

# Remedios estructurales y revisión judicial en el control de concentraciones

*Pedro Callol* \*

Abogado en Allen & Overy, Madrid

*Pilar Pignatelli* \*

Abogado en Allen & Overy, Madrid

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES. REQUISITOS Y APLICACIÓN POR LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA—2.1. *Distinción entre remedios estructurales y de comportamiento*—2.2. *Criterios utilizados por la Comisión para evaluar la idoneidad de un remedio*—2.3. *Preferencia de las autoridades de Defensa de la Competencia por los remedios estructurales*—2.4. *Remedios estructurales y los principios de proporcionalidad y de libertad de empresa*—2.5. *La desinversión como remedio estructural por excelencia*—2.5.1. La desinversión como herramienta al servicio de la competencia. Las conclusiones del estudio de la FTC sobre desinversiones—2.5.2. Desinversión de actividad viable, existente y susceptible de explotación independiente—2.5.3. Desinversiones parciales—2.5.4. Comprador adecuado.
3. EL CONTROL JUDICIAL POR LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS—3.1. *Grado de intensidad del control: desarrollos recientes en el control judicial de las decisiones de concentración*—3.2. *Revisión judicial de las actuaciones de la Comisión encaminadas a la elección del cesionario de la desinversión. El caso Le Mirabellier*—3.2.1. Principales argumentos del demandante—3.2.2. Conclusiones del TPI.
4. LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES Y LOS TERCEROS—4.1. *La intervención de los terceros en la negociación y aceptación de remedios*—4.2. *Tipos de remedios estructurales susceptibles de afectar a terceros*—4.3. *El caso Kali und Salz*.
5. CONCLUSIONES

---

\* Pedro Callol, encargado del área de competencia, Allen & Overy Madrid, graduado por la Escuela de Chicago y diplomado en Derecho Europeo, Colegio de Europa, Brujas. Pedro.Callol@AllenOvery.com, Pilar Pignatelli, asociada al área de competencia, Allen & Overy Madrid, diplomada en Derecho Europeo, Colegio de Europa, Brujas. Pilar.Pignatelli@AllenOvery.com.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se conoce con el nombre de compromisos, remedios, o soluciones en la terminología propia del control de concentraciones, a aquellas propuestas presentadas por las empresas partícipes en la concentración y aceptadas por la autoridad, con el objeto de remediar los problemas de competencia identificados en el curso del procedimiento administrativo de control de concentraciones<sup>1</sup>. El recurso a la presentación de remedios se presenta como una práctica cada vez más habitual tanto a nivel comunitario como nacional<sup>2</sup>. El presente estudio se centra en la práctica de la Comisión sin perjuicio de referencias puntuales a decisiones de la autoridad de la competencia española<sup>3</sup>.

Los remedios presentados por las partes en una concentración pueden ser de tipo (i) estructural (cesión de actividades, negocios o paquetes de activos

<sup>1</sup> En este estudio nos referiremos indistintamente a cualquiera de los tres términos mencionados. Técnicamente, la Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión (DOCE C 68 de 2 de marzo de 2001) da a entender que el compromiso se refiere a la promesa de aplicar cierta solución (punto 2). En la práctica, sin embargo, ambos términos se utilizan para designar la misma cosa (es decir, la desinversión u otra solución para compensar restricciones a la competencia derivadas de la concentración).

<sup>2</sup> En la Unión Europea, en el año 2002, de los siete casos que dieron lugar a la apertura de fase II, cinco de ellos fueron aprobados con compromisos. En el año 2001, veinte casos dieron lugar a la apertura de fase II, de los cuales cinco fueron prohibidos y diez aprobados con compromisos. En España, en el año 2002, de los nueve casos remitidos al TDC, cuatro fueron aprobados con compromisos. En el año 2001, seis casos fueron remitidos al TDC, de los cuales uno fue declarado improcedente y dos aprobados con compromisos.

<sup>3</sup> A los efectos del presente artículo se da a las siguientes siglas el significado indicado a continuación:

–**Comisión:** Comisión europea.

–**TDC:** Tribunal de Defensa de la Competencia.

–**Comunicación:** Comunicación sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) 447/98 de la Comisión (DOCE C 68 de 2 de marzo de 2001).

–**Directrices:** Directrices de la Comisión: Best Practice Guidelines: the Commission's Models Texts for Divestiture Commitments and the Trustee Mandate under the EC Merger Regulation, publicadas el 2 de mayo de 2003 ([http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/divestiture\\_commitments/](http://www.europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/divestiture_commitments/)).

–**TCE:** Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea.

–**TJCE:** Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

–**TPI:** Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

–**FTC:** Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos de América.

–**RCC:** Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas (DOCE L 24/1, de 29 de enero de 2004).

o acciones) o (ii) de comportamiento (deber de acción u omisión a cargo de las partes). En cualquier caso, el objetivo final de los remedios propuestos debe ser eliminar la posibilidad de que se cree o refuerce una posición de dominio en el mercado como resultado de la transacción.

Este estudio se centra exclusivamente en los remedios estructurales. Para ello se exponen en primer lugar las dificultades inherentes a la distinción entre remedios estructurales y de comportamiento, así como las razones que explican la preferencia, al menos formal, de la Comisión por los remedios estructurales, y en concreto por la desinversión y las condiciones necesarias para una efectiva desinversión. En segundo lugar se describen las características más importantes de la jurisprudencia comunitaria en materia de control judicial de decisiones administrativas de control de concentraciones. Finalmente, se expone el problema de cómo valorar los intereses de los terceros ajenos a la concentración<sup>4</sup>.

## 2. LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES. REQUISITOS Y APLICACIÓN POR LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### 2.1. Distinción entre remedios estructurales y de comportamiento

Los remedios son de tipo estructural o de comportamiento<sup>5</sup>. Los primeros

<sup>4</sup> Se excluyen de este estudio los aspectos de procedimiento relativos a la presentación y negociación de compromisos (con la excepción de ciertos aspectos relativos a la audiencia de terceros que han sido objeto de tratamiento judicial). No obstante, procede hacer una referencia aquí al nuevo RCC. El RCC reconoce, como lo hacía el Green Paper sobre la revisión del Reglamento CE 4064/1989 [documento COM (2001) 745/6, de 11 de diciembre de 2001], la importancia de la técnica de los remedios y recoge algunas de las propuestas allí contenidas.

Bajo el régimen del (nuevo) RCC, los plazos para la resolución de expedientes en fase I se amplían a 35 días cuando se propongan remedios (artículo 10.1 del RCC). En el fondo esta ampliación es de parecida sustancia a la existente bajo el imperio del Reglamento de control de concentraciones preexistente (dos semanas). Se mantiene así una prórroga de similar duración para el caso de que se negocien remedios en una fase I que tiene duración ampliada (cinco semanas, frente un mes bajo el régimen derogado). En fase II, el plazo de 90 días laborables para la emisión de decisiones de concentraciones se amplía ahora a 105 días laborables cuando se presenten compromisos, *salvo que dichos compromisos se hubieran propuesto en un plazo inferior a 55 días laborables desde la incoación del procedimiento*. El último inciso es una novedad legislativa que pretende incentivar a los notificantes a que no dejen para los últimos días la presentación de compromisos, y posibilitar así que la Comisión tenga suficiente tiempo para estudiar éstos.

<sup>5</sup> BELLAMY & CHILD, *EC Competition Law*, Ed. Sweet & Maxwell, 2000. Estos autores enumeran como ejemplos de remedios *estructurales* la terminación de un acuerdo vertical exclusivo con efectos significativos de cierre de mercado; la reducción del alcance y/o duración de derechos de acceso exclusivo; el abandono de una actividad determinada; la desinversión o licencia de activos específicos y la eliminación de una cláusula de no competencia; y como ejemplos de remedios de *comportamiento* remedios destinados a asegurar el acceso a elementos esenciales; remedios para evitar la discriminación en el otorgamiento de tal acceso y remedios destinados a la publicación de información que podría

afectan a la propiedad de la empresa que resultaría de la concentración en la medida en que se exige la transmisión a un tercero de una empresa en funcionamiento o de ciertos activos de carácter estratégico. Los remedios de comportamiento consisten en imponer cierta obligación de hacer o no hacer a la empresa resultante de la concentración.

En la jurisprudencia, la distinción entre remedios estructurales y de comportamiento aparece en el asunto *Gencor*:

*«Por consiguiente, es indiferente que el compromiso propuesto pueda calificarse de compromiso de comportamiento o de compromiso estructural. Es cierto que los compromisos de carácter estructural, como la reducción de la cuota de mercado de la entidad surgida de la concentración mediante la venta de una filial, son en principio preferibles desde el punto de vista del objetivo perseguido por el Reglamento, en la medida en que impiden definitivamente, o al menos de manera duradera, que aparezca o se refuerce la posición dominante previamente identificada por la Comisión, sin requerir, por otra parte, medidas de control a medio o largo plazo. No obstante, no puede excluirse a priori que compromisos que a primera vista sean de comportamiento, como la no utilización de una marca durante un período determinado o la puesta a disposición de los terceros competidores de una parte de la capacidad de producción de la empresa surgida de la concentración, o, más genéricamente, el acceso a una infraestructura esencial en condiciones no discriminatorias, puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante».*<sup>6</sup>

Esta afirmación atribuye a los compromisos de tipo estructural dos rasgos caracterizadores relevantes. En primer lugar, se encuentra en la naturaleza de los remedios estructurales impedir, de forma *duradera* y *definitiva* la aparición o refuerzo de una posición de dominio en el mercado. En segundo lugar, los remedios estructurales son más eficientes desde el punto de vista de los costes de administración y vigilancia porque no implican una supervisión casi constante de la actividad de la empresa resultante de la concentración.

dar lugar a un comportamiento anticoncurrencial paralelo. Estos ejemplos demuestran que la distinción entre ambas categorías no siempre es nítida.

Véase también el trabajo de N. C. ERSBOLL, «Commitments under the Merger Regulation» en *European Competition Law Review* (2001), número 9.

ALISTAIR LINDSAY en su artículo «Behavioural remedies revisited: GE/Honeywell», *Global Competition Review*, octubre/noviembre 2001 (página 24), define los remedios de comportamiento como aquellos que regulan la conducta del negocio de forma continuada excluyendo de este concepto la terminación de un contrato o el otorgamiento de una licencia, ya que en estos casos se trata de acciones puntuales con efectos parecidos a los remedios estructurales. Por contra, el TPI, en su Sentencia de 3 de abril de 2003, caso T-114/2002, *BaByliss SA/Comisión*, se refiere expresamente al remedio consistente en el otorgamiento de una licencia de marca como un remedio de comportamiento a diferencia de la cesión de marca que constituye un remedio de tipo estructural. Véase en el mismo sentido el punto 29 de la Comunicación.

<sup>6</sup> Sentencia del TPI de 25 de marzo de 1999, caso T-102/1996, *Gencor/Comisión*, punto 319. Este caso constituye el primer reconocimiento judicial del empleo de los remedios de comportamiento para solventar los problemas económicos derivados de las operaciones de concentración.

En el plano práctico llega a suceder que la distinción entre remedios estructurales y remedios de comportamiento no es, en ocasiones, demasiado nítida. Pero como el propio TPI indica en *Gencor*, la distinción es, en el fondo, poco relevante puesto que la viabilidad de cada compromiso, así como las medidas administrativas de vigilancia del mismo deberán determinarse caso por caso atendiendo a un complejo número de factores, tales como las características del mercado relevante. El *nomen iuris* tiene, en el fondo, pocas consecuencias prácticas como no sean las que puedan desprenderse de la aplicación del principio de proporcionalidad, al que más adelante se hace referencia.

## 2.2. Criterios utilizados por la Comisión para evaluar la idoneidad de un remedio

De la práctica de la Comisión pueden deducirse dos criterios principales para la evaluación de los remedios. El primero de ellos es la idoneidad del remedio para garantizar estructuras de mercado competitivas, y el segundo es la viabilidad del compromiso.

(a) Idoneidad del remedio para garantizar estructuras de mercado competitivas. Este criterio ha sido resumido por los responsables del control de concentraciones de la Comisión de la forma siguiente:

«[L]a Comisión aspira a soluciones que remedien el problema competitivo, buscando una salida adecuada para reducir la posición en el mercado de las partes a un nivel por debajo del dominio con el objetivo de permitir la competencia. La finalidad de aceptar compromisos es debilitar el poder de mercado de las partes que se concentran y reforzar la competencia en el mercado, de modo que no se permita la creación o el refuerzo de una posición de dominio».<sup>7</sup>

(b) Viabilidad del compromiso. Para cumplir con este criterio hace falta que el remedio represente una solución permanente<sup>8</sup> de fácil y efectiva aplicación,<sup>9</sup> que no requiera control ulterior<sup>10</sup> y que no conlleve nuevos problemas de competencia.<sup>11</sup>

## 2.3. Preferencia de las autoridades de Defensa de la Competencia por los remedios estructurales

La Comisión ha mostrado claramente su preferencia por los remedios de tipo estructural. Esta preferencia ha sido confirmada por la jurisprudencia comunitaria<sup>12</sup>, con algunas salvedades en que la Comisión ha apuntado que

<sup>7</sup> GÖTZ DRAUZ, *Remedies under the Merger Regulation*, 1996 Fordham Corp. L. Inst. 225 (Barry E. Hawk, ed. 1997).

<sup>8</sup> Véase el punto 6 de la Comunicación.

<sup>9</sup> Véase el punto 10 de la Comunicación.

<sup>10</sup> Véase el punto 10 de la Comunicación.

<sup>11</sup> Véase el punto 49 de la Comunicación.

<sup>12</sup> Véase el caso *Gencor*, discutido anteriormente.

el empleo de remedios estructurales no es adecuado<sup>13</sup>. La preferencia apuntada es palpable en la Comunicación, así como en el hecho de que haya sido este tipo de remedios el primero en generar unas directrices tales como las Directrices<sup>14</sup>. En efecto, los remedios estructurales responden, en general, de manera más adecuada a los criterios de idoneidad y viabilidad utilizados por la Comisión para evaluar el remedio.

#### 2.4. Remedios estructurales y los principios de proporcionalidad y de libertad de empresa

La Comisión reconoce en el punto primero de su Comunicación que los compromisos han de ser «proporcionales al problema de competencia planteado». En su práctica también puede apreciarse la toma en consideración de esta condición<sup>15</sup>. Por otro lado, el respeto de este principio por parte de las Instituciones comunitarias es exigido por el propio TCE en su artículo 5 y ha sido confirmado por la jurisprudencia del TJCE.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Existen circunstancias en las que el uso de remedios estructurales no es apropiado. Se trata en particular de situaciones en las que los problemas de competencia derivan de la existencia de acuerdos de exclusividad, de la combinación de redes o de la posesión conjunta de patentes de gran importancia. Véase a este respecto el punto 26 de la Comunicación. En otros casos, la Comisión afirma que la única solución posible es la prohibición, esto ocurre especialmente (i) cuando los efectos verticales o de conglomerado de la transacción son tan importantes que ningún remedio parece adecuado (véase la Decisión de la Comisión de 9 de noviembre de 1994, caso IV/M.469, *MSG Media Service*); o (ii) cuando la entidad concentrada es significativamente más grande que cualquier competidor y no existe ninguna empresa viable que pueda ser cedida (véase la Decisión de la Comisión de 11 de diciembre de 1997, caso IV/M.1040, *Wolters Kluwer/Reed Elsevier*, y comunicado de Prensa de 11 de marzo de 1998, IP/1998/230); o (iii) en situaciones de oligopolio donde el único comprador creíble es parte del propio oligopolio (véase la Decisión de la Comisión de 10 de noviembre de 1999, caso COMP/M.1715, *Alcan/Pechiney* y comunicado de Prensa de 14 de marzo de 2000, IP/2000/258).

<sup>14</sup> Las Directrices constan de tres documentos: (i) un texto común donde se describe el contenido de los dos modelos que se adjuntan a la luz de la práctica decisoria de la Comisión; (ii) un modelo para la presentación de remedios de desinversión a la Comisión; y (iii) un modelo de nombramiento de los administradores (administrador responsable de la separación y administrador de la cesión).

<sup>15</sup> Por ejemplo, en la Decisión sobre la creación de una empresa en participación para la explotación del negocio de servicios globales y provisión internacional de redes entre AT&T y British Telecom, Decisión de 30 de marzo de 1999, caso IV/JV.15, la Comisión ha indicado que: «La Comisión ha comunicado a AT&T que su propiedad de la empresa ACC Long Distance UK ocasiona un riesgo de coordinación que no resultaría compatible con el artículo 2.4 del Reglamento de concentraciones y que un compromiso de comportamiento no haría la concentración compatible con el Mercado Común. Bajo esas circunstancias [AT&T se compromete a ceder ACC Long Distance UK a un comprador adecuado]».

<sup>16</sup> Sentencia del TJCE de 17 de mayo de 1984, caso C-15/1983, *Denkavit Nederland/Hoofdprodukschap voor Akkerbouwprodukten*; Sentencia del TJCE de 5 de julio de 1977, caso C-114/76, *Bela Muhle/Grows Farm*; y Sentencia del TJCE de 13 de diciembre de 1979, caso C-44/79, *Hauer/Rheinland Pfalz*. El principio fue consagrado en la reforma operada por el Tratado de Amsterdam como un nuevo artículo 5 del TCE que dice en su parte final que: «Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado».

El principio de proporcionalidad se encuentra ligado al principio de libertad de empresa en el sentido de que la elección por las autoridades de la competencia del remedio más adecuado debe resultar también de una valoración de qué remedio de entre los disponibles ocasiona una menor injerencia en la esfera privada o el patrimonio de las partes en la concentración.

En España, el juego de los principios de libertad de empresa y proporcionalidad en la elección del compromiso idóneo ha sido recogido por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de abril de 2002. En la resolución citada el Acuerdo del Consejo de Ministros recurrido supeditaba la aprobación de la concentración entre Prosegur y Blindados del Norte a compromisos distintos de los recomendados por el TDC. El Tribunal Supremo declaró que, en la medida en que el Acuerdo del Consejo de Ministros (i) se aparta del dictamen del TDC y (ii) en la medida en que la imposición de condiciones es limitativa de la libertad empresarial, el Consejo de Ministros se encuentra obligado a motivar su resolución. En segundo lugar, la Sentencia citada también considera que, en el caso resuelto, la imposición de un remedio consistente en la contención de precios resulta contraria al principio administrativo de proporcionalidad, por existir otros remedios menos restrictivos.

Por tanto, la preferencia de las autoridades de Defensa de la Competencia por los remedios de tipo estructural ha de atemperarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad, por cuya virtud los remedios de tipo estructural sólo deberían ser aplicables cuando no exista un remedio de comportamiento idóneo.

## 2.5. La desinversión como remedio estructural por excelencia

La desinversión, ya sea de un negocio, una actividad, un conjunto de activos o un paquete de acciones es el remedio preferido por las autoridades de Defensa de la Competencia. Ahora bien, no cualquier desinversión es idónea para constituir un remedio adecuado. A continuación nos referimos a los principales cometidos u objetivos que debe cumplir un compromiso estructural de desinversión adecuado.

### 2.5.1. *La desinversión como herramienta al servicio de la competencia. Las conclusiones del estudio de la FTC sobre desinversiones*

En el año 1999 la FTC llevó a cabo un estudio<sup>17</sup> para verificar la viabilidad de las cesiones en los procedimientos de concentraciones aprobados desde

<sup>17</sup> «A Study of the Commission's Divestiture Process», preparado por el departamento de competencia de la FTC (1999). Más recientemente (abril de 2003), la FTC ha publicado en unas directrices para la negociación de remedios en concentraciones que pretenden mejorar la transparencia del proceso exponiendo el modo de actuar de la FTC. Estas directrices están disponibles en la siguiente dirección de Internet: <http://www.ftc.gov/bc/bestpractices/bestpractices030401.htm>.

la entrada en vigor de la Ley *Hart-Scott-Rodino*<sup>18</sup>. Las conclusiones del estudio de la FTC fueron tomadas en cuenta por la Comisión en la elaboración y desarrollo de su propia política sobre remedios.<sup>19</sup> El estudio de la FTC llega, de forma resumida, a las siguientes conclusiones:

–La desinversión es el remedio más eficaz para reparar la pérdida de competencia ocasionada por una concentración.<sup>20</sup>

–Las desinversiones de empresas en funcionamiento tienen mayores posibilidades de éxito que las desinversiones de activos seleccionados.<sup>21</sup>

–La continuación de relaciones entre cedente y cesionario con posterioridad a la cesión puede ser un factor clave para el éxito de la misma.<sup>22</sup>

–Un factor decisivo para el éxito de la operación es el nivel de conocimiento de la empresa cesionaria acerca de (i) el mercado relevante y el negocio y (ii) el valor real y el funcionamiento de los activos cedidos.

–Las empresas cedentes emplean su mejor conocimiento del mercado para negociar la desinversión de paquetes de activos que no resultan lo suficientemente amplios para constituir una línea completa de negocio o utilizan su ventaja informativa para proponer compradores débiles, de los que no esperan que lleguen a ser competidores viables (es decir, utilizan su conocimiento para impedir la constitución de un nuevo competidor efectivo).<sup>23</sup>

–A menudo, las empresas cesionarias se encuentran en una situación de

<sup>18</sup> 15 USC 18a (2000).

<sup>19</sup> Discurso de Mario MONTI de 18 de enero de 2002, Comisario para la Política de Competencia de la Comisión Europea, «La Comunicación de la Comisión sobre los remedios en las concentraciones, un año después del CERNA», Centro de economía industrial, École Nationale Supérieure de mines, París, 18 de enero de 2002. En la actualidad, la Dirección General de la Competencia de la Comisión está llevando a cabo un estudio sobre todos los casos de concentraciones comunitarias aprobados con sujeción a algún tipo de remedio, con el mismo fin de comprobar su efectividad. (Véase Competition Policy Newsletter número 2 de 2003).

<sup>20</sup> La FTC concluye que tres cuartas partes de las cesiones ordenadas han tenido éxito. El éxito o fracaso se mide por el grado en que la empresa resultante de la cesión es viable como entidad competitiva capaz de mantenerse en el mercado.

<sup>21</sup> Para la FTC, una empresa en funcionamiento (*on-going business*) no es necesariamente una empresa operada de manera independiente y autónoma con anterioridad a la desinversión. Es suficiente que sea un paquete de activos lo suficientemente importante como para permitir la transferencia automática de una cuota de mercado a la empresa cesionaria.

<sup>22</sup> La continuación, por ejemplo, de contratos de mantenimiento o suministro suele ser esencial para la supervivencia de la actividad cedida.

<sup>23</sup> En Estados Unidos, al igual que en la Unión Europea, la autoridad de competencia tiene la última palabra en la autorización del comprador.

desventaja competitiva<sup>24</sup> o muestran intereses dispares a los de la autoridad de Defensa de la Competencia.<sup>25</sup>

2.5.2. *Desinversión de actividad viable, existente y susceptible de explotación independiente*

La Comisión no se contenta con que la actividad cedida sea viable desde el punto de vista económico<sup>26</sup>, sino que además requiere que el negocio cedido esté en condiciones de propiciar la aparición de una nueva entidad competitiva o la consolidación de los competidores en el mercado relevante<sup>27</sup>. La competitividad eficaz y duradera del negocio cedido resulta por lo general de la cesión de actividades existentes que pueden explotarse de forma independiente de las partes en la concentración, excepto durante un período transitorio que puede considerarse necesario en casos específicos<sup>28</sup>. La transmisión de un negocio viable exige que el paquete propuesto incluya todos los elementos necesarios para que el negocio pueda actuar como un competidor efectivo y, en particular, investigación y desarrollo, producción, distribución, ventas y marketing, derechos de propiedad intelectual, fondo de comercio, activos, personal, contratos de suministro y ventas, listas de clientes, contratos de servicios con terceros y asistencia técnica<sup>29</sup>.

2.5.3. *Desinversiones parciales*

Aunque la desinversión de todos los elementos de un negocio es la solución

<sup>24</sup> El estudio muestra que muchos cesionarios adquirieron los activos asumiendo las condiciones exigidas por el cedente a cambio de un precio u otra condición que estimaban favorable, o simplemente por miedo a que otra empresa aspirante fuese seleccionada.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en ocasiones la evidencia muestra que la empresa cesionaria resulta más beneficiada del mantenimiento de una actitud de cooperación con la empresa cedente que de desarrollar una competencia agresiva.

<sup>26</sup> Como actividad susceptible de generar beneficios.

<sup>27</sup> Véase el punto 13 de la Comunicación.

<sup>28</sup> La Comisión ha concluido en un número de decisiones que los negocios propuestos para ser cedidos no constituirían un negocio viable. A modo de ejemplo, en su Decisión de 29 de septiembre de 1999, caso COMP/M.1383, *Exxon/Mobil*, la Comisión rechazó como remedio la venta del negocio de Mobil de lubricantes para aviones porque, en comparación con el negocio paralelo de Exxon, aquél se encontraba fuertemente integrado verticalmente de modo que su viabilidad como negocio susceptible de sobrevivir de forma independiente de las actividades de negocio verticalmente relacionadas se hallaba comprometida. En su Decisión de 1 de diciembre de 1999, caso COMP/M1601, *AlliedSignal/Honeywell*, la Comisión concluyó que una sola línea de producto no constituía un negocio viable. En su Decisión de 22 de septiembre de 1999, caso COMP/M.1524, *Airtours/First Choice*, la Comisión rechazó la cesión de activos propuesta en base a que los mismos no habían constituido previamente un negocio integrado, la importancia de la cesión era muy limitada y el comprador potencial estaría en una desventaja ya que no se encontraría verticalmente integrado. En su Decisión de 31 de enero de 2001, caso COMP/M.2097, *SCA/Metsa Tissue*, la Comisión rechazó la cesión de una planta porque estimó que el nuevo propietario no contaría con la capacidad suficiente para competir de forma agresiva.

<sup>29</sup> Véanse los puntos 46 y 47 de la Comunicación.

preferida por la Comisión, en ciertos casos pueden aceptarse remedios que únicamente versen sobre activos específicos<sup>30</sup>. En estos casos, la cesión de un activo puntual es suficiente para que el adquirente del mismo se convierta en un competidor viable<sup>31</sup>. Ejemplos de este tipo de cesiones son la cesión de activos materiales específicos<sup>32</sup> y la cesión de derechos de propiedad intelectual o industrial<sup>33</sup>.

En general, siempre que una desinversión parcial sea suficiente para despejar las dudas competitivas, será preferible su adopción a la de una desinversión de negocio completo (en aplicación del principio de proporcionalidad, antes referido).

#### 2.5.4. Comprador adecuado

El comprador del negocio cedido debe cumplir con tres requisitos que se conocen con el nombre de las «normas del comprador»<sup>34</sup>, a saber, (i) debe ser un competidor existente o potencial, que posea recursos financieros, experiencia demostrada e incentivos para mantener y desarrollar la actividad cedida como fuerza competitiva activa en competencia con las partes; (ii) debe ser independiente y sin vínculo alguno con la empresa resultante de la concentración; y (iii) la adquisición por el comprador propuesto no debe generar nuevos problemas de competencia ni ocasionar riesgos de retraso en la aplicación del remedio.

La interpretación de estos requisitos ha sido matizada por el TPI en su Sentencia en el asunto *Le Mirabellier*<sup>35</sup>, discutida más adelante.

### 3. EL CONTROL JUDICIAL POR LOS TRIBUNALES COMUNITARIOS

#### 3.1. Grado de intensidad del control: desarrollos recientes en el control judicial de las decisiones de concentración

La Comisión, como instancia administrativa encargada del control de las

<sup>30</sup> Véase el punto 18 de la Comunicación.

<sup>31</sup> Para las partes en la concentración, este tipo de soluciones suelen resultar preferibles porque (i) representan un menor gravamen en su patrimonio; (ii) su ejecución suele ser mucho más fácil que la desinversión de actividades completas, siendo menos frecuente la necesidad de recurrir a administradores; y (iii) cabe esperar que la pérdida de sinergias o eficiencias generadas por la fusión sea menor.

<sup>32</sup> Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 2000, caso COMP/M.1663, *Alcan/Alusuisse*, donde las partes propusieron la desinversión de las máquinas dedicadas a la producción de contenedores de aluminio semi-rígido.

<sup>33</sup> Véase el punto 29 de la Comunicación donde se afirma que la Comisión puede aceptar acuerdos de licencia como alternativa a la cesión cuando ésta impida una investigación eficaz y continuada. Véanse así mismo la Decisión de la Comisión de 27 de julio de 2001, caso COMP/M.2337, *Nestle/Ralston Purina*; la Decisión de la Comisión de 8 de enero de 2002, caso COMP/M.2621, *SEB/Moulinex*; y la Decisión de la Comisión de 28 de septiembre de 2000, caso COMP/M.1990, *Unilever/Bestfoods*.

<sup>34</sup> Véase el punto 49 de la Comunicación.

<sup>35</sup> Sentencia del TPI de 3 de abril de 2003, caso T-342/2000, *Petrolessence SA/Comisión*.

operaciones de concentración de alcance comunitario ha sufrido recientemente una serie de reveses por parte de los tribunales comunitarios. En particular, nos referimos a las conocidas resoluciones judiciales en los asuntos *Airtours*, *Tetra Laval* y *Schneider*<sup>36</sup>.

Las decisiones sobre concentraciones de la Comisión son recurribles al igual que el resto de actos finales de esta Institución que no constituyan recomendaciones u opiniones<sup>37</sup>.

El análisis de las Sentencias del TPI que hemos mencionado permite deducir cuáles son los contornos de la discrecionalidad de las actuaciones administrativas de la Comisión en el contexto del control de concentraciones:

(a) En el marco de su actuación administrativa, la carga de probar que una determinada operación originará la creación o el refuerzo de una posición de dominio en el mercado recae sobre la Comisión. En este sentido, el TPI ha insistido en numerosas ocasiones en que la Comisión debe aportar pruebas adecuadas de todos los hechos en los que basa su decisión<sup>38</sup>.

(b) Ahora bien, el TPI ha reconocido al mismo tiempo un amplio margen de discrecionalidad de la Comisión para llevar a cabo análisis de tipo económico como los que acompañan a las decisiones en materia de concentraciones<sup>39</sup> afirmando asimismo que el TPI no puede sustituir su propia apreciación por la de la Comisión. El TPI se muestra activo en la revisión judicial por motivos tales como el error manifiesto de apreciación o la falta de prueba. En ocasiones la falta de prueba puede referirse a una alegación o imputación de contenido económico. En ese caso el TPI parece proclive a revisar la actuación administrativa. Sin embargo, en la medida en que las aseveraciones de contenido económico de la Comisión se encuentren bien fundamentadas desde el punto de vista formal, no parece probable que el TPI entre a juzgar.

En concreto, en *Airtours*, el TPI concluyó que la Comisión no había aportado pruebas adecuadas para apoyar su argumento a favor de la existencia de una tendencia en la industria hacia una situación de dominio colectiva. En *Tetra/Laval*, el TPI declaró que la predicción de la Comisión acerca de la futura obtención por Tetra Laval de una posición de dominio en el mercado para las máquinas de llenado asépticas no era plausible (en el fondo

<sup>36</sup> Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, caso T-342/1999, *Airtours/Comisión*; Sentencia TPI de 25 de octubre de 2002, caso T-5/2002, *Tetra Laval/Comisión*; y Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2002, caso T-310/2001, *Schneider Electric/Comisión*. En cada uno de estos casos, la Comisión había prohibido la concentración y posteriormente el TPI ha anulado la Decisión de la Comisión.

<sup>37</sup> Véase el artículo 230 TCE.

<sup>38</sup> Véase por ejemplo, la Sentencia del TPI de 12 de diciembre de 1991, caso T-30/1989, *Hilti/Comisión*, punto 44.

<sup>39</sup> Véase por ejemplo, la Sentencia del TPI de 28 de abril de 1999, caso T-221-95, *Endemol/Comisión*; y Sentencia del TPI de 15 de diciembre de 1999, caso T-22-97, *Kesko/Comisión*.

un caso de aseveración no probada). Y, finalmente, en *Schneider*, el TPI sostuvo que la conclusión de la Comisión sobre la relación entre el nivel de concentración a nivel mayorista y los precios no había sido demostrada de forma suficiente.

El interés de las decisiones judiciales en los casos *Airtours*, *Tetra Laval* y *Schneider* reside en la mayor disposición de las instancias judiciales comunitarias a entrar a valorar, si no el núcleo de la argumentación económica (lo cual resulta, por otra parte, lógico, puesto que los Tribunales no son las instancias adecuadas para esta tarea), sí, al menos, la suficiencia de las pruebas aportadas como garantía básica de justicia material de una actuación administrativa con un enorme impacto potencial sobre la esfera patrimonial de las partes en la concentración.<sup>40</sup>

Por último, las consecuencias en el plano legal de los fallos del TPI pueden tener un resultado inmediato en la imposición a la Comisión de condenas para indemnizar por daños y perjuicios a las empresas afectadas. En efecto, la sentencia en el asunto de *Airtours* ha sido tomada como base para una demanda de daños y perjuicios contra la Comisión<sup>41</sup>. La demandante estima que el comportamiento de la Comisión vulneró los principios generales de buena administración y de diligencia. Para la demandante, al cometer estas infracciones la Comisión se excedió manifiesta y gravemente en su facultad de apreciación justificando dichas infracciones una indemnización sobre la base del artículo 288 TCE.

El perjuicio cuya indemnización reclama la demandante consiste en (i) los beneficios obtenidos por First Choice (empresa objetivo) y recogidos en sus cuentas certificadas y que hubieran correspondido a la demandante si la Comisión no hubiera prohibido la adquisición, (ii) pérdida de los ahorros que se hubieran conseguido gracias a las sinergias resultantes de la fusión y, (iii) los costes de la frustrada oferta de adquisición de First Choice.

<sup>40</sup> En la actualidad existe un recurso pendiente ante el TJCE contra la Sentencia del TPI en el asunto *Tetra Laval*, casos C-12/03 y C-13/03. La Comisión aduce, entre otros, que el TPI ha exigido un nivel de prueba desproporcionado y que se ha excedido en sus poderes que deben limitarse a constatar que la Comisión no ha cometido ningún error manifiesto de hecho o de razonamiento (Comunicado de Prensa de 20 de diciembre de 2002, IP/2002/1952). Supuestamente, este caso arrojará luz sobre los límites de la revisión judicial de las concentraciones.

<sup>41</sup> Recurso interpuesto el 18 de junio de 2003 contra la Comisión por *My Travel Group, plc* (Asunto T-212/03, DOCE C200/28 de 23 de agosto de 2003). Igualmente, la sociedad *Schneider* ha interpuesto el 10 de octubre de 2003 una demanda por daños y perjuicios ante el TPI contra la Comisión por la conducta de ésta durante el procedimiento que dio lugar a la Decisión de prohibición de su fusión con *Legrand*. *Schneider* alega que la Comisión se excedió manifiesta y gravemente en su facultad de apreciación de las operaciones de concentración aduciendo, entre otros, errores de procedimiento que vulneraron su derecho de defensa (Asunto T-351/03, DOCE C7/37 de 10 de enero de 2004).

**3.2. Revisión judicial de las actuaciones de la Comisión encaminadas a la elección del cesionario de la desinversión. El caso Le Mirabellier<sup>42</sup>**

La reciente Sentencia del TPI en el recurso presentado por la empresa francesa «Le Mirabellier» contra una decisión de la Comisión descartando su candidatura para la compra de ciertos activos ofrecidos por TotalFina como remedio estructural en su concentración con Elf Aquitaine<sup>43</sup> ha sido acogida de forma favorable por la Comisión.<sup>44</sup> La importancia de esta Sentencia radica en que es la primera vez que las instancias judiciales comunitarias se pronuncian sobre el poder de la Comisión para rechazar compradores potenciales en procesos de desinversión.<sup>45</sup>

*3.2.1. Principales argumentos del demandante*

Le Mirabellier alegó en su recurso que la Comisión había apreciado de forma errónea su candidatura al decidir que Le Mirabellier no podía ejercer una competencia efectiva en el mercado.

En primer lugar, Le Mirabellier pretendía mostrarse como un competidor viable en base a las sinergias que se generarían por la combinación de las actividades de distribución de combustible en autopistas con la de restauración.<sup>46</sup> En opinión de Le Mirabellier, no debería ser un obstáculo el hecho de que cuatro de las estaciones de servicio que pretendía adquirir no dispusieran en el momento de la cesión de restaurante ya que era de esperar la apertura de unidades de restauración en un plazo de entre dieciocho meses y dos años a partir de la cesión de los activos. Además, era sostenible que cada una de dichas actividades fuera rentable plenamente de forma separada, como demostraba el hecho de que los bancos hubieran apoyado su candidatura como cesionario de la desinversión.

En segundo lugar, el demandante alegaba que el hecho de que el suministro a las seis estaciones representara un escaso volumen de compra y por tanto un menor poder de negociación frente a las refinerías era irrelevante,

<sup>42</sup> Sentencia del TPI de 3 de abril de 2003, citada anteriormente.

<sup>43</sup> Decisión de la Comisión de 9 de febrero de 2000, caso COMP/M.1628, *TotalFina/Elf*.

<sup>44</sup> Véase el comunicado de prensa de la Comisión de 3 de abril de 2003, IP/03/491.

<sup>45</sup> La Comisión había identificado en su Decisión como mercados afectados, entre otros, el mercado de la venta de combustible en autopista en Francia concluyendo que en el estado actual de la competencia dicho mercado se aproximaba a una situación de dominio ejercida única o conjuntamente por TotalFina ya que esta empresa desempeñaba un papel de líder. Tras la concentración, la Comisión estimaba que se crearía una posición de dominio en tal mercado y que la nueva entidad resultante tendría incentivos para aumentar los precios y/o disminuir la calidad de sus servicios. Para preservar la competencia en este mercado, TotalFina se comprometió a ceder una serie de activos, en concreto, setenta estaciones de servicio de las marcas Elf, Total y Fina situadas en las autopistas francesas. La oferta de Le Mirabellier se dirigía a seis de dichas estaciones.

<sup>46</sup> En este sentido cabe apuntar que Le Mirabellier en el momento de plantear su oferta estaba presente únicamente en el sector de la restauración en autopistas.

puesto que las diferencias entre los precios de compra en el mercado de los combustibles en Francia eran muy reducidas. Según el demandante, el argumento de la Comisión según el cual Le Mirabellier se vería expuesto a represalias por parte de las refinerías, verticalmente integradas, en caso de llevar a cabo una política de precios atractiva, no era un argumento admisible. La probabilidad de comportamientos anticompetitivos no podía constituir un argumento válido para rechazar la candidatura de un operador.

En tercer lugar, en opinión del demandante no podía aceptarse el argumento de la Comisión según el cual Le Mirabellier no podría generar economías. En su opinión, las economías serían posibles a través de la combinación de las actividades de distribución de carburantes y de restauración. El demandante consideraba que la Decisión de la Comisión favorecía a los operadores ya instalados en el mercado, y en concreto a las grandes refinerías integradas.

En cuarto lugar, el demandante alegaba que el rechazo de un operador que no está presente en el mercado no era pertinente en un mercado caracterizado por la propia Comisión como muy concentrado. El demandante señalaba que al menos dos de las estaciones habían sido asignadas a Shell y Esso. El mantenimiento de los mismos operadores en el mercado contribuía, en su opinión, a aumentar los riesgos de colusión entre dichos operadores. Por último, el demandante alegaba contar con experiencia en el mercado relevante, aunque ésta se remontara solamente a los años ochenta.

### 3.2.2. Conclusiones del TPI

El TPI comienza sus conclusiones confirmando el margen de apreciación de la Comisión en sus decisiones en materia de concentraciones, y especialmente en las valoraciones de orden económico. El TPI confirma que el control del juez comunitario «debe limitarse a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación o de desviación de poder» no correspondiendo al mismo «sustituir la apreciación de orden económico de la Comisión mediante la suya propia<sup>47</sup>». A continuación, el TPI concluye que en el caso concreto el demandante no había demostrado que la apreciación de la Comisión adoleciera de un error manifiesto. El TPI deslegitima la pretensión del demandante al afirmar que, con sus alegaciones, el demandante «pretende instar al Tribunal de Primera Instancia a sustituir la apreciación de la Comisión relativa a su candidatura por otra diferente<sup>48</sup>».

En sus argumentaciones siguientes, el TPI apunta que de la Decisión de la Comisión sobre la concentración de TotalFina y Elf Aquitaine, así como de los compromisos acordados, se desprende que sólo podría restablecerse una competencia efectiva y duradera en el mercado si los cesionarios de las estaciones de servicio pudieran adquirirlas sin interrumpir su actividad hacién-

<sup>47</sup> Véase el punto 101 de la Sentencia del TPI.

<sup>48</sup> Véase el punto 103 de la Sentencia del TPI.

dolas *inmediatamente* rentables y competitivas<sup>49</sup>. En base a este objetivo de los compromisos, el TPI procederá a rechazar cada uno de los argumentos del demandante a los que nos hemos referido anteriormente.

En relación con el primero de ellos, el TPI concluye que la Comisión no ha sobrepasado su margen de apreciación al tomar en consideración que las sinergias propuestas por el demandante sólo serían posibles, en el mejor de los casos, a medio plazo. En cualquier caso, el TPI estima que a pesar de que las sinergias pudieran realizarse con certeza en el plazo estipulado por el demandante, esto no sería suficiente porque el objetivo de los compromisos no es la búsqueda de cesionarios viables, sino de cesionarios capaces de mantener y desarrollar una competencia efectiva<sup>50</sup>.

En cuanto al segundo punto (carácter infundado de la Decisión de la Comisión en lo que se refiere a los temores de prácticas colusorias y represalias como respuesta a una política agresiva de precios de Le Mirabellier), el TPI afirma que «[P]uesto que se trata de un análisis prospectivo de la Comisión, sólo puede considerarse que adolece de un error manifiesto de apreciación sobre la base de hechos concretos aportados por las demandantes, lo que no sucedió en el presente asunto».

Por lo que a las economías de escala respecta, el TPI considera que la «simple posibilidad teórica de subvencionar, gracias a actividades de restauración, las actividades realizadas en el mercado de la venta de combustibles no puede constituir una economía de escala», de modo que la Comisión no sobrepasó su margen de apreciación al invocar la falta de economías de escala.

En cuanto al cuarto argumento, es decir, la falta de presencia del demandante en el mercado relevante, el TPI estima que este aspecto es particularmente relevante para evaluar la capacidad de un candidato para alcanzar el objetivo de los compromisos<sup>51</sup> afirmando que «[C]ontravendría el objetivo de los compromisos el hecho de favorecer a un candidato únicamente porque sea un nuevo participante si este último, a la vista de todas las circunstancias, no puede alcanzar este objetivo<sup>52</sup>». Por otro lado, no puede afirmarse que la Comisión hubiera favorecido a las grandes compañías petroleras puesto que el ochenta y cinco por ciento de las estaciones cedidas lo fue a otro tipo de compañías. Por último, el TPI considera que la Comisión tampoco sobrepasó su margen de apreciación al no considerar la posibilidad expuesta por el demandante de adquirir en el año 2005 otras estaciones de servicio pues, si bien este aspecto puede ser tenido en consideración

<sup>49</sup> Véase el punto 106 de la Sentencia del TPI.

<sup>50</sup> Por la misma razón el TPI rechaza el argumento del demandante basado en el apoyo recibido de los bancos ya que en opinión del TPI éstos hacen juicios de solvencia y no de competencia. Véase a este respecto las consideraciones realizadas más arriba en relación con los aspectos relativos al requisito de que el comprador sea adecuado.

<sup>51</sup> Aunque reconoce al mismo tiempo que este elemento no podría constituir de forma aislada el fundamento del rechazo de un operador, punto 119 de la Sentencia del TPI.

<sup>52</sup> Véase el punto 118 de la Sentencia del TPI.

por la Comisión en determinadas circunstancias, en el caso presente se trataba de una candidatura «bastante débil cuyo éxito, al menos como motor o estímulo de una competencia efectiva, es relativamente aleatorio<sup>53</sup>».

La Sentencia del TPI en el asunto *Le Mirabellier* viene a abundar en el alcance de dos aspectos fundamentales de la revisión judicial de las decisiones de control de concentraciones. Por una parte, el margen de discrecionalidad de la Comisión en sus decisiones relativas a concentraciones, y por otra, el concepto de comprador adecuado en relación con los compromisos estructurales.

En los casos *Airtours*, *Tetra Laval* y *Schneider*, mencionados, el TPI anuló las correspondientes decisiones de la Comisión sobre la base de que la Comisión no había aportado pruebas adecuadas o convincentes de la creación o refuerzo de una posición de dominio como consecuencia de la concentración. En *Le Mirabellier*, sin embargo, el TPI confirmó la Decisión de la Comisión de rechazar un comprador en un proceso de desinversión derivado de la aprobación de una concentración porque el mismo no había podido demostrar que su candidatura representaba una amenaza competitiva en el mercado. Nos encontramos pues en supuestos de hecho en los que la carga de la prueba recae sobre personas diferentes.

En el caso de decisiones sobre la aprobación o la prohibición de operaciones de concentración la prueba de la creación o refuerzo de una posición de dominio recae sobre la Comisión. Por el contrario, la carga de la prueba sobre la idoneidad de los compromisos propuestos para eliminar la creación o el fortalecimiento de una posición de dominio recae sobre las partes. En el caso de desinversiones las partes han de probar que el potencial comprador es un comprador idóneo<sup>54</sup>. El caso *Le Mirabellier* viene en este sentido a confirmar que el grado de exigencia requerido por los tribunales comunitarios a la Comisión en lo relativo al fondo de la valoración competitiva, es aplicable asimismo a las partes cuando proponen compromisos<sup>55</sup>.

Por último, el asunto *Le Mirabellier* también arroja luz sobre el concepto de comprador adecuado al confirmar el TPI que una competencia efectiva en el mercado no resulta simplemente de operadores viables económicamente,

<sup>53</sup> Véase el punto 120 de la Sentencia del TPI.

<sup>54</sup> Véase el punto 6 de la Comunicación.

<sup>55</sup> La actitud de la Comisión hacia los compradores potenciales ha sido por otra parte ilustrada por Claude Rakovsky, de la Comisión, del modo siguiente: «Debemos hacer una valoración de los incentivos para competir de los potenciales compradores, examinar y discutir sus planes de negocio e intentar comprender, desde su perspectiva, la razón de la transacción que proponen. Ésta es una tarea difícil y no existen garantías, en un mercado en movimiento, de que el comprador seguirá su plan de negocio inicial [...]. Sin embargo, la Comisión no debería, en mi opinión, dudar en rechazar un comprador potencial, incluso si se trata de un negocio viable e independiente, si existen dudas sobre sus compromisos para competir, este enfoque no constituye una política de intervencionismo industrial», en *Remedies: A Few Lessons From Recent Experience*, publicado en *EC Merger Control: Ten Years On*, IBA, 2000.

sino de operadores que, dadas las características del mercado en cuestión, pueden dar lugar de forma inmediata a una competencia efectiva<sup>56</sup>.

#### 4. LOS REMEDIOS ESTRUCTURALES Y LOS TERCEROS

##### 4.1. La intervención de los terceros en la negociación y aceptación de remedios

Las posibilidades de intervención de los terceros en los procesos de verificación de operaciones de concentración a nivel comunitario se encuentran bastante limitadas en comparación con las de las empresas partícipes. La Comisión está obligada a informar a los terceros que muestren un interés legítimo, de la naturaleza y el objeto del procedimiento, concediéndoles un plazo para dar a conocer sus puntos de vista, siempre y cuando dichos terceros soliciten por escrito ser escuchados conforme al apartado cuarto del artículo 18 del RCC.<sup>57</sup> A *sensu contrario*, si los terceros no formulan tal solicitud, la Comisión no está obligada a mantenerlos informados.<sup>58</sup>

En el caso en que las partes propongan compromisos, los terceros que hayan solicitado ser escuchados, podrán también extender sus observaciones a los mismos. Ahora bien, el derecho de los terceros a ser escuchados no implica necesariamente la necesidad de que sean consultados sobre la versión definitiva de los compromisos, especialmente cuando dichos terceros han intervenido durante todo el proceso y han formulado en un momento anterior del mismo las observaciones que han estimado oportunas. En este sentido, el TPI en su Sentencia de 27 de noviembre de 1997, en el asunto *Kaysersberg SA/Comisión*, citada, afirmaba lo siguiente:

*«Contrariamente a lo que alega la demandante, la Comisión no puede, en virtud del apartado 4 del artículo 18 del Reglamento núm. 4064/1989, tener además la obligación de comunicar a los terceros previamente, para que expresen su punto de vista, el estado definitivo de los compromisos que las empresas afectadas hayan contraído como consecuencia de las objeciones formuladas por la Comisión, a raíz, en particular, de las observaciones remitidas por los terceros sobre las propuestas de compromisos formuladas por las empresas de que se trata».*

En la práctica, la Comisión ha adoptado la costumbre de recoger los comen-

<sup>56</sup> En este sentido, véase la sección D del Modelo para Remedios Estructurales contenido en las Directrices.

<sup>57</sup> Véase el artículo 16 del Reglamento EC 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas. Este artículo no dispone de un plazo específico que deba ser otorgado a los terceros. La jurisprudencia ha venido interpretando que debe tratarse de un plazo suficiente, plazo que por otro lado debe conciliarse con el principio de celeridad que rige el sistema del RCC (Sentencia del TPI de 27 de noviembre de 1997, caso T-290/1994, *Kaysersberg SA/Comisión*, punto 113).

<sup>58</sup> Sentencia del TPI de 27 de noviembre de 1997, caso T-290/1994, *Kaysersberg SA/Comisión*, punto 108.

tarios de terceros mediante el recurso a los mecanismos de los artículos 4.3 (obligación de publicar el hecho de la notificación del proyecto de concentración) y 11 (requerimiento de información) del RCC.

#### 4.2. Tipos de remedios estructurales susceptibles de afectar a terceros

Existe una serie de remedios de tipo estructural que por su propia naturaleza son susceptibles de afectar con un alto grado de probabilidad a los intereses de terceros ajenos a la operación de concentración. Los ejemplos más significativos de este tipo de remedios son (i) la cesión de una participación existente en una empresa en participación y (ii) la terminación de uno o varios contratos de distribución o licencia. Este tipo de remedios se presenta esencialmente en aquellos casos en que los problemas de competencia no se derivan de coincidencias horizontales sino de relaciones estructurales con competidores o de la existencia de un entramado de relaciones verticales que imposibilita o dificulta el acceso al mercado. Ambas soluciones aparecen señaladas en la Comunicación<sup>59</sup> y han sido admitidas por la Comisión en una serie de casos.<sup>60</sup>

#### 4.3. El caso *Kali und Salz*<sup>61</sup>

El interés de este caso radica, en primer lugar, en que el recurso contra la Decisión de la Comisión<sup>62</sup> declarando la combinación de las actividades de *Kali und Salz* (K+S), filial alemana del grupo químico BASF, y *Mitteldeutsche Kali AG* (MdK), en la potasa y la sal gema, en una empresa en participación entre K+S y el *Treuhandanstalt*<sup>63</sup>, compatible con el Mercado Común pero sujeta a condiciones fue presentado por un tercero afectado por los compromisos y no por las partes. La Decisión fue recurrida por parte de la República Francesa y de la *Société Commerciale des Potases et de Lazote* (SCPA), filial del grupo francés *Entreprise Minière et Chimique*. Y en segundo lugar, en que el recurso presentado por SCPA pretendía la anulación parcial de la Decisión, en particular, de la parte dispositiva de la misma por

<sup>59</sup> Véase el punto 24 de la Comunicación para la cesión de participaciones en empresas en participación y el punto 27 para los acuerdos de exclusividad.

<sup>60</sup> Decisión de la Comisión de 17 de julio de 1998, caso IV/M.942, *VEBA/Degussa*, sobre una empresa en participación. Decisión de la Comisión de 11 de febrero de 1998, caso IV/M.986, *Agfa-Gevaert/Du Pont*, donde la Comisión aceptó el compromiso de *Agfa-Gevaert* de terminar algunos de sus contratos de distribución exclusiva. Este caso muestra, por otro lado, cómo en determinadas circunstancias la cesión de activos puede tener menor impacto en la situación de competencia del mercado que la terminación de ciertos contratos (puntos 111-116 de la Decisión).

<sup>61</sup> Sentencia del TJCE de 31 de marzo de 1998, casos acumulados C-68/1994 y C-30/1995, *Francia/Comisión*.

<sup>62</sup> Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993, caso IV/M.308, *Kali + Salz/MdK/Treuhand*.

<sup>63</sup> Ente público alemán encargado de reestructurar las empresas de la antigua República Democrática Alemana.

la que se imponían compromisos de tipo estructural a las partes así como de otro compromiso del mismo tipo presentado por las partes y aceptado por la Comisión en uno de los considerandos de su Decisión.

Este caso sirve por tanto para ilustrar los problemas que pueden encontrar los terceros en la revisión judicial de compromisos estructurales susceptibles de afectar su situación. El caso aporta elementos valiosos de juicio que se examinan a continuación de forma separada.

(a) *Contenido de la Decisión de la Comisión.* La Comisión llegó a la conclusión de que la concentración crearía (i) un monopolio de hecho en el mercado alemán de los productos a base de sales de potasa de uso agrícola y (ii) una posición dominante colectiva en el mercado comunitario, a excepción de Alemania, del mismo producto. En cuanto al mercado alemán, la Comisión aceptó la aprobación de la operación sin la imposición de compromisos en base a la teoría de la excepción de empresa en dificultades (*failing firm defence*). En cuanto al segundo mercado identificado, la Comisión estimó que la posición dominante colectiva estaría detentada por K+S/MdK, por una lado y SCPA, por otro. La Comisión apoyó sus conclusiones en la existencia de vínculos estrechos entre K+S y su competidor SCPA: (i) ambas empresas participaban al 50% en una empresa en participación en Canadá (Potacan), (ii) ambas empresas detentaban en la empresa Kali-Export, sociedad austriaca para la coordinación de la venta de productos derivados de la potasa en países terceros, un 25% del capital, estando otro 25% en manos de MdK y el otro 25% restante en manos de la empresa española Coposa, y (iii) los suministros en Francia de K+S se llevaban a cabo principalmente a través de SCPA. La parte dispositiva de la Decisión imponía como compromisos la salida de K+S de Kali-Export y la terminación de la cooperación entre K+S y SCPA para la distribución en Francia. Adicionalmente, K+S había propuesto a la Comisión una reestructuración de la empresa Potacan para que cada uno de sus socios pudiera vender la producción resultante de la misma de forma separada. Sin embargo, este último compromiso no aparecía en la parte dispositiva de la Decisión ya que la Comisión se limitó simplemente a tomar nota del mismo.

(b) *Admisibilidad del recurso.* El juzgador comunitario no parece mostrar mayores problemas a la hora de aceptar el recurso de un tercero contra remedios que le afectan. Los criterios de afectación directa e individual que conforman la legitimidad procesal se estiman cumplidos<sup>64</sup>. El TJCE estimó que SCPA se encontraba directamente afectada por la Decisión de la Comisión por dos motivos: (i) de su ejecución de derivarían perjuicios para esta empresa<sup>65</sup> y (ii) la voluntad de las partes de respetar los compromisos podía

<sup>64</sup> Para más detalles sobre estos criterios, véase, entre otras, la Sentencia de 15 de julio de 1963, caso C-25/62, *Plaumann/Comisión*.

<sup>65</sup> La salida de K+S de Kali Export pondría en peligro la supervivencia de este cártel de exportación y especialmente de SCPA porque la misma no contaba con una red para la comercialización de sus productos en los mercados de exportación a gran escala, y la terminación de la cooperación de K+S y SCPA en el mercado francés supondría la resolu-

considerarse firme y consecuente en especial porque su no cumplimiento podría acarrear la revocación de la Decisión de aprobación<sup>66</sup>. En segundo lugar, el TJCE estimó que SCPA estaba individualmente afectada por la Decisión de la Comisión por las siguientes razones: (i) su intervención en el procedimiento administrativo y el hecho de que la Comisión tuviera en cuenta sus observaciones en el procedimiento, (ii) SCPA se encontraba especialmente caracterizada en comparación con otros productores de potasa en el mercado pues la Decisión de la Comisión especialmente contempla la situación de duopolio entre K+S y SCPA, y (iii) las condiciones a las que se sujetaba la Decisión podían afectar de manera sustancial a la posición de mercado de SCPA.

(c) *La obligatoriedad de los remedios.* La Sentencia del TJCE en el caso *K+S* confirma la jurisprudencia comunitaria en materia de actos atacables, es decir, sólo aquellos actos que produzcan efectos jurídicos obligatorios pueden ser atacados en justicia<sup>67</sup>. Este principio llevó al TJCE a no admitir el recurso de SCPA contra el remedio propuesto por K+S sobre la reestructuración de la empresa en participación Potacan, por dos motivos, (i) el compromiso en cuestión no se había convertido en obligación formal<sup>68</sup> y (ii) aunque así hubiera sido, el compromiso no podía producir efectos jurídicos obligatorios susceptibles de afectar la situación de SCPA ya que mediante el mismo K+S simplemente se comprometía a iniciar negociaciones con SCPA, de modo que cualquier transformación de Potacan necesitaría el mutuo acuerdo del socio francés<sup>69</sup>.

(d) *Validez de compromisos susceptibles de afectar a terceros.* Uno de los argumentos expuestos por SCPA en su recurso consistía en sostener que el Reglamento CE 4064/1989 no permitía supeditar la declaración de compatibilidad de una concentración a condiciones y cargas que repercutan en terceros ajenos a la operación de concentración. La demandante alegaba que la falta de mecanismo expreso en el Reglamento CE 4064/1989 para la salvaguarda de los derechos de las empresas, que junto con las partes en la concentración, son consideradas en posición de dominio colectiva, implicaba que el Reglamento CE 4064/1989 no contemplaba estas situaciones, y por tanto, la Comisión no tenía poder para actuar contra las mismas. En sus conclusiones, el TPI afirmó

ción de relaciones de distribución entre las mismas (véase el punto 49 de la Sentencia del TJCE).

<sup>66</sup> En este sentido, el TJCE rechazó el argumento según el cual la demandante sólo podría estar afectada en la medida en que las partes de la concentración cumplieran con los compromisos contenidos en la misma.

<sup>67</sup> Véase, entre otras, la Sentencia del TJCE de 23 de abril de 1986, caso C-294/1983, *Parti écologiste «Les Verts»*.

<sup>68</sup> Recuérdese que la Comisión se había limitado a tomar nota del mismo sin incluirlo en la parte dispositiva de la Decisión.

<sup>69</sup> Sobre la necesidad de que los compromisos produzcan efectos jurídicos obligatorios para la admisibilidad de un recurso contra los mismos véase la Sentencia del TPI de 22 de marzo de 2000, casos T-125/1997 y T-127/1997, *The Coca-Cola Company and Coca-Cola Enterprises Inc./Comisión*.

que la posición de dominio colectiva no se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Reglamento CE 4064/1989 y que el argumento adelantado por la demandante no podía ser aceptado porque *«debe observarse que el Reglamento no prevé expresamente que las empresas terceras respecto a la operación de concentración, consideradas como el polo exterior del oligopolio dominante, deben tener la posibilidad de exponer eficazmente sus puntos de vista cuando la Comisión se proponga sujetar la «autorización» de dicha operación a condiciones o a cargas que lesionen específicamente sus intereses. Pues bien, lo mismo ocurre en la situación en que la Comisión se proponga que una operación de concentración que dé lugar únicamente a la creación o al refuerzo de una posición dominante individual quede sujeta a condiciones o cargas lesivas para empresas terceras<sup>70</sup>»*.

Ahora bien, en estos casos, la Comisión está obligada al respeto escrupuloso del derecho de defensa de la empresa cuyos intereses pueden verse perjudicados, en los términos siguientes:

*«En cualquier caso, aun suponiendo que la constatación por parte de la Comisión de que la operación de concentración proyectada crea o refuerza una posición dominante colectiva entre las partes interesadas, por un lado, y una empresa tercera, por otro lado, pueda por sí misma lesionar los intereses de esta última, procede recordar que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento que pueda terminar en un acto lesivo para una persona determinada constituye un principio fundamental del Derecho comunitario que debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trate (véanse, en este sentido, las Sentencias de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, y de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros, C-32/1995 P, Rec. p. I-5373, apartado 21)<sup>71</sup>»*.

(e) *Anulación total o parcial de la Decisión.* SCPA pretendía la anulación parcial de la Decisión de la Comisión de modo que la concentración fuera aprobada pero sin la imposición de compromisos a las partes. El TJCE concluyó que tal pretensión no podía ser atendida ya que los compromisos no podían ser separados del resto de la Decisión<sup>72</sup>.

En conclusión, los terceros pueden verse afectados por remedios acordados para la aprobación de una determinada operación de concentración. Ahora bien, es un principio ampliamente reconocido, tanto a nivel nacional como comunitario, que los terceros afectados deben ser oídos. Finalmente, no hay que olvidar que los remedios acordados en una concentración no son vinculantes para los terceros, sino simplemente para las partes. Los remedios que impliquen por ejemplo la ruptura de relaciones contractuales previas deberán en última instancia sujetarse a las estipulaciones previstas en la relación contractual concreta y al consentimiento de la parte afectada en su caso.

<sup>70</sup> Véase el punto 173 de la Sentencia del TJCE.

<sup>71</sup> Véase el punto 174 de la Sentencia del TJCE.

<sup>72</sup> Véase el punto 256 de la Sentencia del TJCE.

## 5. CONCLUSIONES

(1) Los compromisos estructurales se caracterizan por los siguientes rasgos: en primer lugar, se encuentra en su naturaleza el impedir, de forma duradera y definitiva la aparición o refuerzo de una posición de dominio en el mercado. En segundo lugar, los remedios estructurales son más eficientes desde el punto de vista de los costes de administración y vigilancia porque no implican necesariamente una supervisión continuada de la actividad de la empresa resultante de la concentración.

(2) El remedio estructural ha de resultar en estructuras de mercado competitivas y ser viable, es decir, debe representar una solución permanente, de fácil y efectiva aplicación, que no requiera control ulterior y que no conlleve nuevos problemas de competencia.

(3) La Comisión ha declarado, y el TPI ha ratificado, la mayor idoneidad de los compromisos de carácter estructural para el mantenimiento de estructuras competitivas de mercado.

(4) No obstante lo anterior, la aplicación del principio de proporcionalidad a la decisión por la autoridad administrativa de la elección del compromiso, juega en el sentido de hacer que, entre dos compromisos igualmente eficaces desde el punto de vista de la competencia, deba ser elegido aquel que implique una menor injerencia en el patrimonio y actividad empresarial de las empresas afectadas.

(5) Uno de los aspectos claves en la ejecución de desinversiones es el relativo a la elección de comprador adecuado.

(6) El control judicial de las decisiones de concentraciones se ha extendido al control de la idoneidad del comprador en el marco de las desinversiones. En este ámbito la carga de la prueba de que un comprador es adecuado corresponde a la empresa notificante.

(7) En el procedimiento administrativo de control de concentraciones la Comisión debe acreditar debidamente las razones que le llevan a bloquear una concentración por creación o reforzamiento de una posición dominante. La Comisión conserva un amplio margen de discrecionalidad en los enjuiciamientos de carácter técnico-económico, pero el TPI se ha mostrado dispuesto al control de los parámetros de legalidad, prueba e incluso ha abierto la puerta a un mayor activismo judicial a través del control del error manifiesto.

(8) Los tribunales comunitarios también despliegan su actuación para la protección de los terceros a los que ciertos tipos de remedios puedan afectar en su patrimonio o disfrute del mismo. En este caso los terceros, en la medida en que puedan verse afectados por un remedio, deberán ser oídos.