generan tales eficiencias los acuerdos que (i) contribuyan a mejorar la producción, comercialización y/o distribución de bienes y servicios, o promuevan el progreso técnico o económico, (ii) permitan a los consumidores participar de forma equitativa de sus ventajas siempre y cuando (iii) no incluyan restricciones no indispensables para obtener tales beneficios y (iv) no permitan a las partes eliminar completamente la competencia. Son los propios operadores económicos quienes deberán efectuar un ejercicio de autoevaluación para determinar si sus acuerdos/prácticas concertadas quedan encuadradas o no en la prohibición tipificada por los artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE y, en su caso, si estarían eximidas de dicha prohibición por concurrir en ellos los referidos requisitos de exención (*ex* artículos 1.3 LDC y 101.3 TFUE).

Tradicionalmente, nuestras autoridades europeas y nacionales de defensa de la competencia han observado con cierta suspicacia los acuerdos de colaboración horizontales (es decir, entre empresas competidoras) susceptibles de caer bajo el ámbito de aplicación de los artículos 1 LDC y/o 101 TFUE, incluso cuando éstos estaban motivados por una situación excepcional de crisis. Y ello se debe a que el Derecho de la competencia exige que los competidores operen en el mercado de manera autónoma, únicamente permitiéndose la cooperación entre ellos en supuestos muy concretos, siempre y cuando cualquier posible restricción sea compensada por eficiencias económicas en beneficio de los consumidores.

Tanto la ya extinta Comisión Nacional de la Competencia (la **CNC**) como la actual CNMC han reiterado que la existencia de una crisis económica no justifica en sí misma las conductas colusorias entre competidores (en particular, los cárteles²) ni, de hecho, un relajamiento del estricto marco de evaluación (y justificación) de éstas. Así, durante la crisis financiera de 2008, la CNC rechazó sistemáticamente en sus expedientes sancionadores aceptar como eximente, o como simple atenuante, que las empresas infractoras hubieran sufrido

² De acuerdo con la definición recogida por la LDC, "*se entiende por cártel todo acuerdo o práctica concertada entre dos o más competidores cuyo objetivo consista en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como, entre otras, la fijación o la coordinación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, incluso en relación con los derechos de la propiedad intelectual e industrial; la asignación de cuotas de producción o de venta; el reparto de mercados y clientes, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas contra otros competidores contrarias a la competencia*" (Disposición Adicional 4.2).

dificultades económicas. Del mismo modo, la Comisión Europea se ha manifestado reiteradamente contra los llamados "cárteles de crisis"³.

En similar sentido, la reacción inicial de la CNMC ante la expansión de la pandemia COVID-19 se plasmó en una [nota de prensa publicada el 12 de marzo de 2020](#), que reafirmaba su tradicional postura de tolerancia cero ante posibles conductas anticompetitivas. En particular, la CNMC advertía en ese comunicado de que seguiría estando operativa durante el estado de alarma -con los lógicos ajustes organizativos que requieren tal situación- y que reforzaría su vigilancia del mercado para identificar y perseguir aquellas conductas que pudieran "entorpecer el abastecimiento o producir el encarecimiento de los productos necesarios para la protección de la salud de la población", haciendo un especial hincapié en los "acuerdos entre operadores".

Se hacía asimismo un llamamiento expreso a la colaboración ciudadana con la CNMC, recordándose que su página web ofrece la posibilidad de denunciar formalmente (o de simplemente comunicar anónimamente) potenciales conductas anticompetitivas. A tal efecto, para centralizar las denuncias y consultas relacionadas con la aplicación de la normativa de competencia en el contexto del brote de COVID-19, la CNMC [anunciaba el 31 de marzo de 2020](#) la creación de un buzón electrónico (covid.competencia@cnmc.es) (el [Buzón](#)).

Con posterioridad, mediante otra [nota de prensa publicada el pasado 24 de abril de 2020](#), la CNMC informaba de que, desde la puesta en funcionamiento del Buzón, se habían recibido cerca de 300 consultas y denuncias enviadas por particulares y empresas, en gran parte relacionadas con presuntas conductas anticompetitivas, principalmente en los sectores financiero y de comercialización de bienes y servicios de primera necesidad. Como consecuencia de dichas denuncias, la CNMC ha anunciado la apertura de investigaciones preliminares en los sectores financiero⁴, sanitario⁵ y de servicios funerarios⁶, que se mantienen activas en la actualidad.

A lo anterior, cabe añadir el seguimiento estrecho que, en sus respectivos ámbitos territoriales –y en particular en relación con los sectores más sensibles en la presente crisis sanitaria- están realizando en paralelo las autoridades regionales de defensa de la competencia (por ejemplo, la autoridad catalana respecto del sector financiero).

En definitiva, el Derecho de la competencia no solo no ha sido derogado -o su aplicación suspendida- en España durante el estado de alarma, sino que la CNMC se ha mostrado activamente vigilante ante la existencia de posibles conductas colusorias prohibidas por los artículos 1 LDC y 101 TFUE, especialmente en aquellos sectores estratégicos y/o particularmente afectados por la crisis.

³ Véase a estos efectos la contribución de la Unión Europea ("UE") al Forum Global de Competencia de la OECD, *Crisis Cartels*, de 27 de enero de 2011.

⁴ En palabras de la propia CNMC: "se está analizando la exigencia por parte de algunas entidades financieras de una garantía adicional (en particular, la suscripción de un seguro de vida) para la concesión de los préstamos garantizados con el aval del Estado (Líneas de crédito ICO) y de otras ayudas financieras derivadas de la normativa extraordinaria dictada para la gestión de la situación de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En concreto, se analiza si tal exigencia podría constituir una conducta desleal que, por falsear la libre competencia, afecte al interés público en un contexto de crisis derivada del COVID-19".

⁵ Según ha indicado la CNMC: "el aumento de la demanda global de determinados productos de protección de la salud como los geles hidroalcohólicos está provocando sustanciales incrementos del precio de estos productos y de las materias primas que se emplean en su fabricación (etanol) empleados en su producción, además de situaciones de desabastecimiento en el mercado". De ahí que, de acuerdo con la CNMC, "se está analizando de manera pormenorizada la evolución de estos mercados en España para identificar y, en su caso, sancionar la existencia de conductas anticompetitivas derivadas de tales incrementos de precio".

⁶ La CNMC ha advertido de que "se está investigando si los precios aplicados por diversas empresas funerarias durante la crisis sanitaria podrían deberse a acuerdos anticompetitivos entre competidores o a conductas agresivas desleales, objetivamente contrarias a las exigencias de la buena fe y susceptibles de mermar de manera significativa la libertad de elección de los destinatarios (familiares de los fallecidos)".

1.2 ...Si bien la CNMC ha anunciado que modulará su valoración de determinados esquemas de colaboración empresarial que, en circunstancias normales, podrían vulnerar el Derecho de la competencia.

Con independencia de la plena vigencia del Derecho de la competencia, la CNMC es consciente de la dimensión de la crisis económica generada por la pandemia y, al igual que otras autoridades de nuestro entorno, se ha mostrado receptiva a aplicar con mayor flexibilidad estas normas, siempre y cuando las circunstancias lo justifiquen.

El primer reconocimiento oficial de la necesidad de acomodar la aplicación del Derecho de la competencia a la complicada situación económica y social surgió de la Red Europea de Autoridades de Competencia (*European Competition Network* o ECN), integrada por la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia de los Estados miembros de la UE (incluyendo la CNMC). En una breve e inusual [declaración conjunta de 23 de marzo de 2020](#), la ECN señalaba que, en la actual "situación extraordinaria" las autoridades no "intervendrán activamente" cuando las empresas tengan que cooperar temporalmente "para asegurar el aprovisionamiento y la distribución de productos escasos para todos los consumidores"⁷. Semejantes medidas ("necesarias y temporales") no se considerarían, en principio, contrarias al artículo 101 TFUE, y las autoridades que integran la ECN se ofrecían a dar orientación informal a las empresas que decidieran poner en marcha una colaboración de este tipo (la [Declaración de la ECN](#)).

En España, la CNMC matizó en cierta medida su estricto posicionamiento tradicional y, en su ya mencionada nota de prensa de 31 de marzo, asumió asimismo los principios de la Declaración de la ECN, anunciando un enfoque eminentemente constructivo al comprometerse a analizar "teniendo en cuenta la situación" aquellas formas de cooperación empresarial transitoria que tuvieran como finalidad "facilitar el suministro de los productos esenciales".

De este modo, la CNMC muestra su predisposición a admitir, excepcionalmente y de forma transitoria, ciertos acuerdos de cooperación entre competidores que, en condiciones normales, podrían *a priori* resultar problemáticos desde la perspectiva de los artículos 1 LDC y/o 101 TFUE. La clave para ello es que tales acuerdos de cooperación se dirijan efectivamente a solventar problemas de producción y/o distribución, garantizando así el suministro en beneficio del interés público.

Además, aunque la responsabilidad jurídica de autoevaluar la compatibilidad de los acuerdos de cooperación con la normativa de competencia sigue recayendo en las empresas partícipes, la CNMC ha abierto un canal de interlocución para resolver informalmente -mediante orientaciones tanto verbales como a través de correo electrónico- las consultas recibidas en el Buzón sobre la licitud de acuerdos de cooperación entre operadores para hacer frente a los efectos de la crisis derivada del COVID-19, algo a lo que se había mostrado muy reacia hasta la fecha (y para lo que no existe un cauce procedimental claro bajo la LDC)⁸.

De acuerdo con la nota de prensa publicada por la CNMC el pasado 24 de abril de 2020, con este asesoramiento informal se pretende que la respuesta a situaciones de emergencia por la pandemia que requieran cierto grado de cooperación entre operadores para maximizar eficiencias sean compatibles con los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Siempre teniendo muy en

⁷ En similar sentido, véase la posterior declaración de la Red Internacional de Autoridades de Competencia de 9 de abril de 2020 (*ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic*), disponible en el siguiente enlace: <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf>

⁸ Pues las declaraciones de inaplicabilidad de la normativa de competencia a acuerdos específicos, que prevé el artículo 6 de la LDC no se han aplicado en la práctica por la CNMC en los últimos años.

cuenta, en palabras de la propia CNMC, "los desafíos excepcionales a los que se enfrentan las empresas debido al COVID-19 y su papel fundamental a la hora de superar los efectos de esta crisis".

En la práctica, la CNMC está actuando con una encomiable rapidez a la hora de orientar a los operadores sobre (i) los límites impuestos por la normativa de competencia a tales acuerdos y (ii) que estas medidas transitorias tienen su razón de ser en la presente situación de excepcionalidad, y deberán terminarse cuando la capacidad de auto-organización y libertad empresarial sean restablecidas en los sectores afectados.

Para guiar sus orientaciones, la CNMC está siguiendo en buena medida los criterios plasmados en la [Comunicación sobre el Marco Temporal para evaluar cuestiones de defensa de la competencia relacionadas con la cooperación empresarial en respuesta a las situaciones de urgencia ocasionadas por el actual brote de COVID-19](#) (el [Marco Temporal](#)), publicada por la Comisión Europea el 8 de abril de 2020.

Dicho Marco Temporal proporciona directrices eminentemente prácticas a las empresas que deseen cooperar y coordinar temporalmente sus actividades con el fin de aumentar la producción de manera eficaz u optimizar la distribución, y así poder hacer frente a las consecuencias económicas del COVID-19. Se admite así, de manera excepcional, la coordinación y el intercambio de información comercialmente sensible entre competidores, siempre y cuando resulten estrictamente necesarios y proporcionados para garantizar la producción o distribución de medicamentos y otros productos sanitarios demandados con urgencia, aunque no exclusivamente.

No obstante, cualquier cooperación quedará siempre sometida a ciertas cautelas y limitaciones, entre las que destacan:

- i. Que sea objetivamente necesaria para incrementar la eficiencia en la producción o evitar escasez en el suministro de productos o servicios esenciales (como los empleados para el tratamiento de los pacientes con COVID-19) (principio de necesidad);
- ii. Que no exceda de lo estrictamente necesario para alcanzar los anteriores objetivos (solventar o prevenir la escasez de suministro) (principio de proporcionalidad);
- iii. Que tenga naturaleza temporal; es decir, que solo se mantenga la cooperación mientras exista riesgo de escasez o, en cualquier caso, durante el brote de COVID-19; y
- iv. Que se documente formalmente cualquier intercambio de información entre las empresas, al objeto de poder ser revisado y evaluado por las autoridades de defensa de la competencia en caso de que así lo requieran.

Por su parte, en nuestra experiencia, cabría asimismo esperar que la CNMC contemple y proponga en la práctica otras cautelas adicionales al valorar dichos acuerdos de cooperación, como son:

- i. Que no permitan a las partes consensuar o coordinar precios u otras condiciones comerciales que no sean necesarias para mejorar la distribución de los bienes o servicios en cuestión;
- ii. Que se limiten los intercambios de información a las personas involucradas y a los aspectos técnicos estrictamente necesarios;

- iii. Que la existencia del acuerdo sea de dominio público (sin perjuicio de que tanto el nombre de las empresas como su contenido concreto pueda ser considerado como confidencial) de forma que se permita la adhesión de terceras empresas al esquema de cooperación; y
- iv. Que la información y documentación intercambiada con motivo de la ejecución del acuerdo de cooperación sea considerada confidencial para las partes por un largo periodo de tiempo.

Con las anteriores cautelas, la CNMC pretende evitar que la autorización (informal) de un esquema de cooperación conlleve que las empresas participantes puedan restringir parámetros esenciales de la competencia u obtener una ventaja competitiva respecto de aquellas que no han participado en el mismo.

Si bien el Marco Temporal se centra principalmente en el sector sanitario (entre otros, compañías farmacéuticas, fabricantes de equipos médicos y sus distribuidores), la Comisión Europea ha confirmado que éste resulta también aplicable a acuerdos entre empresas en otros sectores distintos; es decir, que, sin estar dirigidos directamente a la producción o distribución de bienes sanitarios básicos, contribuyan a aliviar las graves dificultades experimentadas por las economías europeas (y española, en particular). Por su parte, la CNMC también ha manifestado que el Buzón se encuentra disponible para consultas sobre "*los posibles acuerdos de cooperación con otros operadores para hacer frente a los efectos de la crisis*" en general, especialmente, aquellos relacionados con "*los servicios o necesidades más cruciales*". De hecho, la CNMC ha confirmado haber recibido en su Buzón diversas consultas sobre acuerdos de cooperación en el sector asegurador, sector hospitalario, sector bancario y sector de productos sanitarios (mascarillas, respiradores y geles hidroalcohólicos).

Por tanto, nada impediría beneficiarse del anterior marco de análisis conceptual y plantear consultas respecto de esquemas de cooperación entre competidores en varios sectores que, teniendo un objetivo similar (esto es, aumentar la producción u optimizar la distribución de bienes o servicios), se justifiquen por las condiciones del mercado generadas por la crisis del COVID-19, y beneficien en última instancia a los consumidores. Obviamente, tales acuerdos deberían asimismo ser objeto de autoevaluación previa desde la perspectiva del Derecho de la competencia, a la luz de las cautelas expuestas arriba y -en su caso- previa consulta ante la CNMC.

Podrían además seguir siendo plenamente legítimas y admisibles bajo Derecho de la competencia otras modalidades de cooperación entre empresas para tratar de atenuar el impacto de la crisis tales como, por ejemplo (i) actividades de *lobby* de empresas o asociaciones con organismos gubernamentales para la aprobación de medidas públicas eficaces en apoyo del empresariado o (ii) el establecimiento de normas técnicas a escala industrial, particularmente si conllevan mejoras de eficiencia.

No obstante, es preciso señalar que el enfoque oficialmente expresado por la CNMC en sus distintas notas de prensa emitidas con motivo de la crisis del COVID-19 no aplicaría a aquellas otras formas de cooperación o intercambios de información que afecten a los precios u otros parámetros comerciales. Ello es especialmente cierto respecto de los denominados "carteles de crisis"; esto es, acuerdos dirigidos a coordinar precios u otras condiciones comerciales o reducir el suministro ante una drástica caída de la demanda y/o asignar cuotas de producción para evitar fluctuaciones de precios. Si bien la valoración de este tipo de acuerdos deberá hacerse caso por caso, nuestras autoridades de defensa de la competencia no se han mostrado hasta la fecha proclives -sino más bien al contrario- a flexibilizar, en determinadas circunstancias concretas, su tradicional consideración de los cárteles de crisis

como restricciones de la competencia *por su objeto* difícilmente justificables bajo los artículos 1 LDC y 101 TFUE.

Por lo que se refiere a la previsible extensión temporal de las medidas adoptadas al amparo del Marco Temporal y las orientaciones informales ofrecidas por la CNMC, si bien ya se empiezan a dar pasos hacia la reactivación de la actividad económica, la incertidumbre sobre cómo será la recuperación es aun elevada. Los autores entienden que las circunstancias que motivaron el nuevo marco de actuación de las autoridades de competencia se mantienen en la actualidad, y en el previsible futuro. En efecto, aunque el desabastecimiento de equipos médicos durante la peor fase de la pandemia parece ir quedando lentamente atrás, la súbita recesión económica y las tensiones sufridas por los mercados se mantendrán, desgraciadamente, durante un tiempo. En semejantes circunstancias, es razonable esperar que las autoridades de defensa de la competencia prolonguen durante un tiempo, y hasta que la situación se estabilice, un enfoque constructivo en la aplicación de la normativa de competencia a los acuerdos de cooperación empresarial y mantengan su ofrecimiento de proporcionar orientaciones al respecto, tomando necesariamente en consideración el contexto económico y jurídico relevante.

Por todo lo anterior, es aconsejable que las compañías que estén valorando la posibilidad de participar en esquemas de cooperación con sus competidores (en particular, en sectores tales como distribución mayorista o minorista, logística, transporte, ocio o sector sanitario) valoren la situación y su previsible evaluación por nuestras autoridades de defensa de la competencia.

Para neutralizar cualquier eventual riesgo derivado de esta cooperación, resulta altamente recomendable que se solicite asesoramiento jurídico previo en Derecho de la competencia, toda vez que -como se ha explicado- la crisis del COVID-19 ha modulado (si bien posiblemente de forma sólo temporal) el marco de análisis de estas cuestiones, y es preciso analizar en detalle el contexto económico y jurídico concreto y su consideración por las autoridades de defensa de la competencia⁹.

1.3 El riesgo de los acuerdos de cooperación promovidos por la Administración

Puede darse la situación de que la Administración requiera de algunas empresas que cooperen entre sí en el esfuerzo de luchar contra la pandemia, colaborando con objetivos de interés general (por ejemplo, asistiendo en la gestión del suministro de material sanitario de urgencia o asegurando el suministro de bienes esenciales).

No obstante, salvo que los acuerdos de cooperación entre operadores privados promovidos por las Administraciones públicas hayan sido establecidos en expresa aplicación de una norma con rango legal, éstos sólo serán -con carácter general- admisibles cuando respeten plenamente los artículos 1 LDC y 101 TFUE. Las empresas implicadas seguirán así sometidas a la obligación de auto-evaluar si los esquemas cooperativos contemplados son compatibles con el Derecho de la competencia. Si bien la promoción pública de tal cooperación será tenida en cuenta por las autoridades de competencia en su valoración de los mismos¹⁰, ello no

⁹ Para aquellos acuerdos de cooperación cuyo ámbito de aplicación sea europeo por exceder el territorio nacional, cabría asimismo valorar la posibilidad de recabar "cartas de compatibilidad" (*comfort letters*) por parte de la Comisión Europea. En este sentido, a través de un nota de prensa publicada el 4 de abril de 2020, la Comisión Europea ha manifestado su intención de proporcionar excepcionalmente a las empresas seguridad por escrito (cartas de compatibilidad) con respecto a proyectos de cooperación específicos que deban ser puestos en marcha con rapidez para atajar de manera efectiva el brote de coronavirus, especialmente cuando todavía exista incertidumbre sobre la compatibilidad de tales iniciativas con el Derecho de la competencia de la UE (accesible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_20_618).

¹⁰ El Marco Temporal establece en este sentido que "[e]l hecho de que una cooperación sea fomentada o coordinada por una autoridad pública (o realizada en un marco establecido por esta última) es también un factor pertinente que

implica una suerte de salvaguardia regulatoria general y, si la intervención pública deja margen -incluso mínimo- para que haya competencia, las autoridades de competencia esperarán que las empresas compitan entre sí¹¹.

Por ello, es recomendable la valoración cautelosa de los esquemas de cooperación empresarial auspiciados (e, incluso, directamente promovidos) por los poderes públicos, con el fin de tomar en consideración las cautelas necesarias y, en su caso, reflejar los términos y condiciones concretos de dicha cooperación en un convenio expresamente suscrito con la Administración.

2. Consideraciones sobre los posibles efectos adversos de la intervención pública en el mercado

La declaración del estado de alarma ha incrementado notablemente la intensidad de la intervención de las Administraciones públicas en la economía nacional.

Además de reclamar la colaboración de las empresas con la Administración en determinados supuestos, la crisis del COVID-19 ha suscitado una creciente intervención directa de nuestros poderes públicos en la economía, con la declarada intención de paliar carencias en el suministro de productos, especialmente determinado material sanitario de primera necesidad, tanto desde un punto de vista logístico (por ejemplo, centralizando la gestión y compra del material sanitario) como directamente de precios y otras condiciones de comercialización (por ejemplo, el formato y cantidad)¹².

Si bien, dada la excepcional situación actual, un cierto grado de intervención pública puede estar justificado, es importante limitar ésta a lo estrictamente imprescindible, pues el control de precios en mercados competitivos y abiertos suele generar distorsiones que pueden afectar negativamente al funcionamiento de los mismos. En efecto, los precios son esenciales para lograr una asignación óptima de recursos en mercados competitivos, por lo que toda medida que les afecte artificialmente, generará distorsiones e impedirá una adecuada operativa. Ello reducirá la eficacia del sistema, llevando eventualmente a posibles situaciones de desabastecimiento, especialmente en una situación como la actual en que la demanda internacional de ciertos productos es muy alta y los fabricantes pueden optar por mercados que ofrezcan mejores condiciones y retornos.

Precisamente para evitar estas situaciones, la CNMC colabora con el Ministerio de Sanidad en el diseño y valoración de las medidas dirigidas a asegurar la disponibilidad en óptimas condiciones de los productos necesarios para la protección de la salud. Se pretende así, como expuso la CNMC en su nota de prensa de 12 marzo de 2020, *"contribuir a que las medidas adoptadas sean proporcionadas a los objetivos buscados, eficaces para su consecución y generen la mínima distorsión posible a la competencia en los mercados"*.

En su posterior nota de prensa de 24 de abril de 2020, la CNMC reiteró que, en ejercicio de sus funciones consultivas, se encuentra a disposición de todas las Administraciones públicas,

habrá de tenerse en cuenta para concluir que dicha cooperación no sería problemática con arreglo al Derecho de la competencia de la UE".

¹¹ El artículo 4 de la LDC ("conductas exentas por ley") dispone a tal respecto lo siguiente: "1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal".

¹² A título ilustrativo, el Gobierno ha fijado el precio de mascarillas, geles desinfectantes y guantes, de conformidad con la Orden SND/354/2020, de 19 de abril, por la que se establecen medidas excepcionales para garantizar el acceso de la población a los productos de uso recomendados como medidas higiénicas para la prevención de contagios por el COVID-19.

"[p]articularmente de aquellas sobre las que recae la elaboración de la normativa extraordinaria aprobada en el marco del COVID-19, para que puedan consultar a la CNMC sobre la adecuación de dicha normativa a los principios de regulación económica eficiente".

Si bien hasta la fecha, tales medidas han sido puntuales y de naturaleza en principio transitoria, no es en absoluto descartable que se adopten nuevas medidas de este tipo en el futuro si la reactivación de la economía provoca distorsiones en la oferta y/o demanda de bienes y servicios, o que su vigencia se extienda más allá de lo estrictamente necesario.

Las empresas que se vean afectadas por estas posibles medidas de intervención deberán valorar adecuadamente su alcance e impacto en su negocio, identificando los riesgos y distorsiones en el funcionamiento de los mercados que se puedan derivar de tal intervención desde el punto de vista del Derecho de la competencia o las libertades fundamentales de libre circulación de bienes o de prestación de servicios consagradas, entre otros, por el Derecho primario de la UE y, en España, por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado.

De ser necesario, y cuando dicho análisis arroje un resultado negativo, es aconsejable valorar la apertura de canales de comunicación con la Administración responsable de la medida, y en particular con la CNMC, para mostrar estos efectos contraproducentes y en su caso, plantear alternativas que permitan alcanzar resultados parecidos con medidas menos perjudiciales.

3. Agilización de los procedimientos de control de concentraciones

Con la aprobación del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, se suspendió el cómputo de los plazos máximos para resolver todos los procedimientos y plazos administrativos durante la vigencia del estado de alarma.

No obstante lo anterior, la CNMC confirmó desde un principio que seguiría funcionando -si bien adaptándose a las recomendaciones de las autoridades sanitarias- y su sede electrónica plenamente operativa (véase su nota de prensa de 12 de marzo de 2020)¹³.

De este modo, la CNMC está aceptando la presentación de borradores de formularios de notificación de concentraciones y analizándolas en fase de pre-notificación. Tras su notificación formal, el notificante podrá solicitar ante la CNMC, con el fin de evitar perjuicios graves en sus derechos e intereses legítimos, que no se suspenda el correspondiente procedimiento de control de concentraciones (especialmente en aquellos asuntos menos complejos). De hecho, la CNMC autorizó cinco operaciones de concentración en el pasado mes de marzo y otras cuatro en abril, a pesar de la vigencia del estado de alarma.

Una vez concluya el estado de alarma, y se reactive progresivamente la economía, es previsible un notable incremento del número de operaciones de concentración que tengan por objetivo empresas en situación de insolvencia, y las circunstancias pueden fomentar distintas adquisiciones de control atípicas (por ejemplo, como consecuencia de acuerdos de "debt for equity" o la voluntad de los acreedores de hacerse con derechos de veto sobre la gestión de las empresas cuyas acciones han sido pignoras). Ello conllevará previsiblemente un cierto proceso de consolidación empresarial en el medio plazo, especialmente en aquellos sectores más afectados por la crisis económica.

Dado que las operaciones de concentración que alcanzan los umbrales de notificación previstos por la LDC o la normativa comunitaria¹⁴ no pueden implementarse hasta obtener la

¹³ En términos similares, para la Comisión Europea, véase aquí su nota (<https://ec.europa.eu/competition/mergers/news.html>).

autorización de la CNMC o la Comisión Europea, la obligación de esperar varias semanas o meses para obtener dicha autorización puede en ocasiones resultar vital para la viabilidad de la operación (e incluso de la empresa objetivo).

Antes estas situaciones de urgencia, la legislación española de defensa de la competencia ofrece la posibilidad de solicitar de manera motivada ante la CNMC el levantamiento de la preceptiva suspensión de ejecución de la concentración en función de, entre otros factores, el perjuicio que causaría la suspensión de la ejecución a las empresas partícipes. Dicho levantamiento de la suspensión puede quedar subordinado a condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte.

Si bien la CNMC se ha mostrado tradicionalmente muy reacia a estimar estas solicitudes de levantamiento de la suspensión¹⁵, no cabe descartar que la situación actual pudiera alterar su estricto enfoque, convirtiendo esta opción procedimental en una interesante vía para solventar los problemas de calendario ocasionados por la tramitación de expedientes de control de concentraciones.

Las empresas deberán ponderar cuidadosamente si resulta conveniente solicitar el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración o, de ser posible, considerar otras alternativas que pueden resultar incluso más efectivas en la práctica para acelerar la ejecución de la operación. En particular, en el caso de operaciones sencillas en términos de competencia, cabría considerar notificarlas ante la CNMC sin solicitar el levantamiento de la suspensión de ejecución y proceder a su tramitación mediante el procedimiento abreviado dispuesto por la LDC, a los efectos de obtener la preceptiva autorización en un relativamente breve plazo de tiempo.

Para un análisis detallado sobre lo anterior en las principales jurisdicciones mundiales, nos remitimos al contenido de la [nota](#) (en inglés) elaborada por nuestro equipo global de *Antitrust, Competition and Economic Regulation* (ACER).

A efectos del diseño de los acuerdos transaccionales y calendario de futuras adquisiciones, deberá además tenerse en cuenta que el Gobierno español ha introducido recientemente¹⁶ un mecanismo de control de determinadas inversiones extranjeras directas (IEDs) realizadas por no residentes en la UE y la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC), por razón de cuestiones de orden público, seguridad pública y salud pública.

De resultar preceptivo solicitar tanto la autorización de IEDs como aquella de control de concentraciones ante la CNMC, es muy recomendable que ambos procedimientos se evalúen y gestionen en paralelo, para amoldarse al calendario previsto de cada operación.

4. Ayudas públicas a la economía: qué debe tenerse en cuenta

Desde que se hizo evidente que la pandemia del COVID-19 provocaría una crisis económica sin precedentes, los distintos gobiernos europeos -y el español no ha sido una excepción- se dispusieron a aprobar sucesivos (y ambiciosos) planes de ayudas públicas para tratar de sostener el tejido empresarial. Como es conocido, el Derecho de la UE prevé un estricto marco de autorización previa de las ayudas económicas concedidas por los distintos poderes públicos de los Estados miembros de la UE a sus empresas, so pena de que éstas puedan

¹⁴ En particular, Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

¹⁵ Únicamente se ha acordado en dos precedentes recientes levantar (y solo parcialmente) dicha suspensión, a saber, en los expedientes C/0493/13 *Cope/Vocento/Punto Radio* (2013) y C/0802/16 *Daimler/Hailo/Mytaxi/Negocio Hailo* (2016).

¹⁶ Su regulación en vigor, aprobada inicialmente el 17 de marzo de 2020 (Real Decreto-Ley 8/2020, del 17 de marzo), se modificó con efectos desde el 2 de abril 2020 (Real-Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo).

considerarse ilegales y se reclame su recuperación (de haber sido concedidas sin dicha autorización previa).

La Comisión Europea ha reiterado su intención de mantener en vigor el sistema de revisión y autorización previa de las ayudas estatales, a pesar de lo excepcional de las actuales circunstancias y de las peticiones de mayor flexibilización o incluso derogación del mismo que se han lanzado desde algunos Estados miembros de la UE (la más relevante y reciente, desde el gobierno austriaco).

No obstante, es obvio que se ha producido en la práctica una cierta relajación en el análisis de estos paquetes de medidas por parte de la Comisión Europea al menos hasta el 31 de diciembre de 2020¹⁷, que se ha apresurado a aprobar los distintos esquemas de ayuda pública notificados por los Estados miembros (pues, parece difícil que se hubiera aceptado otro enfoque por estos gobiernos ante la situación límite de sus economías).

Si bien, como explicamos, una mayoría de estos esquemas han sido previamente notificados ante la Comisión Europea y autorizados por ésta (que ha validado así su adecuación a la normativa de la UE en la materia), es asimismo recomendable que las empresas que contemplen la posibilidad de solicitar alguna de ayudas estatales verifiquen si en efecto se ha producido su aprobación, y si se podría derivar algún riesgo para ellas en el futuro en caso contrario.

Por lo que se refiere más concretamente a España, se pueden identificar hasta el momento los siguientes esquemas de ayudas de estado para las empresas debidamente notificados por el Gobierno español y aprobados por la Comisión Europea:

i. Primer paquete de ayudas estatales (autorizado el 24 de marzo de 2020 - SA.56803)¹⁸

Comprende dos sistemas de garantías públicas para trabajadores autónomos y pequeñas y medianas empresas (pymes) por un lado, y grandes empresas por otro, todos afectados por el brote de coronavirus, con un presupuesto total de aproximadamente 20.000 millones de euros¹⁹.

¹⁷ En concreto, el pasado 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea emitió una Comunicación en la que anunciaba el Marco Temporal aplicable a este tipo de ayudas, introduciendo las normas más flexibles hasta la fecha en materia de ayudas de Estado. El mismo fue modificado posteriormente, el 3 de abril de 2020, para que los Estados miembros puedan acelerar la investigación, los ensayos y la producción de productos relacionados con el coronavirus, a fin de proteger el empleo y seguir apoyando la economía durante este brote. Dicho Marco Temporal, con su consiguiente modificación, se prevé que estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020 (aunque la Comisión evaluará antes de esa fecha su eventual prórroga). Se puede encontrar una versión consolidada del Marco Temporal (tras la referida modificación) en castellano en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/TF_consolidated_version_as_amended_3_april_2020_es.pdf

¹⁸ La decisión está disponible en el siguiente enlace (únicamente en su versión en inglés): https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202013/285233_2142736_57_2.pdf; También se puede encontrar la nota de prensa, en su versión en castellano: https://ec.europa.eu/spain/sites/spain/files/20200324_state_aid-commission-approves-20billion-euros-spanish-guarantee-schemes-for-companies-selfemployed-affected-by-coronavirus-outbreak_es.pdf

¹⁹ Estos planes fueron aprobados en España por medio del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, y se insertan en la prevista línea de avales, de hasta 100.000 millones de euros, para la cobertura por parte del Estado (gestionada por el Instituto Oficial de Crédito (ICO) a través de las entidades financieras) de nuevos préstamos y renovaciones de operaciones existentes, con el fin de facilitar el acceso al crédito y liquidez a empresas y autónomos. En este sentido, y seguidamente a la autorización de la Comisión Europea, el 24 de marzo de 2020, el Consejo de Ministros aprobó las condiciones y requisitos para el primer tramo de garantía de 20.000 millones de euros (de los cuales el 50% se reservará para asegurar los préstamos a las pymes y a los trabajadores autónomos).

ii. Segundo paquete de ayudas estatales (aprobado el 2 de abril de 2020 - SA.56851)²⁰

Se trata de un nuevo régimen marco que permite a las autoridades (en los distintos niveles administrativos y territoriales) conceder ayudas adicionales a empresas y autónomos afectados, en forma de: subvenciones directas, anticipos reembolsables, ventajas fiscales y facilidades de pago, garantías públicas para préstamos²¹ y tipos de interés bonificados para préstamos²².

Si bien el gobierno español no ha proporcionado un presupuesto global para este régimen marco, ha concretado que las ayudas consistentes en garantías de préstamos, anticipos reembolsables y ventajas fiscales alcanzarán los 3.650 millones de euros.

iii. Tercer paquete de ayudas estatales (autorizado el 24 de abril de 2020 - SA.57019)²³

Desarrolla un segundo régimen marco que permite a las autoridades (en los distintos niveles administrativos y territoriales) prestar ayuda a distintos sectores afectados, incluyendo esquemas de apoyo a I+D (a ensayos y la producción de productos relacionados con el COVID-19), así como subsidios salariales y aplazamientos del pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social, dirigidos a apoyar el mantenimiento del empleo.

Se amplían asimismo las modalidades de ayuda que puede concederse en virtud del primer régimen marco aprobado por la Comisión Europea (el 2 de abril de 2020), permitiéndose otorgar apoyo en forma de garantías, bonificaciones de los tipos de interés, así como capital por un importe nominal de hasta 800.000 euros a una empresa activa en cualquier sector (salvo en el sector agrícola primario, en cuyo caso el límite cuantitativo será 100.000 euros; o en el sector de la pesca o acuicultura, en cuyo caso será 120.000 euros).

²⁰ La decisión está disponible en el siguiente enlace (únicamente en su versión en inglés): https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202016/285295_2148302_60_2.pdf; También se puede encontrar la nota de prensa, en su versión en castellano: https://ec.europa.eu/spain/sites/spain/files/20200402_covid19-state-aid-commission-approves-spanish-framework-regime-to-support-economy-against-coronavirus-outbreak_es.pdf

²¹ Las garantías estatales para préstamos concedidos por bancos a empresas se insertan en la anteriormente mencionada línea de avales a la financiación, que el gobierno español aprobó con una dotación total de hasta 100.000 millones de euros, de cara a garantizar los nuevos préstamos y las renovaciones concedidas por entidades financieras a empresas y autónomos.

En este sentido, además del Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo, aprobando el primer tramo de aplicación de esta medida con una dotación de 20.000 mil millones de euros, el 10 de abril de 2020, el Consejo de Ministros también aprobó las condiciones y requisitos para un segundo tramo de garantía de 20.000 millones de euros limitado esta vez a las pymes y a los trabajadores autónomos por considerar que son los agentes de la actividad económica que más apoyo requieren.

²² Es preciso hacer notar que las ayudas consistentes en garantías de préstamos y las bonificaciones a los tipos de interés no son acumulables entre sí respecto de un mismo préstamo. Por otro lado, las ayudas en forma de subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales son combinables alternativamente con garantías públicas o bonificaciones a los tipos de interés.

²³ La decisión está disponible en el siguiente enlace (únicamente en su versión en inglés): https://ec.europa.eu/competition/state_aid/cases1/202018/285641_2151538_78_2.pdf; También se puede encontrar la nota de prensa, en su versión en castellano: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_20_742.

Contactos



Casto González-Páramo

Socio, Madrid

T +34 91 349 80 04

Casto.G-Paramo@hoganlovells.com



Salomé Cisnal de Ugarte

Socia, Bruselas

T +32 25 05 09 08

salome.cisnaldeugarte@hoganlovells.com



Alfredo Gómez

Asociado sénior, Madrid

T +34 91 349 81 50

alfredo.gomez@hoganlovells.com



Raquel Fernández

Asociada, Madrid

T +34 91 349 82 14

raquel.fernandez@hoganlovells.com



Iván Pico

Asociado, Bruselas

T +32 25 05 09 69

ivan.pico@hoganlovells.com

WWW.HOGANLOVELLS.COM

"Hogan Lovells" or the "firm" is an international legal practice that includes Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP and their affiliated businesses. The word "partner" is used to describe a partner or member of Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP or any of their affiliated entities or any employee or consultant with equivalent standing. Certain individuals, who are designated as partners, but who are not members of Hogan Lovells International LLP, do not hold qualifications equivalent to members. For more information about Hogan Lovells, the partners and their qualifications, see www.hoganlovells.com. Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. Attorney advertising. Images of people may feature current or former lawyers and employees at Hogan Lovells or models not connected with the firm.
© Hogan Lovells 2020. All rights reserved.