

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA
EN TIEMPOS DE CRISIS

Directores

Santiago MARTÍNEZ LAGE y Amadeo PETITBÒ JUAN

Asistentes al sexto Seminario de Derecho y Economía de la Competencia

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús <i>CMS Albiñana & Suárez de Lezo</i>	GONZÁLEZ LÓPEZ, María Jesús <i>Comisión Nacional de Competencia</i>
ALLENDESALAZAR, Rafael <i>Howrey Martínez Lage</i>	GONZÁLEZ-PANIZO, Alfredo <i>Comisión Nacional de Competencia</i>
ALONSO SOTO, Ricardo <i>Gómez Acebo & Pombo</i>	GUTIÉRREZ CARRIZO, Inmaculada <i>Comisión Nacional de Competencia</i>
ARAÚJO BOYD, Marcos <i>Garrigues</i>	JIMÉNEZ-LAIGLESIA, Juan <i>DLA Piper</i>
ARMENGOL, Oriol <i>Pérez Llorca</i>	JIMÉNEZ-LAIGLESIA, José María <i>DLA Piper rudnick gray cary</i>
ARRIBAS, Alberto <i>Audiencia Provincial de Madrid</i>	JIMÉNEZ LATORRE, Fernando <i>NERA</i>
BERASATEGUI, Javier <i>Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia</i>	LARIO, Adela <i>Grupo Osborne</i>
BROKELMANN, Helmut <i>Howrey Martínez Lage</i>	MAILLO, Jerónimo <i>Universidad San Pablo CEU</i>
CALLOL, Pedro <i>Roca Junyent</i>	MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Antonio <i>Allen & Overy</i>
CAÑIZARES, Enrique <i>PriceWaterhouseCoopers</i>	MONTERO, Concepción <i>Magistrada Audiencia Nacional secc. 6.ª</i>
CASTILLO DE LA TORRE, Fernando <i>Comisión Europea</i>	NAVARRO, Eduarne <i>Uría Menéndez</i>
COSTAS COMESAÑA, Julio <i>Comisión Nacional de Competencia</i>	PÉREZ-BUSTAMANTE, Jaime <i>Linklaters</i>
CREUS, Antonio <i>Bird & Bird</i>	RODRÍGUEZ, Jaime <i>Allen Overy</i>
DA CRUZ VILAÇA, José Luís <i>PLMJ – A. M. Pereira, Sáragga Leal Oliveira Martins, Júdice e Associados Sociedade de Advogados, RL</i>	RUIZ PERIS, Ignacio <i>Catedrático de D. Mercantil</i>
DE NICOLÁS, Jacobo <i>Banco Bilbao Vizcaya Argentaria</i>	SALVO, Asunción <i>Presidenta Audiencia Nacional secc. 6.ª</i>
DEL RIEGO, José María <i>Magistrado Audiencia Nacional secc. 6.ª</i>	SÁNCHEZ, Isabel <i>Comisión Nacional de Competencia</i>
DELGADO, Juan <i>Comisión Nacional de Competencia</i>	SÁNCHEZ NÚÑEZ, Pilar <i>Comisión Nacional de Competencia</i>
FERNÁNDEZ, Cani <i>Cuatrecasas, Gonçalves Pereira</i>	SANTOS, Salome <i>Freshfields</i>
FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel <i>Fernández López</i>	SUÁREZ, Pedro <i>Herbert Smith</i>
FOLGUERA, Jaime <i>Uría & Menéndez</i>	URÍA, Francisco <i>Asociación Española de Banca</i>
GARCÍA CAMPO, Alfonso <i>Asociación Empresas de Tecnologías de la Información y Comunicaciones de España</i>	URRACA, Carlos <i>Comisión Europea</i>
	VELÁZQUEZ, Juan <i>France Telecom Orange</i>
	VÉRGEZ, Juan <i>Clifford Change</i>

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE
AMADEO PETITBÒ JUAN
(Directores)

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN TIEMPOS DE CRISIS

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2010

A Eleanor Fox, maestra infatigable

ÍNDICE

	Pág.
PRESENTACIÓN , por Amadeo Petitbò y Santiago Martínez Lage	11
INTRODUCCIÓN , por Luis Berenguer Fuster	15

PRIMERA SESIÓN LIBERALIZACIÓN Y ACUERDOS EN TIEMPOS DE CRISIS

1. La transposición de la Directiva de servicios en España, por Isabel Sánchez...	25
2. Cárteles de crisis, por Julio Costas Comesaña	43
3. La política de sanciones en tiempos de crisis, por Fernando Castillo de la Torre.	65
4. Aplicación de las normas de competencia a las restricciones verticales en época de crisis, por Rafael Allendesalazar y Roberto Vallina	85

SEGUNDA SESIÓN CONCENTRACIONES EN TIEMPOS DE CRISIS

5. Procedimiento especial para la aprobación de concentraciones en tiempos de crisis, por Antonio Martínez Sánchez y Jaime Rodríguez Ordóñez	103
6. La supervivencia de las compañías en crisis (<i>Failing Firm Defense</i>), por Cani Fernández.....	127
7. Los remedios aplicados a concentraciones en tiempos de crisis, por Marcos Araujo	145

	Pág.
8. Política de competencia, política industrial y campeones nacionales en tiempos de crisis, <i>por Juan Delgado y Eva Ferraz</i>	157

TERCERA SESIÓN LAS AYUDAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DE CRISIS (I)

9. Simplificación y aceleración del procedimiento de autorización de ayudas públicas, <i>por Edurne Navarro y Elena García Aguado</i>	177
10. Consideración sobre la (previsible) reacción del Derecho de ayudas de Estado ante los nuevos tipos de ayuda. En particular, la contribución para la financiación de RTVE, <i>por Pedro Callol</i>	201
11. Regímenes fiscales y ayudas estatales: los límites de la competencia de los Estados miembros. Selectividad frente a distorsión de la competencia, <i>por José Luís da Cruz Vilaça</i>	229
12. Comunicación de Garantías (2008) de la Comisión relativa a la aplicación de los arts. 87 y 88 del Tratado CE a las ayudas estatales otorgadas en forma de garantía, <i>por Juan Jiménez-Laiglesia Oñate, José María Jiménez-Laiglesia Oñate, Fernando Gutiérrez Rizaldos y Jorge Masía Tejedor</i>	247

CUARTA SESIÓN LAS AYUDAS PÚBLICAS EN TIEMPOS DE CRISIS (II)

13. Las ayudas para la reestructuración empresarial, <i>por Jaime Pérez-Bustamante y Fredrik Löwhagen</i>	297
14. Las ayudas de recapitalización y adquisición de activos depreciados en el sector financiero, <i>por Francisco Uría Fernández</i>	319
15. Los límites a las ayudas al sector financiero, <i>por Carlos Urraca Caviedes</i> ...	345
16. La recuperación de las ayudas ilegales de Estado, <i>por Antonio Creus Carreras</i>	369

ANEXOS

Anexo I	393
Anexo II	395

PRESENTACIÓN

Un año más, la Fundación Rafael del Pino acogió el pasado mes de noviembre el Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, que celebramos por sexta vez desde 2004, convertido en una esperada cita para todos los que en España nos venimos dedicando a esta disciplina.

El resultado de la reunión de 2009 es el libro que el lector tiene entre sus manos, bajo el título de *El Derecho de la Competencia en tiempos de crisis*. La obra viene a unirse a los cinco volúmenes editados hasta ahora por la Fundación Rafael del Pino y la Editorial Marcial Pons para recoger los trabajos de las sucesivas sesiones anuales: *La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, 2005; *El abuso de la posición de dominio*, 2006; *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, 2007; *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 2008, y *Los acuerdos horizontales entre empresas*, 2009.

Pocas veces la elección del tema había resultado para los directores, por evidente, tan fácil. La crisis económica, que desde hacía entonces un año venía sacudiendo al mundo con una intensidad desconocida desde la Gran Depresión, comenzaba a suscitar dudas sobre la eficacia del mercado como mecanismo para la asignación más eficiente de los recursos. No fueron pocas las voces que se levantaron en contra de lo que consideraban excesos de un irreflexivamente denominado liberalismo salvaje, en particular en los mercados financieros, y que abogaron por una mayor intervención de los poderes públicos en la economía. El debate —que Emilio ONTIVEROS ha denominado «revisiónismo macroeconómico»—, está lejos de concluir.

No es, desde luego, objeto de nuestro Seminario la política macroeconómica, ni siquiera las políticas regulatorias. Pero la política de la com-

petencia no es una política regulatoria más. Como subrayó recientemente Carl SHAPIRO «*it is a fundamentally different exercise. Unlike health and safety, environmental, and financial regulation, antitrust enforcement is not about steering the market in any particular direction other than the direction indicated by consumer preferences*». (ABA Antitrust Symposium, May 13, 2010).

Por ello, en una situación como ésta, parecía necesario que, también en el ámbito de nuestro Seminario, reflexionáramos sobre la vigencia y la aplicación del Derecho de la competencia en tiempos de crisis.

En contraste con las políticas propiamente regulatorias, en torno a las cuales continúa el debate acerca del mayor o menor grado de intervención que debe reservarse el Estado, en materia de política de la competencia el consenso general es que el mantenimiento de mercados competitivos resulta igualmente importante en tiempos de crisis que en tiempos de expansión. (Esta conclusión es, quizás, más inequívoca en Estados Unidos que en la Unión Europea, debido a la negativa experiencia derivada de la política contraria aplicada en aquel país para salir de la Gran Depresión, al comienzo de los años treinta).

Y, sin embargo, como se verá en la lectura de los trabajos que componen esta obra, una cosa es que deban mantenerse los principios inherentes a toda política de defensa de la competencia; y otra, que no deba tenerse en cuenta, en la aplicación de esos principios, la excepcional recesión que están atravesando nuestras economías.

Comienza la obra, al igual que el Seminario, con una exposición a cargo de Isabel SÁNCHEZ de la transposición llevada a cabo en España de la Directiva de servicios, que la autora no duda en calificar de menos ambiciosa de lo que se planteó en su concepción, sin que parezca que el recorte de los objetivos se deba a la crisis económica.

A continuación, abordando los acuerdos que pueden restringir la competencia, Julio COSTAS examina un tema clásico en la materia, los denominados «cárteles de crisis», llegando a la conclusión de que, si bien el concepto de cárteles de crisis no permite sostener una exención a la prohibición de los acuerdos horizontales en materia de fijación de precios, de repartos de mercado o reducción de capacidad, no es menos cierto que la Comisión Europea en el pasado ha valorado como atenuante una situación de crisis sectorial, a la hora de fijar las sanciones, como fue el caso en el asunto *Cemento* en 1994, y en el asunto de *Carnes de vacuno francesas* en 2003.

Fernando CASTILLO DE LA TORRE analiza la política de sanciones en tiempos de crisis, comparando las Directrices de la Comisión Europea

de 1998 y 2006 relativas al cálculo de las multas. Afirma el autor que aunque las Directrices actualmente vigentes parecen en su literalidad más estrictas que las de 1998 en cuanto a la posibilidad de tener en cuenta el contexto económico como elemento que puede justificar una reducción de la sanción, la práctica de la Comisión permite concluir que «un contexto económico específico», desvinculado de la falta de capacidad contributiva de una empresa concreta, puede dar lugar a una reducción de la sanción. En el mismo ámbito de los acuerdos restrictivos, Rafael ALLENDESALAZAR pasa revista a los acuerdos verticales, particularmente a los de fijación de precios y descuentos y a los de prohibición del comercio paralelo, subrayando que deben ser enfocados de manera no excesivamente apriorística sino teniendo en cuenta sus posibles resultados pro-competitivos, particularmente en tiempos de crisis.

También en materia de concentraciones la crisis debe tener su reflejo. El factor tiempo cobra una importancia primordial y, por ello, Antonio MARTÍNEZ sugiere varias medidas para acelerar el procedimiento de autorización, incluida la adopción de un procedimiento abreviado en determinados casos. Cani FERNÁNDEZ examina la posibilidad de facilitar la supervivencia de las compañías en crisis mediante la *failing firm defense*—sólo aceptada hasta ahora en dos ocasiones por la Comisión Europea—y apunta la necesidad de un cambio de aproximación a estas operaciones para que la figura, concebida hoy como una excepción, pueda tener alguna utilidad. Marcos ARAUJO, por su parte, subraya que la Comunicación de la Comisión Europea sobre remedios de octubre de 2008 no recoge ninguna alusión a la crisis económica que ya por entonces era una triste realidad pero afirma que es obvio que la crisis ha afectado a los remedios ofrecidos por las empresas y aceptados por las autoridades: mayor interés en la ejecución inmediata, mayor flexibilidad en la negociación de los plazos de cesión de activos, etc... En fin, concluyendo este panel, Juan DELGADO analiza la figura de los llamados «campeones nacionales» y sostiene que sólo en muy contadas ocasiones tienen justificación de eficiencia.

Los dos últimos paneles se dedicaron, como cabía esperar, a las ayudas públicas, instrumento utilizado por todos los Estados para facilitar a las empresas la salida de la crisis. Edurne NAVARRO hace un riguroso y detallado examen, no exento de crítica por la posible afectación a la seguridad jurídica, de las Comunicaciones de la Comisión Europea de abril y junio de 2009 tendentes a acelerar y simplificar los procedimientos de autorización de ayuda. Pedro CALLOL, estudia algún tipo novedoso de posible ayuda, en particular las contenidas en los sistemas ideados por algunos Estados miembros, España entre ellos, para financiar el servicio público de radiodifusión. José Luís DA CRUZ VILAÇA analiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia para conocer el grado de discrecionalidad

de que disponen los Estados miembros en materia de política fiscal y, en concreto, qué medidas fiscales, pese a ser selectivas (geográfica o sectorialmente) pueden no constituir una ayuda de Estado si no distorsionan la competencia o no afectan al comercio entre los Estados miembros. La compleja materia de las garantías públicas concedidas a las empresas es examinada por José María JIMÉNEZ-LAIGLESIA en el marco de la respectiva Comunicación de la Comisión de 2008.

Jaime PÉREZ-BUSTAMANTE repasa las tradicionales ayudas de salvamento y de reestructuración, destacando la Comunicación de la Comisión Europea de abril de 2009 sobre el marco temporal aplicable a las medidas estatales para facilitar el acceso a la financiación en el actual contexto de crisis económica y financiera. Francisco URÍA y Carlos URRACA analizan, desde perspectivas distintas, las cuatro específicas Comunicaciones de la Comisión Europea adoptadas entre octubre de 2008 y julio de 2009 para facilitar la intervención de los Estados miembros en apoyo de las entidades financieras, medidas que URÍA no duda en calificar de auténtico Derecho europeo de la competencia «de excepción», abogando por el retorno a la normalidad lo antes posible.

Antonio CREUS, finalmente, trata el espinoso y cada vez más actual tema de la recuperación de las ayudas ilegales, haciendo una original reflexión sobre las posibilidades ofrecidas para ello por la legislación española.

Como decíamos más arriba, parece existir consenso general en cuanto a que los principios de la libre competencia en el mercado deben ser mantenidos también en tiempos de crisis. Legalmente, porque están en vigor. Y económicamente, porque la experiencia demuestra que su derogación retrasa la salida de la crisis. Pero esos mismos principios deben ser aplicados en todas las áreas (acuerdos que restringen la competencia, concentraciones, ayudas públicas...) teniendo muy en cuenta «el contexto económico específico» de la economía y del sector, y la particular situación de cada empresa.

Santiago MARTÍNEZ LAGE
Amadeo PETITBÒ JUAN
Co-Directores de la obra