

REVISTA MENSUAL DE COMPETENCIA Y SECTORES REGULADOS

Número 66

Del 15/11/08 al 15/01/09

SUMARIO

- Noticias españolas de competencia
- Noticias comunitarias y otras jurisdicciones
- Noticias sobre sectores regulados
- Comentarios breves

Comentario en este número...

Los Principios generales de la Comunicación de la Comisión sobre las ayudas estatales a las entidades financieras en dificultades

Por Dr. José Antonio Rodríguez Miguez.

ESPAÑA - NOTICIAS DE COMPETENCIA

RESOLUCIONES, ACUERDOS Y SENTENCIAS

• AGEDI y AIE sancionadas

En relación con el expediente Fonogramas, iniciado mediante denuncia de Sogecable contra las entidades de gestión colectiva AGEDI y AIE, la CNC resolvió el 9 de diciembre multas de 815.000 y 615.000 euros respectivamente al considerar acreditado que éstas abusaron de su posición dominante en el mercado de gestión de derechos de propiedad intelectual de los productores de fonogramas y de los artistas intérpretes o ejecutantes musicales en España, en concreto, por aplicar condiciones desiguales a prestaciones equivalentes (las tarifas son manifiestamente más elevadas que las exigidas a TVE y ONO, durante el periodo 1990/2002).

La CNC intima además a estas entidades para que en todos los procesos de negociación que se lleven a cabo en el futuro informen a los usuarios de las bases económicas de los acuerdos previamente alcanzados con otros usuarios que desarrollen igual o similar actividad y realicen un uso equivalente del repertorio.

Se recuerda que el extinto TDC ya había sancionado en 2006 a AGEDI por razones similares.

• Aprobada en primera fase la adquisición por Supermercados Sabeco de Galerías Primero

El pasado 5 de diciembre, la CNC acordó en primera fase condicionar la aprobación de la operación al cumplimien-

to de ciertos compromisos (desinversión de determinados establecimientos) ofrecidos por la filial de Auchan, a fin de resolver los problemas detectados en algunas localidades de Aragón (Calatayud, Alcañiz y Ejea de los Caballeros).

La operación había sido notificada previamente en agosto de 2008 (y fue remitida a 2ª fase), si bien Sabeco desistió entonces de la misma.

Es el tercer caso en el que se recurre al ofrecimiento de compromisos por el notificante en el marco del control de concentraciones desde la entrada en vigor de la nueva LDC (de 123 operaciones resueltas), tras los casos de Adeslas/Policlínicas San José (C/0051) y de Dia/ Plus (C/0001). Curiosamente, los tres expedientes han sido resueltos en primera fase.

OTRAS NOTICIAS

• La CNC abre un expediente a ECOVIDRIO

Tras la investigación iniciada a raíz de la denuncia presentada en marzo 2008 por Vidrio Recuperado, S.A., la CNC ha acordado la incoación de un expediente sancionador contra ECOVIDRIO por el falseamiento del proceso de licitación y adjudicación sus concursos de recogida y tratamiento de residuos de envases de vidrio, en los concursos de compraventa de vidrio y en los concursos de instalación de contenedores para los residuos de envases de vidrio (prácticas prohibidas por los artículos 1 y 2 LDC). [Comunicado de prensa 12.12.08](#)

CMS ALBIÑANA & SUÁREZ DE LEZO

GÉNOVA 27, 28004 MADRID, TEL. 91 451 9300 FAX. 91 399 0632 www.cms-asl.com

AVDA. DE LA CONSTITUCIÓN 21, 41004 SEVILLA, TEL. 954 286 102 FAX 954 278 319

MARINA BANÚS, BLOQUE 4, 15-16, 29660, PUERTO BANÚS, MARBELLA, MÁLAGA, TEL. 952 907 320 FAX 952 907 319

- **Proyecto de comunicación sobre la cuantificación de las sanciones**

La CNC somete a consulta pública un proyecto de comunicación (conforme a la Disposición Adicional Tercera LDC) para aclarar los criterios utilizados para calcular las sanciones impuestas a los infractores de la LDC.

El objetivo último es mejorar la transparencia y objetividad en el cálculo de las sanciones y favorecer la seguridad jurídica de los operadores económicos.

La propuesta prevé que el cálculo de sanciones se haga del siguiente modo:

- (i) Determinación del importe básico de la sanción, como una proporción del volumen de ventas neto del infractor, teniendo en cuenta la dimensión y características del mercado de producto o servicio y geográfico relacionado directa o indirectamente con la infracción, cuotas de mercado, alcance, duración y efectos de la infracción, etc.;

Para determinar el importe básico, se partirá del 10% del volumen de ventas relacionado con la infracción, el cual podrá incrementarse en otro 10%, si la infracción es muy grave, y/o en un 10% adicional, si los mercados afectados se corresponden con un bien/servicio intermedio susceptible de provocar efectos en cascada en otros mercados. Así, el importe básico se situará entre un 10 y un 30% de la facturación del infractor relacionada con la infracción y durante todo el tiempo de duración de la misma.

- (ii) Aplicación de un coeficiente de ajuste en función de las agravantes y atenuantes concurrentes; y
- (iii) Ajuste, cuando proceda, de la cantidad resultante en función de los límites establecidos en la LDC y del beneficio ilícito obtenido a raíz de la infracción.

Proyecto de comunicación sobre la cuantificación de las sanciones

- **La CNC abre un expediente sancionador a determinadas transitarias por carretera**

En noviembre 2008 la CNC ha incoado expediente sancionador contra diversas empresas del sector de las actividades transitarias por carretera, bajo sospecha de acuerdos y/o prácticas concertadas de fijación de precios y otras condiciones comerciales o de servicio. A tal efecto, la CNC ha llevado a cabo inspecciones domiciliarias en las sedes de estas empresas.

Comunicado de prensa 19.11.08

BREVES

- La CNC hace públicos sus informes sobre análisis de mercados de telecomunicaciones. A este respecto, y en particular sobre el mercado de acceso mayorista de banda ancha, vid. Noticias Comunitarias.

Mercado 1: acceso a la red telefónica pública en una ubicación fija para clientes residenciales y no residenciales

Mercado 2: acceso y originación de llamadas en la red telefónica pública en una ubicación fija

Mercado 3: terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija

(Antiguos) mercados 3 a 6: mercados de tráfico telefónico disponibles al público prestados desde una ubicación fija

Mercados 4 y 5: acceso (físico) al por mayor a infraestructura de red en una ubicación fija y de acceso de banda ancha al por mayor

Mercado 7: terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales

- La CNC ha comunicado su intención de publicar en 2009 informes sobre la situación de competencia en los sectores de la energía y las telecomunicaciones. Estos informes tan solo contienen recomendaciones no vinculantes al Gobierno.
- La CNC ha abierto un expediente sancionador al fabricante de artículos de moda femeninos, El Corral de las Flamencas S.L., por fijación del precio de venta a sus distribuidores.

Comunicado de prensa 07.11.08

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

- **Notificadas:** Arkema/Geo; Thermo Fisher/Bonsai; CSL/Talecris; Distirutas/Gelosa.
- **Autorizadas:** Saibot/RSPV/21 Investment Partners; Cajasol/Caser; Abertis/Avasa; Nutrepa/Cuetara; 3i Gestión/Labco; Mitsubishi/Lucite; Iberia/Gestair/Corjet; Lloyds TSB/HBOS; Spectris/Lochard; Caxanova/R Cable; Supermercados Sabeco/Galerías Priero; Cemex/Orionidas; Aurica XXI/CCAN/JFP; Cimpor/Cemex (activos Canarias); Saras Energía/ERG Petróleos.

UE Y OTRAS JURISDICCIONES- NOTICIAS DE COMPETENCIA

DECISIONES Y SENTENCIAS

- **La Comisión aprueba la fusión entre Vueling y Clickair, sujeta a condiciones**

La fusión, autorizada el 9 de enero, dará lugar a “Nueva Vueling”, de la que el grupo Iberia adquiriría el control.

Al igual que en operaciones anteriores en el sector del transporte aéreo, la Comisión analizó los efectos ruta a ruta. La investigación puso de manifiesto que la operación planteaba serias dudas al restringir la competencia o incluso favorecer la creación de un monopolio en 19 rutas españolas con destino a otros países europeos.

Con el fin de eliminar estas dudas, las partes se comprometieron a transferir gratuitamente franjas horarias (es decir, derechos de aterrizaje y despegue en los aeropuertos a horas determinadas) en varios aeropuertos, fundamentalmente en El Prat de Barcelona y en Madrid-Barajas, de manera que puedan ser aprovechadas por nuevas compañías, o por las que ya operan en esas rutas, de manera que puedan ofrecer más de 150 viajes de ida y vuelta adicionales por semana. La Comisión considera que estos compromisos, al facilitar la entrada de competidores, mantendrán la presión competitiva sobre la entidad resultante de la concentración.

- **Envío de pliego de cargos de la Comisión a EdF por abuso de su posición de dominio**

La Comisión confirmó con el 29/12/08 el envío de un pliego de cargos a la eléctrica francesa por las condiciones pactadas para el suministro de electricidad a clientes industriales en Francia.

Según la Comisión, ciertas cláusulas de exclusividad y duración de algunos contratos, así como la imposibilidad de revender la electricidad por estos clientes, pueden restringir su capacidad de cambiar de suministrador y reducir la competencia en el mercado (especialmente atendiendo a la importante cuota de mercado vinculada por tales prácticas). Según la Comisión, estas prácticas podrían haber dificultado la entrada y desarrollo de operadores alternativos, y contribuido a la rigidez del mercado mayorista de electricidad francés.

- **La Comisión autoriza con reservas el proyecto de regulación español sobre el acceso mayorista de banda ancha**

El 24/12/08 la Comisión notificó su aprobación con reservas del proyecto de la CMT sobre la reglamentación de acceso mayorista de banda ancha (según el procedi-

miento previsto en la Directiva marco sobre comunicaciones electrónicas).

En noviembre, la Comisión ya puso objeciones a la definición del mercado que figuraba en el proyecto de la CMT; en particular, sobre la exclusión del mercado de las velocidades superiores a los 30 Mb/s y la inclusión de infraestructuras alternativas (cable y acceso desagregado al bucle de abonado).

El 4 de diciembre, la CMT notificó una versión revisada del proyecto, recogiendo las sugerencias sobre la definición del mercado, pero sin imponer como medida correctora el acceso mayorista para velocidades superiores a 30 Mb/s (por lo que, estima la Comisión, el resultado es equivalente a la propuesta inicial que había sido objetada). Por ello, la Comisión invita a la CMT a aplicar medidas correctoras también para los productos de acceso mayorista por encima de los 30 Mb/s.

Con arreglo a la normativa de la UE, la Comisión puede vetar los análisis de mercado realizados por el regulador nacional, pero no una medida correctora errónea. Por consiguiente, en el caso que nos ocupa, aunque la Comisión sí pudo corregir el planteamiento de la CMT sobre la definición del mercado (eliminando la distinción en función del umbral de los 30 Mb/s), únicamente puede manifestar su preocupación respecto de una medida correctora con la que no está conforme.

La Comisión ha propuesto una reforma de la normativa que le permita actuar también en estos casos.

En esta misma línea se ha pronunciado recientemente la CNC, al ser preguntada por la CMT sobre la definición del mercado de banda ancha, estimando que no procede establecer limitaciones de velocidad que excluyan de dicho mercado a los servicios de acceso de más de 30 Mb/s, especialmente por el gradual desarrollo tecnológico de las redes de telecomunicación que producirá la sustitución progresiva de los servicios y contenidos actuales, concluyendo que los servicios de banda ancha y ultra-ancha son sustitutivos de manera asimétrica.

- **Autorizada la compra de British Energy por EDF**

El 22/12/08 la Comisión autorizó la propuesta de adquisición de British Energy por EdF, sujeta a los compromisos ofrecidos por las partes consistentes en:

- La desinversión de activos de generación de electricidad (estaciones de generación de electricidad situadas en Sutton Bridge, propiedad de EdF, y en Eggborough, propiedad de BE);

- El suministro de un volumen mínimo de electricidad al mercado mayorista durante cierto tiempo;
 - La desinversión de un terreno potencialmente adecuado para la construcción de una central nuclear en Dungeness o Heysham; y
 - Dar cumplimiento a un contrato de conectividad con la compañía National Grid en Hinkley Point.
- **El TPI confirma la responsabilidad solidaria de Repsol YPF**

El 18/12/08 el TPI confirmó la decisión de la Comisión contra General Química, S.A.; Repsol Química, S.A.; y Repsol YPF, S.A., por participar en un cartel de fijación de precios e intercambio de información en el sector de sustancias químicas para la industria del caucho, y en la que se les impone una multa de € 3,38 millones.

En particular, el TPI confirma la responsabilidad solidaria de las tres sociedades pues, a pesar de que la participante directa en el cartel fue General Química, ésta es una filial propiedad al 100% de Repsol Química, S.A., que es a su vez propiedad al 100% de Repsol YPF, S.A.

El TPI determina que cuando una sociedad matriz controla al 100% la filial que ha incurrido en un comportamiento infractor, existe la presunción refutable de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva sobre el comportamiento de su filial, y que constituyen una sola empresa en el sentido del Artículo 81 TCE y que, por tanto, corresponde a la sociedad matriz que impugna ante el juez comunitario una decisión de la Comisión por la que ésta le impone una multa por una conducta de su filial desvirtuar esta presunción aportando elementos de prueba que acrediten la autonomía de esta última. Lo que, según el TPI, no consiguió demostrar General Química ni sus sociedades matrices.

- **Aprobada la adquisición de Martinair por KLM**

La operación fue autorizada sin condiciones el 17 de diciembre.

En septiembre, la Comisión había iniciado la segunda fase, puesto que en un principio se encontraron algunos potenciales impedimentos a la competencia en determinadas rutas aéreas, fundamentalmente entre Ámsterdam y las Antillas Holandesas.

Sin embargo, la investigación posterior reveló que la competencia en esas rutas no se vería afectada por diversos motivos, entre otros, la fuerza de su principal competidor en esos destinos, ArkeFly, y la elasticidad de la demanda, puesto que una encuesta a los viajeros llevada a cabo en el aeropuerto de Schiphol (Ámsterdam) reveló que cambiarían de destino o incluso dejarían de viajar si hubiera un incremento de precios en los billetes a dichos destinos.

- **Compromisos ofrecidos por RWE para corregir el posible abuso de su posición de dominio**

Ante las inquietudes manifestadas por la Comisión por un posible abuso de la posición de dominio de RWE en el mercado de transporte y distribución de gas (especialmente por la negativa de prestación de servicios de distribución y el estrechamiento de márgenes de sus competidores en la actividad de suministro), RWE ha propuesto a la Comisión la desinversión de la práctica totalidad de su red de alta presión (de aproximadamente 4.000 km), incluyendo activos, personal así como la prestación de determinados servicios accesorios durante un plazo razonable.

El 5/12/08 la Comisión publicó estos compromisos para que las partes interesadas realicen comentarios. Si el resultado del "market test" es positivo, la Comisión adoptará una decisión para convertirlos en obligatorios.

- **Desinversiones de E.On**

Mediante decisión de 26/11/08, la Comisión convirtió en obligatorios los compromisos ofrecidos por E.On para responder a las inquietudes manifestadas por la Comisión en una investigación por abuso de posición de dominio en el sector eléctrico alemán.

Dichos compromisos incluyen la desinversión de activos de distinta naturaleza que representan más del 20% de la capacidad de generación eléctrica de E.On en Alemania. El proceso de desinversión se realizará bajo control de la Comisión, quien deberá aprobar las condiciones de compra e idoneidad de los compradores, que podrán ser competidores actuales y potenciales de E.On.

OTRAS JURISDICCIONES

- **Francia pone la exclusividad del iPhone en entredicho**

El Conseil de la Concurrence dictaminó el 12/12/08 que Apple no debe vender su iPhone en Francia exclusivamente a través de Orange (France Telecom), sino que debe permitir que otros operadores accedan a ese terminal.

La autoridad francesa considera que el acuerdo de exclusividad por cinco años entre Apple y Orange tiene una duración excesiva y pone en riesgo la competencia en el mercado.

- **BAA deberá vender tres aeropuertos**

El 17/12/08 la autoridad de competencia en el Reino Unido tomó la decisión preeliminar de que BAA (Ferrovia) venda los aeropuertos de Gatwick y Stansted (Londres) y Edimburgo.

Asimismo, propondrá medidas para asegurar las inversiones en otros aeropuertos como, por ejemplo, Heathrow, para mejorar los niveles de servicio a las aerolíneas y pasajeros.

También pretende hacer una serie de recomendaciones al Gobierno para una regulación más efectiva y flexible del sistema aeroportuario. En el primer trimestre de 2009 espera poder publicar su informe sobre el estado de la competencia en siete aeropuertos propiedad de BAA.

OTRAS NOTICIAS

• **Comunicación sobre soluciones admisibles en materia de control de concentraciones**

La Comisión ha publicado la Comunicación relativa a las soluciones admisibles según los Reglamentos 139/2004 y 802/2004, actualizando así las Directrices de 2001.

Las soluciones admisibles son los compromisos que las empresas partícipes en una concentración proponen para disipar los riesgos para la competencia efectiva identificados por la Comisión (quien, a diferencia del caso español, no puede imponer unilateralmente condiciones que no hayan sido propuestas por las partes).

La Comunicación desarrolla con más detalle las condiciones que los compromisos deben reunir para ser aceptados, así como los requisitos de idoneidad que han de cumplir los compradores que intervengan en caso de desinversión de activos.

Cabe destacar la uniformización del procedimiento de aportación de la información necesaria que permita valorar la idoneidad de las medidas propuestas a través de un nuevo formulario (formulario RM), cuyo contenido se establece en el Reglamento nº 1033/2008.

• **Directrices sobre la recapitalización bancaria para incentivar la liquidez crediticia y autorización de las medidas españolas de apoyo al sector financiero**

La Comisión publicó el 8/12/08 unas directrices sobre cómo los Estados pueden realizar inyecciones de capital en los bancos, evitando excesivos efectos distorsionadores de la competencia, de manera que los bancos que reciben la ayuda estatal no tengan una posición de ventaja competitiva artificial en comparación con otros bancos de la UE que no reciben ayudas, y sólo tengan por fin asegurar la vuelta al funcionamiento normal del mercado.

En particular, la nueva comunicación, que complementa la de 13 de octubre, distingue entre aquellas entidades que presentan una situación de solvencia y las que no lo están (en este último caso, los requisitos son más estrictos

y el tipo de interés de remuneración del capital inyectado deberá ser mayor).

Texto de la Comunicación sobre recapitalización

Por otro lado, la Comisión aprobó el día 23 de diciembre el sistema español de garantía para entidades de crédito, al cumplir con los requisitos establecidos en la Comunicación de 13 de octubre: no discriminación; limitación en tiempo y alcance; remuneración a cargo de los beneficiarios conforme a condiciones de mercado.

- La garantía del Estado cubriría la emisión de pagarés, bonos y obligaciones admitidos en el mercado secundario oficial en España, con una vigencia máxima de 3 años (posibilidad de ampliar hasta 5 años en circunstancias excepcionales).
- Los participantes deberán pagar una remuneración de mercado, según las recomendaciones del BCE.
- Presupuesto limitado a € 100.000 millones, podrá doblarse si las condiciones de mercado lo exigen.
- Solamente para bancos solventes.
- El sistema está abierto a todas las entidades registradas en España con al menos 1/1000 del mercado crediticio y siempre que los instrumentos garantizados se hayan emitido en los últimos 5 años.
- El Estado puede limitar la cantidad de la garantía cuando el riesgo se considere excesivo.
- Los beneficiarios se comprometerán a determinadas pautas de actuación para evitar un uso abusivo del apoyo estatal, incluyendo restricciones en la expansión y la comercialización.
- Compromiso del Gobierno de notificar los planes de reestructuración para cada beneficiario y a informar periódicamente sobre la aplicación del sistema.

A la luz de estos compromisos y condiciones, la Comisión concluye que el sistema es un medio adecuado para abordar una grave perturbación en la economía española, en especial en combinación con el aprobado Fondo para la Adquisición de Activos Financieros de entidades financieras, que también estaba orientado a los problemas de financiación de los bancos españoles y tenía como objetivo apoyar los préstamos a la economía real.

• **Medidas temporales para combatir la ausencia de liquidez**

El 17/12/08 la Comisión adoptó un marco de actuación que permite a los Estados miembros adoptar determinadas medidas temporales para combatir la falta de liquidez al que las empresas se enfrentan.

En particular, el marco autoriza a los Estados para que puedan otorgar préstamos a tipos reducidos, prestar garantías bancarias con prima reducida, realizar inyeccio-

nes de capital para la creación y expansión de PYMES hasta 2,5 millones de euros y conceder ayudas directas de hasta 500.000 euros.

Los Estados miembros deberán notificar los programas marco a la Comisión para su aprobación, lo que eximirá posteriormente de la necesidad de notificar cada ayuda.

Estas medidas están permitidas hasta finales de 2010 (si bien es posible su extensión) y sujetas a condiciones.

- **Aprobada la adquisición de Gamesa Energía por Iberdrola Renovables**

La Comisión aprobó el 4/12/08 la adquisición del control sobre Gamesa Energía por Iberdrola Renovables.

Gamesa Energía e Iberdrola Renovables tienen intención de crear una empresa en la que Gamesa Energía contribuirá con todas sus empresas en Europa e Iberdrola con algunos parques eólicos. La empresa resultante estará bajo el control exclusivo de Iberdrola Renovables, mientras que Gamesa Corporación Tecnológica (matriz de Gamesa Energía) se convertirá en accionista minoritario.

La Comisión observó que el efecto de solapamiento horizontal derivado de la operación en el mercado mayorista de producción de electricidad es limitado, ya que Gamesa Energía sólo produce energía eléctrica durante el breve periodo que media entre la puesta en marcha de los parques eólicos que construye y su venta a terceros, por lo que su cuota de mercado es insignificante, tanto en términos de energía eléctrica generada como de capacidad total instalada en España.

En cuanto a los mercados del desarrollo y la promoción de parques eólicos, la Comisión apreció que los solapamientos no son importantes, ya que Iberdrola Renovables no participa en él.

Asimismo, la Comisión entendió que no existen problemas verticales, pues ya antes de la operación, Gamesa Corporación Tecnológica suministraba a Iberdrola la mayoría de los generadores eólicos que necesitaba, y Gamesa Corporación Tecnológica también vende esos generadores a otros competidores en sentido descendente.

- **Consulta pública para la revisión de la normativa sobre acuerdos horizontales**

La Comisión inició el 4/12/08 una consulta pública sobre el funcionamiento del régimen de evaluación de los acuerdos entre competidores actualmente en vigor; en particular, los Reglamentos de exención sobre Especialización y sobre Investigación y Desarrollo, así como las Directrices sobre acuerdos horizontales (las normas expiran a finales de 2010). Los comentarios pueden ser enviados hasta el 30 de enero.

Cuestionario de la Comisión - Acuerdos horizontales

- **Directrices sobre la aplicación del art. 82 TCE a las prácticas de exclusión de competidores**

El 3/12/08 la Comisión publicó el borrador de Directrices sobre sus prioridades a la hora de aplicar el Artículo 82 TCE a las prácticas excluyentes de competidores en abuso de una posición de dominio.

La guía incluye los criterios de análisis que la Comisión tendrá en cuenta para valorar las formas más comunes de exclusión (acuerdos de exclusividad; rebajas condicionadas; ventas vinculadas y surtidos; prácticas predatorias -ventas a pérdida-; negativa de suministro; y estrechamiento de márgenes), centrándose principalmente en los efectos producidos por la práctica en cuestión:

- La Comisión se centrará en proteger a los consumidores y/o el proceso de competencia, no a los competidores;
- No se necesita establecer que la conducta ha provocado un daño efectivo a la competencia, basta con acreditar que este daño es probable;
- La Comisión será restrictiva a la hora de aplicar las normas sobre abuso a las prácticas de precios (en particular, precios predatorios), y tendrá en cuenta las alegaciones de eficiencia que hagan los operadores dominantes.

Las directrices entrarán en vigor una vez hayan sido traducidas a todos los idiomas oficiales y publicadas en el DOUE.

Directrices sobre abusos de exclusión

- **Informe preliminar sobre la investigación sectorial en el sector farmacéutico**

El 28/11/08 la Comisión publicó su informe preliminar sobre la investigación en el sector farmacéutico, en el que se identifican determinadas prácticas restrictivas de la competencia para retrasar o bloquear la aparición de medicamentos competidores, particularmente de genéricos, manteniendo así elevados niveles de ingresos con la venta de los medicamentos originales. Asimismo, la Comisión destacó la existencia de estrategias de algunas empresas para evitar la explotación de ciertas patentes de medicamentos con el objeto de obstruir la innovación, redundar en costes más altos para las empresas competidoras y retrasar el acceso de los consumidores a medicamentos innovadores.

La Comisión manifestó tener razones fundadas para creer que han tenido lugar prácticas restrictivas de la competencia y/o de abuso de posición de dominio en el sector, por lo que, según informó el 25/11/08, sus funcionarios han iniciado inspecciones domiciliarias a distintas compañías de varios Estados miembros.

BREVES

- El 7 de enero, la Comisión confirmó que en octubre 2008 sus funcionarios llevaron a cabo inspecciones por sorpresa en las instalaciones de ciertos fabricantes de chips de tarjetas inteligentes (utilizados para tarjetas SIM, tarjetas bancarias y documentos de identidad) en diversos Estados miembros, ante las sospechas de acuerdos de fijación de precios, reparto de clientes e intercambio de información sensible.
- Con fecha 3/12/08, la Comisión autorizó la propuesta de adquisición de las filiales belgas y luxemburguesa de Fortis por BNP Paribas, sujeta al cumplimiento de compromisos de desinversión de la filial belga de BNP dedicada al crédito al consumo, ante la preocupación por los efectos que la operación pudiera tener en el mercado de emisión de tarjetas de crédito y los servicios vinculados al mismo en Bélgica y parcialmente en Luxemburgo.
- El 5/12/08 la Comisión autorizó a Société Générale y La Caixa la constitución de una empresa en participación dedicada a la prestación de servicios bancarios on-line en España.
- El 12/12/08 la Comisión autorizó la operación por la que Aegon Spanje, activa en el sector de los seguros y pensiones, adquiere el 50% del capital social de CAN Soluciones de Salud, sociedad dedicada a los seguros, pasando a tener su control conjunto con Caja Navarra.
- El 12/12/08 la Comisión autorizó la operación por la que Banco Santander compartir  con Lufthansa Air-Plus Servicekartel el control de su filial Diners Club Spain, dedicada al negocio de las tarjetas de pago, así como al de servicios y operaciones relacionados con el mismo.
- El 17/12/08 la Comisión aprobó la concentración entre las holandesas Campina y Friesland Foods, ambas cooperativas lecheras activas principalmente en Holanda, con actividades relacionadas con la producción de derivados lácteos (desde el suministro y procesamiento de leche hasta la fabricación de productos alimenticios, lácteos o no). La operación está condicionada al cumplimiento de ciertos compromisos de desinversión de plantas de procesamiento de productos lácteos y marcas comerciales, así como a la garantía de suministro de leche a otros fabricantes de productos lácteos durante cierto tiempo.
- El 18/12/08 la Comisión aprobó la compra de la actividad de depósitos de cuentas de ahorro minoristas del banco hipotecario británico Bradford & Bingley por Abbey National, filial de Banco Santander. La Comisión consideró que es improbable que la adquisición tenga un impacto significativo en la posición de Abbey en el sector de la banca minorista.
- El 11/12/08, la Comisión confirmó el envío de un pliego de cargos a diferentes fabricantes de transformadores de electricidad en relación con su participación en un cártel.

NOTICIAS SECTORES REGULADOS

ENERGÍA**Orden de tarifas de electricidad para 2009**

El pasado 31 de diciembre se publicó en el BOE la Orden ITC/3801/2008, de 26 de diciembre, por la que se revisan las tarifas eléctricas a partir de 1 de enero de 2009. Mediante la Orden se revisan los costes y se ajustan las tarifas para la venta de energía eléctrica y las tarifas de acceso a las redes de transporte y distribución de electricidad que aplican las empresas a partir de 1 de enero de 2009.

La tarifa mensual de electricidad se incrementa en 1,1 euros para el consumidor doméstico medio (los consumidores domésticos representan unos 25 millones de hogares), lo que supone un incremento del 3,5% y de 4,2 €/mes para el total de la baja tensión (incluyendo las tarifas para muy grandes consumidores domésticos y PYMES). En el caso de los consumidores de alta tensión, las tarifas de acceso (peajes) se incrementan un 23,3%. Se prorrogan las tarifas integrales de los grandes clientes G.4, con un incremento del 5% respecto a 2008, hasta la entrada en vigor del suministro de último recurso, incrementándose las mismas un 5% cada mes.

La Orden también procede a la actualización de la retribución de las actividades reguladas de transporte, distribución y gestión comercial, otros costes relativos al ejercicio 2009 (anualidades del desajuste de ingresos para 2009, Plan de Viabilidad de Elcogás, servicio de gestión de la demanda de interrumpibilidad, costes con destinos específicos) así como también se establecen diversas disposiciones en el sector eléctrico.

Nueva regulación en el sector del gas

El 31 de diciembre se publicó en el BOE la Orden ITC/3802/2008, de 26 de diciembre, por la que se determinan los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas, la tarifa de último recurso y determinados aspectos relativos a las actividades reguladas del sector del gas natural. La Orden tiene por objeto regular tres ámbitos relativos al sector de hidrocarburos:

(i) En primer lugar, determina los peajes y cánones asociados al acceso de terceros a las instalaciones gasistas de manera conforme con el Real Decreto 949/2001, en el que se establece la necesidad de asignar de forma equitativa los costes, incentivar el

uso eficiente del gas natural y del sistema gasista, y no producir distorsiones sobre el mercado.

(ii) En segundo lugar, establece la tarifa de último recurso ("TUR") de gas natural. En efecto, de acuerdo con la Orden ITC/2857/2008, de 10 de octubre, por la que se establece la tarifa del suministro de último recurso de gas natural, los precios máximos de último recurso se modificarán trimestralmente en función de las variaciones del coste de la materia, calculadas en función de cotizaciones internacionales y cada vez que se actualicen los peajes y cánones de acceso a las instalaciones.

(iii) En tercer lugar, la Orden establece determinados aspectos relativos a las actividades reguladas del sector del gas natural, tales como la regulación de las mermas de transporte, la asignación de la capacidad de almacenamiento subterráneo, así como cuestiones referentes al régimen económico de las actividades reguladas.

La CNE aprueba el Plan de Inspección de Instalaciones Fotovoltaicas

La CNE, en sesión celebrada el 20 de noviembre, aprobó el Informe sobre la ejecución del Plan de inspección a instalaciones fotovoltaicas. El objeto del Plan es determinar la veracidad y suficiencia de la documentación presentada al órgano competente por parte de dichas instalaciones que hayan sido inscritas en el registro administrativo correspondiente con anterioridad al 30 de septiembre de 2008, así como verificar el día de comienzo de vertido de energía a la red por estas instalaciones.

De los 30 huertos solares en los que se agruparon las 294 instalaciones inspeccionadas, la CNE ha comprobado que: (i) En 13 de ellos, tanto la documentación como el estado de la instalación eran correctos y el primer vertido de energía a la red se produjo con anterioridad al 30 de septiembre de 2008; (ii) En 9 de ellos, tanto la documentación como el estado de la instalación eran correctos, pero el primer vertido de energía a la red se produjo con posterioridad al 30 de septiembre de 2008; (iii) En los 8 restantes se detectaron deficiencias en el estado de las instalaciones, bien de la propia instalación de generación, o bien en la línea de conexión a la red.

Asimismo, la CNE ha elevado al MITYC el Plan de Inspección al Régimen Especial, que comprende instalaciones (i) fotovoltaicas (4.189 instalaciones, que representan el 8,54% de las inscritas, de las cuales se tiene

constancia que no estaban vertiendo energía a fecha 30 de septiembre de 2008); (ii) eólicas (se inspeccionarán 70 instalaciones) y (iii) de cogeneración (111 instalaciones). Las instalaciones eólicas y de cogeneración que se inspeccionarán han sido elegidas con base en una muestra aleatoria, significativa y distribuida por todo el territorio nacional.

- **Aprobado el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior**

El pasado 19 de noviembre se publicó en el BOE el RD 1890/2008, de 14 de noviembre, por el que se prueba el Reglamento de eficiencia energética en instalaciones de alumbrado exterior y sus instrucciones técnicas complementarias. Hasta el momento, las actuaciones llevadas a cabo en materia de eficiencia de alumbrado exterior eran de carácter local o autonómico. A partir de su entrada en vigor, esto es, el 1 de abril de 2009, el Reglamento abordará con carácter nacional esta materia.

El Reglamento establece las condiciones técnicas de diseño, ejecución y mantenimiento que deben reunir las instalaciones de alumbrado exterior con el propósito de mejorar la eficiencia y el ahorro energético y, en consecuencia, reducir la emisión de gases de efecto invernadero, limitar el resplandor luminoso o nocturno, la contaminación luminosa y reducir la luz intrusa o molesta. El alumbrado público consumió el año pasado más de 3 millones de MW de electricidad, de los que un 95% correspondieron a instalaciones municipales. El nuevo Reglamento permitirá disminuir el consumo de electricidad más de un 30%.

COMENTARIOS BREVES, POR JESÚS ALFARO

<http://www.derechomercantilespana.blogspot.com/>

No pagar derechos de autor no constituye infracción de normas a efectos del artículo 15 LCD

HP demandó a LEXMARK (otro fabricante de impresoras) por competencia desleal consistente en infracción de normas (art. 15 LCD) alegando que no había pagado la remuneración por copia privada lo que, dado el carácter significativo de este canon que están obligados a pagar todos los fabricantes de impresoras, le habría proporcionado una ventaja competitiva en el mercado. El demandante alegó ambos apartados del art. 15 (infracción de normas reguladoras de la competencia y prevalimiento de una ventaja competitiva obtenida mediante la infracción de una norma). En cuanto al apartado primero, el prevalimiento se habría consumado al ofrecer Lexmark precios significativamente más bajos por sus impresoras que los que hubiera podido ofrecer si hubiera incluido el canon por copia privada en su cálculo.

La Audiencia Provincial de Madrid en una notable sentencia de 17 de julio de 2008 rechaza que haya existido "infracción de norma" a efectos del art. 15 LCD por dos razones.

En primer lugar, porque el hecho de que Lexmark no hubiera pagado "todavía" el canon porque no hubiera alcanzado un acuerdo con la entidad que gestionaba los derechos no implica que exista una infracción del art. 25 LPI que establece la obligatoriedad del pago del canon por copia privada por parte de Lexmark. Solo cuando dicho impago es definitivo por alguna razón (la sentencia realiza una ilustrativa comparación con el impago de impuestos y recuerda que Lexmark y la entidad de gestión estaban negociando) podría entenderse obtenida la ventaja competitiva.

En segundo lugar, porque el precepto que se dice infringido ni regula la competencia - art. 15.2 LCD - ni establece una obligación de derecho público que se imponga a los competidores. Por el contrario, atribuye un **derecho subjetivo a los autores** en forma de remuneración. De manera que la *par conditio concurrentium* no se ve afectada relevantemente por el respeto o no de dicho derecho.

Si un empresario vende más barato porque no paga a sus acreedores, será cuestión de éstos tolerarlo o perseguir judicialmente a su deudor, pero los competidores no pueden pretender que "pague sus deudas" por la

misma razón que no pueden pretender que los acreedores le demanden para conseguir el cobro de sus créditos. Solo el titular del derecho puede reaccionar "o, lo que es igual, la **infracción in consentida del derecho subjetivo no altera la "par conditio concurrentium" en mayor medida en que lo alteraría la infracción consentida...**".

Cobrar un porcentaje de los ingresos de la compañía que usa derechos de propiedad intelectual es abusivo. Casi Seguro. STJCE 11-XII-2008

El Tribunal de Justicia se ha pronunciado recientemente sobre la conformidad con el Derecho comunitario de la práctica de muchas entidades de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual consistente en cobrar a la cadena de televisión, por ejemplo, una cantidad que no está relacionada con el uso concreto que dicha cadena realice de obras protegidas (obras musicales, fundamentalmente) sino con la facturación de la cadena. La entidad se limita a fijar un porcentaje de dicha facturación.

Esta forma de proceder ha sido discutida ante las autoridades de competencia nacionales - en España, el caso AGEDI, y ante los tribunales civiles que, en general, han aplicado la Ley de Propiedad Intelectual (LPI) en el sentido de considerar válido este sistema de fijación de las cuotas.

Las entidades de gestión ostentan una posición de monopolio y vienen obligadas por la Ley a negociar de buena fe las tarifas con los usuarios. Pero si no hay acuerdo, hay un sistema arbitral en la LPI que no ha funcionado en absoluto. El resultado es que los Tribunales tienden a aplicar las tarifas de estas entidades a falta de acuerdo con los usuarios.

En esta Sentencia, el Tribunal de Justicia analiza si esta forma de fijar las tarifas por parte de las entidades de gestión colectiva constituye un abuso de posición dominante en el sentido del art. 82 del Tratado por constituir una forma abusiva de fijar precios en cuanto los precios fijados no guarden una relación razonable con el valor económico de los mismos.

Y el Tribunal contesta lo siguiente. Comienza recordando su sentencia *Tournier* de 13-VII-1989 y continúa afirmando que

"en la medida en que se calculan sobre la base de los ingresos de las sociedades de televisión, dichas tarifas presentan, en principio, una relación razonable con el valor económico de la prestación" realizada por las entidades de gestión colectiva.

Pero, a continuación, añade que

"el titular de los derechos de propiedad intelectual y sus derechohabientes tienen un interés legítimo en calcular las remuneraciones debidas por la autorización de la comunicación pública de una obra protegida por derechos de propiedad intelectual en función del número real o probable de comunicaciones" (es decir, no una obligación, sino un interés en que pague más el usuario que más utilice los derechos). Y añade que, en el caso, las tarifas de la entidad de gestión colectiva tenían en cuenta esos dos parámetros para calcular el pago de la cadena de televisión: ingresos de la cadena y número real o probable de usos de los derechos gestionados por la entidad.

Y termina el Tribunal (párrafo 40) diciendo que **"No obstante, no cabe excluir que, en determinadas circunstancias, la aplicación de tal sistema de tarifas pueda tener un carácter abusivo, en particular cuando exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de esas obras así como la audiencia y cuando mediante dicho método pueda lograrse el mismo objetivo legítimo, que es la protección de los intereses de los autores, compositores y editores de música, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de las obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual"**.

Obsérvese la diferencia con [el caso español AGEDI](#).

Dice el TJCE que, en su caso, la entidad sueca fijó las tarifas teniendo en cuenta no solo la facturación de la cadena de televisión, sino también el uso previsible que haría la cadena de los derechos gestionados. Y concluye que sería abusivo incluso un sistema así si está disponible un sistema que, sin encarecer la gestión de los derechos desproporcionadamente, permitiera ajustar las tarifas al uso realmente realizado de las obras protegidas por parte de la cadena de televisión.

parr. 41 *"En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera a tercera que el artículo 82 CE debe interpretarse en el sentido de que una entidad de gestión colectiva de derechos de propiedad intelectual que tiene una posición dominante en una parte sustancial del mercado común no explota de forma abusiva dicha posición cuando, en concepto de retribución debida por la difusión por televisión de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual, aplica a las cadenas de televisión privadas un sistema de tarifas según el cual los importes de dichas tarifas corresponden a una parte de los ingresos de esas cadenas, siempre que dicha parte sea globalmente proporcional a la cantidad de obras musicales protegidas por derechos de propiedad intelectual realmente emitida o que pueda emitirse y salvo que exista otro método que permita identificar y cuantificar de forma más precisa la utilización de dichas obras así como la audiencia, sin que por ello aumenten desproporcionadamente los gastos a que da lugar la gestión de los contratos y el control de la utilización de dichas obras"*.

Y, a continuación, el TJCE contesta a la siguiente pregunta: ¿es legítimo cobrar tarifas diferentes a las televisiones públicas y privadas? Si la respuesta es negativa, habría que entender que la entidad de gestión colectiva habría incurrido en conductas abusivas por discriminatorias. Pero el TJCE no contesta. Se limita a decir al Tribunal que plantea la cuestión prejudicial que examine si la diferencia estaría justificada y añade que *"tal justificación podría resultar, en particular, de la misión y del modo de financiación de las sociedades de servicio público"*, lo cual, por decirlo suavemente, no es decir mucho y es decir muy poco si tenemos en cuenta la proliferación de cadenas de televisión en la última década como consecuencia de la generalización de Internet y de la TDT.

En su [Resolución AGEDI](#) el TDC consideró que no había justificación alguna para el diferente trato, lo que ha vuelto a reiterar, en una [Resolución recientemente publicada](#) el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia condenando a AGEDI y AIE por abuso de posición dominante perpetrado mediante el cobro de cantidades mayores e injustificadas a unas televisiones de pago en comparación con otras.

COMENTARIOS EN ESTE NÚMERO...

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN SOBRE LAS AYUDAS ESTATALES A LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN DIFICULTADES¹.

Por Dr. José Antonio Rodríguez Miguez.
Doctor en Derecho.

Miembro del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (IDIUS).

1.- Punto de partida

Corren malos tiempos para las ayudas de Estado. En efecto, las ayudas públicas parecen haberse convertido, de repente, en el *Bálsamo de Fierabrás*, que todo lo cura, incluso la crisis económica mundial en la que estamos inmersos en la actualidad.

De todas parten surgen solicitudes de ayudas públicas y la Comisión Europea corre el peligro de sucumbir ante la "razón de Estado", que esgrimen los Estados miembros para apoyar a sus sectores en crisis, o afectados por ella, al actuar casi como bomberos desorientados porque hay demasiados incendios y no puede atenderlos a todos.

En esta difícil encrucijada, la Comisión Europea, que asume el ingrato poder de defender los intereses de la Comunidad en su conjunto y que está obligada a actuar en Derecho, de acuerdo con unas normas con una tradición y solvencia acreditadas, debe hacer frente a las demandas de los diferentes Estados miembros, acuciados por un presente que se plantea tenebroso, sin abdicar de su independencia y el rigor que tradicionalmente ha presidido su actuación.

No podemos olvidar, en el concreto caso de las ayudas a las entidades de crédito, que éstas han constituido siempre un sector al que se ha dispensado un trato singular, más *de facto* que *de iure*, porque salvo los interesantes comentarios que se introdujeron en Apartado 3 de la Decisión de la Comisión de 26 de julio de 1995, por la que se aprueban condicionalmente las ayuda concedidas por Francia al Banco *Credit Lyonnais* (DO, L 308, de 21.12.1995, p. 92, en concreto, pp. 94 a 97), a los que ya tuvimos ocasión de referirnos en su día², y las menciones, que en nota al pié, se contienen en las Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresas en crisis [Directrices "S & R" (DO C 244 de 1.10.2004, p. 2)], el sector carecía de reglas específicas y los casos se examinaban de manera singular, o con arreglo a las reglas generales aplicadas por la Comisión a los demás sectores en situaciones equivalentes. Estas directrices fueron la base legal de las primeras decisiones de la Comisión al comienzo de la crisis, hasta la quiebra de Lehman Brothers, que marcó un hito en el proceso³.

Pero lo que no debemos olvidar, es que la regulación de las ayudas de Estado son normas jurídicas, cuya interpretación, aunque flexible según los casos, no puede ser soslayada en aras del "todo vale", especialmente en situación de crisis global, en las que el rigor y la equidad son la única garantía que asegure un mercado competitivo y eficiente, sin el que resultaría casi imposible salir de crisis alguna.

1 Dedico este breve artículo a Francisco Santaolalla Gadea, con motivo de su próxima jubilación en la Comisión Europea.

2 RODRÍGUEZ MIGUEZ, J. A.: "Las entidades de crédito ante el control comunitario de las ayudas de Estado", en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, nº 69, enero-marzo, Centro de Documentación Bancaria y Bursátil, Madrid, 1998, pp. 81 a 124)

3 En este sentido, vid. la intervención de Blanca Rodríguez-Galindo (DG COMP/D3), en su intervención en la jornada "The new approach to State aids – recent reforms under the State Aid Action Plan and next steps", celebrada en Bruselas, el pasado 21 de noviembre de 2008. Las conferencias de esta jornada se pueden escuchar en la dirección: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/conferences/21112008.html

Es en este contexto en el que debemos enmarcar la reciente comunicación adoptada por la Comisión Europea el 13 de octubre de 2008, para tratar de ofrecer reglas claras y, por lo tanto, fijar límites a las ayudas estatales, en un sector tan delicado como el financiero.

Esta Comunicación, titulada *“La aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas adoptadas en relación con las instituciones financieras en el contexto de la actual crisis financiera mundial”* (DO C 270, de 25.10.2008, p. 8), parte de un diagnóstico certero, en su parte introductoria, en el que analiza el carácter global de la crisis y la variedad de situaciones concretas de las entidades financieras, partiendo del hecho de que hasta las más sólidas y que han actuado con mayor rigor, deben afrontar el problema de la falta de liquidez y la desconfianza generada en los mercados. Ello supone que no hay recetas únicas válidas para todos los casos, aunque sí se pueden ofrecer reglas generales.

No cabe duda que a este clima de general incertidumbre y desconfianza han contribuido tanto la crisis de entidades concretas, algunas de ellas centenarias, que finalmente han quebrado, como las medidas que se han adoptado para acudir a su rescate y, aunque afortunadamente no se han producido fenómenos de pánico de los depositantes como los acontecidos en la crisis del 29, es eso precisamente lo que se trata de olvidar, olvidando a menudo las lecciones de la propia historia financiera.

La dimensión del fenómeno es internacional, como corresponde a una economía globalizada, de la que el mundo de las finanzas ha sido tradicionalmente el paradigma (el mundo del dinero no conoce fronteras ni nacionalidades, se suele decir).

Esta globalización del fenómeno podría hacer pensar que los problemas de competencia, por medio de subvenciones estatales podría tener uno de sus foros de debate y resolución de conflictos, que se producirán a esta escala, en el seno de la de la Organización Mundial de Comercio (OMC); sin embargo la generalización del problema y los intereses en juego, difícilmente pueden hacer pensar que sea una vía eficaz.

La presente comunicación constituye la respuesta de la Comisión al problema al que debe hacer frente y la respuesta coordinada a las conclusiones alcanzadas en el Consejo de Economía y Finanzas (Ecofin) de 7 de octubre de 2008, del que había surgido el compromiso de los Estados miembros de adoptar todas las medidas necesarias para reforzar la solidez y estabilidad del sistema bancario, al objeto de restablecer la confianza y el adecuado funcionamiento del sector financiero,

La vía del Soft Law, a la que se acude nuevamente, permite dar una respuesta ágil, razonada y sobre todo, jurídica, al problema planteado y ofrecer a los operadores, de una manera transparente, las reglas bajo las que va a operar la Comisión ejerciendo su indelegable poder de control.

El documento se estructura en siete puntos: 1.- Introducción; 2.- Principios generales; 3.- garantías que cubren las responsabilidades de las instituciones financieras; 4.- Recapitalización de las instituciones financieras⁴; 5. Liquidación controlada de las instituciones financieras; 6.- Concesión de otras formas de ayuda a la liquidez y 7.- Tratamiento rápido de las investigaciones en materia de ayudas estatales.

Dada la extensión de estos comentarios vamos a centrarnos únicamente en el segundo de ellos, el relativo a los “Principios generales” (Apartados 6 a 16 de la Comunicación).

2. Los Principios generales

La Comisión expone, en primer lugar, que la valoración de las ayudas situaciones a empresas en dificultades se evalúa normalmente al amparo del artículo 87.3.c) CE y de las ya aludidas Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y de reestructuración de empresa, que recogen la interpretación de la Comisión de dicho precepto del Tratado CE.

Estas directrices al ser horizontales, son de aplicación general, si bien, como ya adelantábamos, prevén determinados criterios específicos para el sector financiero.

4 Esta cuestión ha sido desarrollada con posterioridad a través de una nueva comunicación específica (*“The recapitalisation of financial institutions in the current financial crisis: limitation of aid to the minimum necessary and safeguards against undue distortions of competition”*, C(2008) 8259 final, de 5.12.2008), inspirada por el Cofin de 2.12.2008, tomando como referencia las Recomendaciones del Consejo del Banco Central Europeo, de 20.11.2008).

Pero la Comisión va más allá y acude a otro precepto del Tratado CE; concretamente, el artículo 87.3.b), que ampara la concesión de ayudas estatales “destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro”⁵.

La Comisión recuerda que de conformidad con la jurisprudencia y su práctica consolidada (cita en nota diversos expedientes a entidades de crédito), dicho precepto “debe interpretarse de forma restrictiva respecto a lo que puede considerarse una perturbación grave de la economía de un Estado miembro”, para concluir que en las actuales circunstancias “es una base jurídica apropiada para las medidas de ayuda adoptadas para abordar esta crisis sistémica”, en especial, “[e]n caso de que las autoridades del Estado miembro responsables de la estabilidad financiera declaren a la Comisión que existe tal riesgo de perturbación grave [...]”,

Por el contrario, en el caso de “intervenciones específicas de los Estados miembros” sin excluir que puedan concurrir las circunstancias para aplicar dicho precepto, “la evaluación de la ayuda debe seguir los principios generales establecidos en las directrices S & R”; es decir, combinándolo con el artículo 87.3.c) CE en que éstas se basan, lo que puede permitir “la aprobación de medidas excepcionales tales como intervenciones estructurales de urgencia, protección de derechos de terceros (por ejemplo, acreedores), y medidas de rescate que potencialmente pueden superar los 6 meses”.

Pero para la Comisión, y esto es importante-, “cabe subrayar que las consideraciones anteriores implican que el recurso al artículo 87, apartado 3, letra b) no puede preverse por principio en situaciones de crisis de otros sectores individuales cuando no exista un riesgo comparable de que tengan un impacto inmediato en la economía de un Estado miembro en su conjunto. Por lo que se refiere al sector financiero, sólo puede invocarse esta disposición en circunstancias verdaderamente excepcionales en las que esté en peligro el funcionamiento de los mercados financieros.”

Al amparo de dichas circunstancias excepcionales es posible acudir a dicha norma [artículo 87.3.b)], “pero no de forma ilimitada, sino solamente mientras la situación de crisis justifique su aplicación.”

Como consecuencia de esta afirmación de principio, “todos los regímenes generales creados sobre esta base, [...], se revisen regularmente y finalicen tan pronto como la situación económica del Estado miembro en cuestión lo permita. Si bien se reconoce que actualmente es imposible predecir la duración de los problemas extraordinarios actuales en los mercados financieros, y que para restablecer la confianza puede ser imprescindible señalar que una medida durará mientras la crisis continúe, la Comisión considera necesario para establecer la compatibilidad de cualquier régimen general que el Estado miembro realice un análisis al menos cada seis meses e informe a la Comisión sobre el resultado de tal análisis.” (Subrayado nuestro).

La Comisión prevé un tratamiento diferenciado de las “instituciones financieras que no tienen liquidez pero que por lo demás son esencialmente sólidas”, “en ausencia de las circunstancias excepcionales actuales” (subrayado nuestro), del que puede dispensarse a las instituciones financieras “caracterizadas por problemas endógenos” (podríamos traducirlo como aquellas que sufren la crisis por sus propios deméritos).

Para la Comisión, respecto de las que estén en el primer caso, “las distorsiones de la competencia resultantes de regímenes que apoyen la viabilidad de tales instituciones serán más limitadas y requerirán normalmente una reestructuración menos importante.” Las del segundo, “encajarían en el marco normal de las ayudas de salvamento, y necesitarían una reestructuración de gran envergadura, así como medidas compensatorias destinadas a limitar las distorsiones de la competencia”.

En ambos casos, no obstante, reconoce la Comisión que: “a falta de salvaguardias apropiadas, las distorsiones de la competencia pueden ser considerables a raíz de la aplicación de regímenes de garantía y recapitalización, pues podrían favorecer indebidamente a los beneficiarios en detrimento de sus competidores o podrían agravar los problemas de liquidez de instituciones financieras situadas en otros Estados miembros”. Este es, entendemos el quid de la cuestión y de la preocupación de la Comisión.

⁵ En la década de los ochenta, Grecia se benefició de esta excepción en diversas ocasiones. Cfr. RODRÍGUEZ CURIEL, J. W.: *Ayudas de Estado a empresas públicas: las aportaciones de capital y otras medidas de financiación de empresas públicas o con participación pública, como ayudas de Estado según el Tratado de la CEE*, Ministerio de Industria y Energía, Secretaría General Técnica, Madrid, 1990.

Por ello, recuerda finalmente en este punto los “Principios generales que subyacen en las normas del Tratado sobre ayudas estatales”, remedio de los ya recogidos en el *VIIIº Informe sobre la Política de la Competencia* (1978).

Sobre estas bases expone a continuación los diferentes aspectos concretos, en los que ya no podemos entrar, pero que deben aplicarse a la luz de los principios expuestos.

No debemos olvidar, sin embargo, que la situación político-financiera en algún Estado miembro puede hacer que la presión sobre la Comisión sea especialmente intensa y las exigencias de mayor “flexibilidad” (Ecofin, de 2 de diciembre de 2008)⁶, es un eufemismo que no nos debe ocultar el peligro que corre la propia Comisión y, con ello, a la larga, la propia Unión Europea, si se atacan los fundamentos jurídicos del sistema y la independencia de las instituciones queda en entredicho. Con ello, lo único que lograríamos sería, como dice nuestro sabio Refranero, que sea *“peor el remedio que la enfermedad”*.

⁶ Como ya señalamos, fruto de las Conclusiones de esa reunión del Ecofin, la Comisión aprobó, como complemento de la Comunicación de octubre de 2008, una nueva el 12 de diciembre de 2008, para tratar el tema específico de las recapitalizaciones y sus condiciones, en función de que la entidad sea sólida, o atravesase dificultades derivadas de la excesiva exposición a riesgos.

ABREVIATURAS

CNC: Comisión Nacional de Competencia. **DI:** Dirección de Investigación. **TDC:** Tribunal de Defensa de la Competencia. **SDC:** Servicio de Defensa de la Competencia. **CM:** Consejo de Ministros. **CMT:** Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. **MEH:** Ministerio de Economía y Hacienda. **MITYC:** Ministerio de Industria, Turismo y Comercio. **CNE:** Comisión Nacional de la Energía. **MMA:** Ministerio de Medio Ambiente. **AN:** Audiencia Nacional. **TS:** Tribunal Supremo. **LDC:** Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. **ALDC:** Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. **RD 378/2003:** Real Decreto 378/2003, de 28 de marzo, en materia de Exenciones por Categorías, Autorización singular y Registro de Defensa de la Competencia. **RD 1443/2001:** Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, por el que se desarrolla la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, en lo relativo al control de las operaciones de concentración económica. **TCE:** Tratado de la Comunidad Europea; **TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. **TPI:** Tribunal de Primera Instancia. **AG:** Abogado General; **Reglamento 139/2004:** Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las operaciones entre empresas. **Reglamento 2790/99:** Reglamento (CE) n° 2790/99 de la Comisión de 22 de diciembre de 1999 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. **LSH:** Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos; **LSE:** Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es un despacho de abogados con más de 70 años de historia, que ofrece a sus clientes un servicio global que armoniza el concepto tradicional de la práctica de la abogacía con los nuevos retos que plantea la sociedad actual. El Despacho basa su operativa de trabajo en una relación personal, directa y de confianza con el cliente, adaptándose a las necesidades propias de cada uno.

CMS Albiñana & Suárez de Lezo es miembro de **CMS**, la alianza de los principales despachos europeos independientes que proporcionan servicios legales y fiscales a las empresas en toda Europa y otros países. Además, los despachos de CMS proporcionan acceso a servicios líderes del sector en mercados emergentes, particularmente en Europa Central y del Este y en China.

CMS opera en 48 oficinas a escala mundial y cuenta con más de 595 socios, más de 2.000 asesores legales y fiscales y más de 4.200 empleados.

ÁREAS DE ASESORAMIENTO DEL DESPACHO

Bancario y Financiero	Comunitario y Competencia	Derecho Civil, Mediambiental y Urbanístico
Derecho del Mercado de Valores	Derecho Inmobiliario	Derecho Laboral
Derecho Procesal	Derecho Público y Sectores Regulados	Derecho Tributario
Fusiones y Adquisiciones	Propiedad Industrial e Intelectual	

El **Área de Comunitario y Competencia** del Despacho presta servicios de asesoría a empresas nacionales e internacionales en todas aquellas cuestiones relacionadas con el Derecho de la Competencia, incluyendo la representación en cualquier expediente por prácticas restrictivas, abuso de posición de dominio o control de concentraciones ante las autoridades de competencia, así como la prestación de servicios de asesoría y consultoría en aquellas áreas de negocio de los clientes que se pueden ver afectadas por el Derecho de la Competencia (estrategias de distribución; acuerdos con competidores; política de precios; auditorías de competencia; etc.).

Jesús Alfaro	Diego Crespo	Patricia Liñán	Diego Gutiérrez
María Arruñada	Raúl López	Laura Urbelz	

El **Área de Derecho Público y Sectores Regulados** del Despacho presta servicios de asesoría a empresas nacionales e internacionales en todas aquellas cuestiones relacionadas con el Derecho Administrativo (contratación pública, medioambiente, responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, expropiación forzosa, derecho administrativo sancionador), desarrollando su actividad, de modo especial, en materias relacionadas con los sectores regulados (telecomunicaciones, audiovisual, energía, urbanismo, derecho público bancario y del mercado de valores, etc.).

José Giménez	Félix Plasencia	Roberto Sánchez	Trinidad Cabrera
Beatriz Ruiz	Juan Manuel Zapatero	Jorge Garrido	José María Pernas

Para cualquier aclaración o comentario sobre el contenido de esta gaceta, se pueden poner en contacto el [Departamento de Competencia](#), con la Responsable del Departamento de Documentación del Despacho [Ana Gimeno](#) o con cualquiera de las personas señaladas al número de teléfono (34) 91 451 93 00 o fax (34) 91 399 30 70.

Si no desea seguir recibiendo en el futuro esta revista, haga click [aquí](#)

Los asuntos tratados en la Revista han sido seleccionados de acuerdo con criterios subjetivos de los Departamentos de Competencia y de Derecho Público de CMS Albiñana & Suárez de Lezo, no siendo nuestro objetivo ni presentar una revisión completa de la actualidad del sector ni realizar un examen exhaustivo de los asuntos tratados por lo que los comentarios vertidos no constituyen, en ningún caso, la opinión legal de CMS Albiñana & Suárez de Lezo.