
URÍA MENÉNDEZ

COVID-19: CONSIDERACIONES EN
RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL
DERECHO DE LA COMPETENCIA

13 de mayo de 2020

Índice

1.1	AYUDAS DE ESTADO.....	3
1.2	CONTROL DE CONCENTRACIONES.....	10
1.3	EXPEDIENTES SANCIONADORES – MEDIDAS DE COOPERACIÓN ENTRE EMPRESAS Y PLAZOS	12
1.4	ABOGADOS DE CONTACTO.....	14

1.1 AYUDAS DE ESTADO

Los Estados Miembros de la Unión Europea (“UE”), incluida España a través del RDL 8/2020, han anunciado medidas urgentes para hacer frente al impacto económico causado por la propagación del virus. Estas medidas de apoyo deben cumplir con la normativa de la UE en materia de ayudas de Estado y, en su caso, **podrán requerir autorización previa de la Comisión Europea**, de conformidad con lo previsto en los artículos 107 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”).

Incluso en momentos de crisis como el actual, es importante que los potenciales beneficiarios verifiquen su legalidad antes de recibir las ayudas. La Comisión Europea puede ordenar la devolución de ayudas estatales que no sean compatibles con el TFUE y no hayan sido previamente aprobadas, y ello durante un plazo de 10 años después de la fecha de concesión.

No toda medida de apoyo estatal requerirá autorización previa de la Comisión Europea. Varias de las medidas contempladas en las disposiciones que han venido aprobándose, cuya aplicación se prevé sin distinción a todos los sectores de la economía (por ejemplo, subsidios salariales o la suspensión del pago del impuesto de sociedades, del IVA o de las cotizaciones sociales) o los pagos directos a consumidores (por ejemplo, de servicios que hayan sido anulados), con carácter general, no entran en el ámbito de aplicación de la normativa de ayudas de Estado.

Las medidas que sí constituyen ayudas de Estado son aquellas que tienen carácter sectorial, ya sea legalmente (solo se aplican a un sector de la economía) o de facto (en realidad solo benefician a empresas de un determinado sector o que se encuentran en una situación especial que constituye una excepción al régimen general). Con carácter general, estas medidas deben notificarse y autorizarse previamente por parte de la Comisión Europea. **No obstante, si las medidas se encuadran en reglamentos de exención existentes y no superan los límites fijados en los mismos** (por ejemplo, ayudas de *minimis*, I+D o a pymes) **no es preciso que obtengan autorización expresa previa de la Comisión Europea.** Así, por ejemplo, la línea de avales del ICO aprobada por el RDL 8/2020 en lo que respecta a autónomos y a pymes se ha configurado como una ayuda *de minimis*.

En respuesta a esta crisis, la Comisión Europea anunció inicialmente un paquete de medidas contra el COVID-19¹ que invitaba a los Estados Miembros a hacer uso de dos disposiciones del TFUE aplicables en una situación de emergencia o crisis como la actual, que permiten la concesión de ayudas de Estado a las empresas y constituyen un complemento de las medidas de ayuda tradicionales:

- (i) Ayuda para compensar a las empresas por los daños causados por "*desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional*" (artículo 107.2.(b) TFUE). Esta disposición se puede utilizar para justificar la ayuda a sectores que se vean afectados directa y concretamente por la crisis, como el transporte o el turismo, o en favor de las empresas en sectores afectados por la orden de cierre al público incluida en el RD Estado de Alarma, entre los que la Comisión Europea señala expresamente el sector del transporte, turismo, hostelería, organizadores de eventos que hayan sido cancelados y comercio minorista. Es relevante que el principio de ayuda única no resulta de aplicación a estas ayudas, es decir, los beneficiarios de ayudas de salvamento y de reestructuración de empresas no financieras en crisis al amparo del artículo 107.3.(c) TFUE pueden serlo también de medidas contra el COVID-19 en el mismo periodo de 10 años. Por lo tanto, las ayudas justificadas sobre la base del artículo 107.2.(b) TFUE pueden combinarse con ayudas de salvamento y reestructuración dirigidas a solucionar necesidades graves de liquidez y dificultades financieras debidas al COVID-19 o agravadas por esta causa.
- (ii) Ayuda para "*remediar una grave perturbación en la economía de un Estado miembro*" (artículo 107.3.(b) TFUE). La Comisión Europea ha confirmado que el brote del COVID-19 es una situación grave que requiere una respuesta ágil y reconoce que, como consecuencia del mismo, "*toda la economía de la UE está sufriendo una grave perturbación*" y acepta que se necesita apoyo público para garantizar que las empresas disponen de suficiente liquidez y preservar la continuidad de la actividad económica durante y después del brote del COVID-19.

El 19 de marzo de 2020, la Comisión Europea aprobó un *Marco Temporal en materia de Ayudas Estatales destinado a respaldar la economía en el contexto del brote de COVID-19*² ("Marco"). El Marco entró en vigor de forma inmediata y se amplió recientemente, el 3 de

¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_20_459.

² https://ec.europa.eu/competition/state_aid/what_is_new/sa_covid19_temporary-framework.pdf.

abril de 2019, con varias medidas adicionales (las cinco últimas de las que enunciamos a continuación). Este Marco estará en vigor hasta el 31 de diciembre de 2020.

El Marco, según ha sido recientemente ampliado, contempla distintos tipos de ayudas que podrán utilizar los Estados:

- a) **Subvenciones directas, ventajas fiscales selectivas y anticipos:** permite que los Estados concedan ayudas de hasta 800.000 euros por “empresa” (no por sociedad) para que esta pueda hacer frente a sus necesidades urgentes de liquidez. Adicionalmente, la ayuda debe ser concedida en el marco de un régimen de ayudas con un presupuesto estimado y debe concederse a empresas que no estaban en crisis a 31 de diciembre de 2019 pero que lo estén como consecuencia del brote del COVID-19.
- b) **Garantías estatales para préstamos concedidos por bancos a empresas:** se prevé que los Estados puedan ofrecer garantías estatales para asegurar que los bancos sigan concediendo préstamos a los clientes que los necesiten. Se establecen niveles mínimos de primas de garantía distinguiendo entre *pymes* y grandes empresas y en función de la duración. También es posible que los Estados notifiquen regímenes diferentes, modulando el vencimiento, el precio o la cobertura sobre la base de lo indicado en el Marco. La duración máxima de la garantía será de 6 años. España ha aprobado, en aplicación de este Marco, el primer tramo de 20.000 millones de euros de la línea de avales aplicable a empresas que no son *pymes*.
- c) **Préstamos públicos bonificados a las empresas o adquisición de deuda subordinada:** los Estados también podrán conceder a las empresas préstamos con tipos de interés reducidos que permitan cubrir sus necesidades inmediatas de capital circulante e inversión. El Marco fija un tipo base que puede ser modulado por los Estados. El vencimiento del préstamo o de la deuda no podrá superar los 6 años. En los casos de deuda subordinada se establecen ciertos límites en relación con el importe de la deuda³ y el porcentaje que representa con respecto a la deuda ordinaria⁴ que, si se superasen conlleva resulte de aplicación lo previsto en relación con las medidas de recapitalización.
- d) **Seguro de crédito a la exportación a corto plazo:** el Marco introduce mayor flexibilidad en cuanto a la forma de demostrar que determinados países presentan riesgos que no son

³ Se establecen dos límites cumulativos: (i) 2/3 de los costes salariales anuales del beneficiario en 2019 para grandes empresas y los costes salariales correspondientes a 2019 para Pymes; y (ii) 8,4% de la facturación total del beneficiario en 2019 para grandes empresas y el 12,5% de la facturación anual del beneficiario en 2019 para Pymes.

⁴ 1/3 de la deuda senior para grandes empresas y 1/2 para Pymes.

cubiertos por aseguradoras privadas, permitiendo así que el Estado ofrezca, en caso necesario, seguros de crédito a la exportación a corto plazo.

- e) **Subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales para facilitar la investigación y el desarrollo relacionados con el COVID-19** y otros antivirales, incluyendo la investigación sobre vacunas, medicamentos y tratamientos, productos sanitarios y equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes y ropa y equipos de protección. La ayuda podrá cubrir hasta el 80% o el 100% de los costes subvencionables dependiendo del tipo de investigación y podrá ampliarse si varios Estados apoyan el proyecto. A cambio, el beneficiario deberá comprometerse a conceder licencias no exclusivas en condiciones de mercado y no discriminatorias a terceros en el ámbito del EEE.
- f) **Subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales para la mejora, construcción y ampliación de escala de laboratorios para la producción masa de productos relacionados con el COVID-19** (e.g. medicamentos, tratamientos, productos sanitarios, equipos hospitalarios y médicos, desinfectantes o herramientas de recogida de datos). La ayuda podrá cubrir el 75% de los costes subvencionables. Adicionalmente, también podrá concederse una garantía para cubrir pérdidas.
- g) **Subvenciones directas, anticipos reembolsables o ventajas fiscales para la creación de capacidades adicionales para la producción de productos necesarios para responder al brote** (e.g. medicamentos, materiales sanitarios, desinfectantes o equipos médicos). La ayuda podrá cubrir el 80% de los costes subvencionables y podrá incrementarse si varios Estados Miembros participan en el proyecto. Adicionalmente, también podrá concederse una garantía para cubrir pérdidas.
- h) **Aplazamiento del pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social:** la ayuda se podrá conceder a sectores o regiones específicas. La ayuda se concederá antes del 31 de diciembre de 2020 y la fecha límite para el aplazamiento no podrá ser posterior a 31 de diciembre de 2022.
- i) **Subsidios salariales para los empleados a fin de evitar reducciones de plantilla durante el brote:** La ayuda se podrá conceder a empresas de sectores, regiones o tamaños específicos especialmente afectadas por el COVID-19. El subsidio se podrá conceder por un periodo máximo de 12 meses y en principio no podrá superar el 80% del salario bruto mensual del personal beneficiario.

En el caso de las medidas contempladas en los apartados (h) e (i), solo constituirán “ayudas de Estado” si se dirigen a determinados sectores, tipos de empresas o regiones, pero no si se

aprueban y aplican con carácter general a todas las empresas sin destinarse a un sector o categoría de empresas específicos.

El 8 de mayo de 2020, la Comisión aprobó la segunda modificación del Marco, estableciendo los criterios para que los Estados miembros puedan dotar de capital a las empresas no financieras que lo necesiten a través de recapitalizaciones y del uso de deuda subordinada.

Las nuevas medidas de recapitalización podrán concederse hasta el 1 de julio de 2021, una vigencia mayor que el resto de medidas contempladas en el Marco Temporal que sólo podrán concederse hasta el 31 de diciembre de 2020.

Se contemplan dos tipos de **ayudas de recapitalización**, en la forma de: (i) capital; o (ii) instrumentos de capital híbridos (i.e. derechos de participación en beneficios, acciones sin voto y obligaciones convertibles garantizadas y no garantizadas). La concesión de estas ayudas se supedita al cumplimiento de los siguientes requisitos:

- i. **Necesidad:** La ayuda a la recapitalización deberá ser el último recurso y sólo podrá concederse si se acredita que sin la intervención del Estado el beneficiario no habría podido continuar sus actividades o se habría enfrentado a serias dificultades. Será preciso acreditar que el beneficiario no ha podido obtener financiación en el mercado en condiciones razonables y que el resto de medidas de ayuda adoptadas por el Estado no resultan suficientes para asegurar su viabilidad.
- ii. **Interés público en la intervención:** Se prevé que esta medida únicamente se conceda en favor de empresas estratégicas, bien en atención a evitar una pérdida significativa de empleos, la salida del mercado de una empresa especialmente innovadora o de importancia sistémica o riesgo de interrupción de un servicio importante.
- iii. El **beneficiario no era una “empresa en crisis”** a 31 de diciembre de 2019.
- iv. **Solicitud por escrito** del beneficiario.
- v. El **importe de la recapitalización** debe limitarse al **mínimo imprescindible** para permitir la viabilidad de la empresa y no debe utilizarse para mejorar la situación de la compañía con respecto a la que tenía antes del brote del COVID-19.

- vi. Establecimiento de un **mecanismo de remuneración suficiente** al Estado por su inversión. Esta remuneración deberá aumentar progresivamente en el tiempo si la participación del Estado se mantiene a partir de ciertas fechas.⁵
- vii. Establecimiento de un **plan de salida** y seguimiento de su evolución.

El Marco establece que con la finalidad de limitar las posibles distorsiones a la competencia provocadas por la recapitalización de ciertas empresas, se deberán imponer limitaciones a la actuación del beneficiario en el mercado hasta que se haya producido la amortización de la deuda estatal:

- i. **Prohibición de reparto de dividendos** y de recompra de acciones de terceros.
- ii. **Prohibición de aumento del sueldo de los Directivos o concesión de bonus o remuneraciones variables** hasta que no se haya amortizado al menos el 75% de la ayuda.
- iii. **Prohibición de utilizar el hecho de haber recibido una medida de ayuda con fines publicitarios.**
- iv. **Prohibición de adquisición de más de un 10% en entidades competidoras o entidades activas en el mismo sector** hasta que no se haya amortizado al menos el 75% de la ayuda. Esta prohibición no se aplicará en el caso de pymes.

Es destacable que el Marco indica expresamente que estas ayudas tienen como **destinatario directo a las empresas** y los bancos deben limitarse a canalizar las mismas. Por lo tanto, cualquier ayuda que pueda concederse a entidades financieras quedará fuera del Marco y seguirá el procedimiento normal de concesión de ayudas de Estado.

Los Estados Miembros **deben notificar a la Comisión Europea con carácter previo las medidas que constituyan ayudas de Estado y se aprueben** en aplicación del Marco. No obstante, si cumplen los requisitos fijados en el mismo, se considerarán compatibles con el mercado interior. Ello implica que, en la práctica, la autorización de las ayudas que están concediendo los distintos Estados Miembros se está realizando en un plazo muy breve desde la notificación, habiéndose aprobado ya más de 80 esquemas de ayudas desde el anuncio del

⁵ Si transcurridos 4 años en el caso de las sociedades cotizadas y 5 en el caso del resto de empresas, el Estado mantiene más de un 40% de su participación, la remuneración se aumentará en un 10%. La remuneración se volverá a aumentar en el año 6 para las entidades cotizadas (7 para el resto de empresas). En el caso de los instrumentos híbridos, se prevé que transcurrido cierto tiempo se produzca la conversión en capital de la deuda y que a partir del año 2 tras la conversión, se introduzcan mecanismos de aumento de la remuneración.

Marco.⁶ En el caso de las medidas de recapitalización, se requerirá adicionalmente una notificación individual a la Comisión Europea de las medidas que conlleven una ayuda individual superior a 250 millones de euros.

En el caso de España en particular, la Comisión Europea ya ha aprobado al amparo del Marco el primer tramo de la Línea de Avales de 20.000 millones de euros notificada por España, así como un segundo programa de ayudas a autónomos, pymes y grandes empresas. Este segundo programa se refiere a otras medidas previstas en el Marco como subvenciones directas, anticipos reembolsables, ventajas fiscales y facilidades de pago o préstamos en condiciones favorables, que podrán ser concedidos por cualquier autoridad española (nacional, regional o local) dentro de los límites del Marco.

⁶ La Comisión ha habilitado un buzón y una línea dedicada para que los Estados Miembros puedan remitir las notificaciones de medidas de ayuda relativas al COVID-19.

1.2 CONTROL DE CONCENTRACIONES

El RD Estado de Alarma prevé **la suspensión de los plazos administrativos** en todo el sector público mientras se mantenga el mismo. Los plazos para dictar y notificar resoluciones en los procedimientos de control de concentraciones actualmente en trámite quedan, en consecuencia, suspendidos y el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (la “**CNMC**”) no tiene obligación de adoptar resoluciones durante este periodo. De la misma forma, ni las partes en dichos procedimientos ni los terceros tienen obligación de responder a los posibles requerimientos de información cuyo plazo para contestar no hubiera concluido a fecha de 14 de marzo de 2020 y, por lo tanto, no se exponen a multas por parte de la CNMC en caso de no responderlos durante la vigencia del RD Estado de Alarma.

No obstante, el apartado 3 de la Disposición Adicional Tercera del RD Estado de Alarma, prevé que la CNMC pueda acordar medidas de ordenación e instrucción para evitar perjuicios graves a los derechos e intereses de las partes en el procedimiento siempre que estas manifiesten su conformidad. En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente el Pleno del Consejo de la CNMC, al aclarar, mediante su acuerdo de 6 de abril de 2020, que podrá decidir la continuación de procedimientos administrativos que resulten indispensables.

Con base en esta disposición, en la práctica, la CNMC está aceptando a solicitud de los interesados la continuación de determinados procedimientos que, de forma clara, no presenten problemas para la competencia y que, por tanto, no requieran la realización de consultas a terceros tales como competidores, clientes o proveedores y puedan tramitarse sin dificultades. Es más, el Consejo de la CNMC, que mantiene sus reuniones por medios telemáticos, ha aprobado varias operaciones en expedientes que se encontraban en tramitación e, incluso, ha aceptado –y aprobado– notificaciones presentadas durante la vigencia del RD Estado de Alarma.

Por su parte, la Comisión Europea ha hecho público un comunicado⁷ en el que insta a las partes a consultar previamente con el equipo instructor y a retrasar las notificaciones de algunas operaciones de concentración, siempre que sea posible. En dicho comunicado, la Comisión Europea justifica dicha decisión en las dificultades que puede encontrar para recopilar información de terceros durante este periodo y en las limitaciones de acceso a la información y a las bases de datos debido a las medidas adoptadas para asegurar el trabajo en remoto. No

⁷ <https://ec.europa.eu/competition/mergers/news.html>.

obstante, en la práctica, la tramitación de las operaciones más sencillas que no requieren información de terceros no se ha visto significativamente afectada. La Comisión Europea está aceptando de manera temporal la notificación formal de operaciones por medios telemáticos y ha adoptado varias decisiones de autorización en las últimas semanas.

1.3 EXPEDIENTES SANCIONADORES – MEDIDAS DE COOPERACIÓN ENTRE EMPRESAS Y PLAZOS

La CNMC ha advertido a las empresas que no considera que la crisis actual suponga, con carácter general, una situación que justifique excluir la aplicación de la normativa sobre acuerdos entre empresas o abusos de posición de dominio. De hecho, ha extremado la vigilancia ante posibles abusos o prácticas que pudieran entorpecer el abastecimiento o producir el encarecimiento de los productos necesarios para la protección de la salud e incluso ha anunciado el inicio de investigaciones en el sector financiero y funerario a raíz de varias denuncias presentadas por consumidores a través del buzón específico habilitado por la autoridad para recibir información, consultas y denuncias relacionadas con el COVID-19.

No obstante, la CNMC, al igual que otras autoridades de competencia, también ha mostrado cierta comprensión ante la situación excepcional que ha generado el brote de COVID-19. En un reciente comunicado conjunto de la Comisión Europea y de las autoridades nacionales de competencia de los Estados Miembros de la UE, han manifestado que tienen la intención de analizar con cierta flexibilidad los acuerdos de cooperación temporales entre empresas que se refieran a los suministros y distribución de productos necesarios para los consumidores y generen eficiencias para evitar situaciones de desabastecimiento. Han indicado asimismo que no tienen intención de intervenir en tales casos y se muestran dispuestas a recibir consultas y ofrecer orientaciones informales sobre proyectos que permitan favorecer la producción y el suministro de los bienes de primera necesidad.⁸

En esta línea, la Comisión Europea ha aprobado, el 8 de abril de 2020, una *Comunicación sobre un Marco temporal* en el que ofrece directrices a las empresas que celebren acuerdos de cooperación en situaciones de emergencia relacionadas con el actual brote del COVID-19.⁹ Se trata de abordar supuestos en los que empresas competidoras puedan coordinarse para la gestión de las existencias de producción o distribución y está principalmente destinado a

⁸ https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

⁹ https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/framework_communication_antitrust_issues_related_to_cooperation_between_competitors_in_covid-19.pdf.

empresas farmacéuticas. En estas directrices, la Comisión Europea facilita los criterios que va a utilizar para el análisis de este tipo de acuerdos y establece un procedimiento para que las empresas puedan comunicar sus acuerdos y obtener una carta de compatibilidad en relación con los mismos. Conforme a la normativa general de acuerdos entre empresas, las empresas tienen la obligación de autoevaluar la compatibilidad de sus acuerdos de cooperación, asumiendo el riesgo, en su caso de que este análisis pueda no coincidir con el que posteriormente realice la autoridad. Por tanto, el nuevo marco aprobado recupera, con carácter temporal, la posibilidad de que las empresas puedan realizar notificaciones a la Comisión Europea en relación con acuerdos horizontales para que esta emita una carta en la que analice la compatibilidad de los mismos y así las empresas obtengan plena seguridad jurídica.

El Marco temporal indica que la cooperación en el sector de la salud será compatible con la normativa de competencia si se realiza a través de una asociación o entidad independiente que se encargue de agregar la información, evitando así el intercambio directo de información confidencial individualizada entre las empresas, estableciendo salvaguardas suficientes para evitar ese intercambio directo de información. También reconoce que, en ocasiones puede ser preciso ir más allá y permitir un intercambio directo entre las empresas de información confidencial sobre capacidad de producción, stock o estructura de distribución para coordinar la organización de la producción y distribución de determinados medicamentos esenciales (i.e. quién produce qué tipos de medicamentos y en qué instalaciones) para asegurar el suministro. Este intercambio de información que generalmente sería considerado contrario a la normativa de competencia se permite en este supuesto siempre que: (i) esté diseñado y sea objetivamente necesario para aumentar la producción de forma eficiente para hacer frente a un previsible desabastecimiento de productos esenciales; (ii) sea temporal; y (iii) no exceda de lo estrictamente necesario para evitar el desabastecimiento. En estos supuestos, las empresas deberán documentar el intercambio de información y los acuerdos que se alcancen ya que la Comisión puede solicitar copia de los mismos. El hecho de que la cooperación sea solicitada o coordinada por una autoridad pública será un factor relevante para concluir que esta cooperación no plantea problemas de compatibilidad con la normativa de defensa de la competencia. De hecho, si la coordinación se produce en respuesta a un mandato imperativo de las autoridades públicas, la misma estará automáticamente permitida.

Por otra parte, **los plazos máximos de la CNMC para resolver expedientes sancionadores también quedan automáticamente suspendidos**. Lo mismo sucede con aquellos trámites o emplazamientos que no hubieran concluido a fecha de 14 de marzo de 2020 tales como la respuesta a requerimientos de información o la presentación de alegaciones a pliegos de concreción de hechos o propuestas de resolución.

1.4 ABOGADOS DE CONTACTO



Jaime Folguera Crespo

Socio

+34 915 860 366

jaime.folguera@uria.com

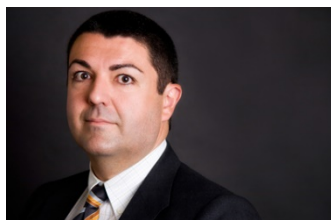


Alfonso Gutiérrez Hernández

Socio

+34 915 860 663

alfonso.gutierrez@uria.com



Antonio Guerra Fernández

Socio

+34 915 860 563

antonio.guerra@uria.com



Patricia Vidal Martínez

Socia

+34 915 864 597

patricia.vidal@uria.com



Edurne Navarro Varona

Socia

+322 639 6462

edurne.navarro@uria.com



Ana Raquel Lapresta

Asociada principal

+3226396464

raquel.lapresta@uria.com

**BARCELONA
BILBAO
LISBOA
MADRID
PORTO
VALENCIA
BRUXELLES
LONDON
NEW YORK
BOGOTÁ
CIUDAD DE MÉXICO
LIMA
SANTIAGO DE CHILE
BEIJING**

www.uria.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico