



FACULTAD DE DERECHO

**MEDIDAS ADOPTADAS EN EL CONTROL DE  
CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN LA UE:  
EVOLUCIÓN Y TENDENCIAS FUTURAS**

Autor: Miguel García Prieto, 5º E-3 B  
Director: Prof. Bruno Martín Baumeister  
Área: Derecho de la competencia

Madrid  
abril de 2014

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Página(s)
1. Listado de abreviaturas .....	1
2. Introducción .....	2-14
2.1 Revisión bibliográfica .....	3-5
2.2 Evolución del régimen de control de concentraciones en la UE.....	6-14
3. Estudio de las soluciones adoptadas en el control de concentraciones .....	15-39
3.1 Compromisos estructurales y de comportamiento.....	16-17
3.2 Comunicación de la Comisión: soluciones accesibles según Reglamento 4064/1989....	18-21
3.3 Comunicación de la Comisión: soluciones accesibles según Reglamento 139/2004.....	22-30
3.3.1 Modificación del criterio sustantivo para controlar las concentraciones .....	22
3.3.2 Principios generales recogidos en la Comunicación .....	22-23
3.3.3 Requisitos exigidos a las soluciones propuestas.....	23-24
3.3.4 Conveniencia de los distintos tipos de soluciones .....	24-25
3.3.5 Tipos de compromisos identificados y aceptables por la Comisión .....	25-30
3.4 Análisis empírico de la efectividad y eficiencia de los compromisos estructurales.....	30-39
3.4.1 Análisis de la efectividad de los compromisos estructurales .....	31-36
3.4.2 Análisis de la eficiencia de los compromisos estructurales .....	36-39
4 Conclusiones .....	40-43
5 Anexo: legislación y jurisprudencia .....	44-45
6 Bibliografía .....	46-48

## 1. LISTADO DE ABREVIATURAS

AAI: *American Antitrust Institute*

CE: Comisión Europea

CECA: Comunidad Económica del Carbón y del Acero

CEE: Comunidad Económica Europea

DOCE: Diario Oficial de las Comunidades Europeas

DOJ: *Department of Justice*

DOUE: Diario Oficial de la Unión Europea

DSC: Disminución sustancial de la competencia

EEUU: Estados Unidos

FTC: *Federal Trade Commission*

MIT: *Massachusetts Institute of Technology*

TCE: Tratado constitutivo de la Comunidad Europea

TCECA: Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero

TCEE: Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea

TCT: Teoría de los Costes de Transacción

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

TJPI: Tribunal de Justicia de Primera Instancia

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

## 2. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo gira en torno a las operaciones de concentraciones empresariales llevadas a cabo en el ámbito de la Unión Europea, y pretende centrar su atención en las medidas generalmente aceptadas por la Comisión Europea en aquellos casos en los que se precisa que las partes propongan algún tipo de medida o compromiso para que la operación pueda ser aceptada.

Con el objetivo de mostrar la importancia de esta materia, de su regulación, y para poder comprender mejor la situación actual y la posible evolución futura, se ha decidido incorporar al trabajo un análisis del desarrollo de la normativa europea sobre concentraciones empresariales.

Una vez tratadas las cuestiones introductorias mencionadas en el párrafo anterior, y como ya se indicó anteriormente, se pretende centrar la atención en el estudio de una fase concreta de los procesos de concentraciones empresariales: la propuesta y aceptación de soluciones que permitan resolver los posibles problemas de competencia que surgen como resultado de estas operaciones. Dichas soluciones han de ser presentadas durante la primera o la segunda fase del proceso de control que realiza la Comisión Europea.

En línea con lo anterior, se estudiará la evolución de las soluciones que han sido generalmente aceptadas por la Comisión Europea durante los casi veinticinco años transcurridos desde la entrada en vigor del primer Reglamento sobre el control de las concentraciones empresariales. En este sentido, se prestará especial atención a las comunicaciones de la Comisión relativas a los compromisos accesibles con arreglo a los Reglamentos 4064/1989<sup>1</sup> y 139/2004<sup>2</sup>, destinadas a guiar a las empresas a la hora de proponer las soluciones necesarias para que la Comisión apruebe una operación que pueda afectar significativamente a la competencia en el mercado europeo.

Tras analizar la evolución de las soluciones generalmente aceptadas por la Comisión Europea en el marco de concentraciones empresariales, se estudiará dicho proceso desde

---

<sup>1</sup> Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. DOCE: 21/09/1990

<sup>2</sup> Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOUE: 05/02/2004

una perspectiva económica con el fin de identificar aquellas soluciones que podrían ser consideradas como más eficientes o menos impactantes para las empresas participantes y para la economía en general.

A lo largo del esquema de trabajo descrito anteriormente, se mencionarán algunas de las diferencias entre los sistemas de control de concentraciones empresariales europeo y estadounidense, y se analizarán las soluciones generalmente aceptadas por unos y otros órganos de competencia con el fin de destacar las ventajas e inconvenientes de las mismas.

## **2.1 Revisión bibliográfica**

Pese a que se han publicado una gran cantidad de libros y artículos sobre el presente tema, lo cierto es que la mayoría se centran en analizar el marco normativo del control de concentraciones empresariales, o en realizar de forma muy genérica una labor de derecho comparado a través del análisis de legislación y casos resueltos en la UE y en EEUU.

Además de las causas anteriores, la posibilidad de aportar nuevas ideas mediante la combinación del enfoque jurídico y el económico en una fase específica del proceso de control de concentraciones nos lleva a realizar la presente labor de investigación.

En relación con los trabajos de investigación y las obras publicadas con anterioridad, cabe destacar en primer lugar el artículo elaborado por el presidente de la Comisión de Defensa de la Competencia del Reino Unido<sup>3</sup> en el que se destacan los importantes cambios introducidos en el sistema europeo de control de las concentraciones empresariales desde el año 2000. El autor se centra en explicar el cambio de criterio para determinar si es la UE o un Estado Miembro quien debe conocer de un supuesto de concentración empresarial y para analizar si la operación afecta o no a la competencia.

En relación con esta última cuestión, el autor analiza el cambio de criterio aplicado en el test sustantivo para determinar si una operación de concentración empresarial debía o no ser prohibida en el ámbito de la UE tras la publicación del nuevo Reglamento 139/2004. De este modo, el presidente de la Comisión de Defensa de la Competencia del Reino Unido

---

<sup>3</sup> VICKERS, J., “Merger policy in Europe: retrospect and prospect”, *European Competition Law Review*, 2004, pp. 455-463

afirma que pese a que la antigua regulación prohibía las fusiones y operaciones que creaban o reforzaban una posición dominante, fue necesario modificar esta normativa para que la Comisión pudiera también controlar efectivamente aquellos supuestos que, sin implicar una creación o incremento de una posición dominante, afectaban claramente a la competencia. Así, el criterio fue modificado, de manera que según el nuevo Reglamento 139/2004 debe prohibirse cualquier operación de concentración que pueda suponer un impedimento significativo para la competencia; de este modo, se evitaba que quedasen fuera del control de la Comisión determinados supuestos como consecuencia de la aplicación de un criterio legal inadecuado.

Además del artículo anterior, existen publicaciones que han tratado de analizar el tema de las concentraciones empresariales de un modo cuantitativo, a través de modelos mediante los que se pretenden identificar patrones de conducta de las autoridades de la competencia a la hora de analizar una operación de concentración empresarial. En este sentido, cabe destacar el estudio realizado por Coate y Ulrick (miembros de la Comisión Federal de comercio de los Estados Unidos) y por investigadores de la Universidad de Estocolmo.

En su obra, titulada *“Atlantic divide or Gulf Stream Convergence: Merger Policies in the European Union and the United States”*<sup>4</sup>, los autores realizan un estudio enfocado en analizar las similitudes y diferencias existentes en los procesos de control de concentraciones empresariales entre Europa y los Estados Unidos. En este sentido, los autores elaboran un modelo econométrico en base a las decisiones adoptadas por los órganos de control de la competencia de Europa y de Estados Unidos.

De acuerdo con los resultados numéricos derivados del modelo, los investigadores afirman que con carácter general y en base a los casos analizados, las autoridades de la competencia de la Unión Europea realizan un control más agresivo de los procesos de concentraciones empresariales que las autoridades estadounidenses (entre un 15% y un 20%, de acuerdo con el modelo diseñado por los autores).

Si bien los resultados del trabajo de investigación mencionado derivan de un modelo simplificado de la realidad en que los autores han tomado datos cualitativos para

---

<sup>4</sup> BERGMAN, M. A., COATE, M. B., JAKOBSSON, M. y ULRICK, S. W., “Atlantic divide or Gulf stream convergence: Merger policies in the European union and the United States”. Disponible en SSRN 975102.

transformarlos en cuantitativos (lo cual parece demasiado complejo y susceptible de ser erróneo), cabe afirmar que dicha conclusión es útil y podría ayudar a explicar la razón por la que la actividad en materia de fusiones y adquisiciones empresariales en el ámbito de la Unión Europea es más reducida que en los Estados Unidos.

En tercer lugar, es importante mencionar el artículo titulado “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea”<sup>5</sup>, habida cuenta de la relación de los contenidos de esta obra con los del presente trabajo.

El autor menciona la necesidad de que las autoridades de la competencia tengan en cuenta criterios de eficiencia económica a la hora de adoptar sus decisiones, lo cual se corresponde plenamente con la intención de este trabajo, que no es otra que analizar los remedios generalmente aceptados por las autoridades de la competencia y, en su caso, criticar aquellos que sean más inadecuados desde un punto de vista económico.

En línea con la idea propuesta anteriormente, es necesario mencionar en último lugar el artículo publicado por Paul L. Joskow<sup>6</sup>, investigador del Instituto de Tecnología de Massachusetts (MIT, por sus siglas en inglés). En esta obra, titulada “*Transaction Cost Economics, Antitrust Rules and Remedies*” el autor también utiliza un enfoque del tema prácticamente idéntico al que se propone en este Trabajo de fin de Grado, razón por la cual dicha obra será analizada pormenorizadamente en el último capítulo.

Además de los trabajos de investigación expresamente desarrollados en este apartado por su estrecha conexión con el presente trabajo, se ha analizado pormenorizadamente el capítulo referido al control de concentraciones recogido en la obra “*Competition Law*”, del reconocido profesor de Derecho de la Competencia Richard Whish<sup>7</sup>, así como todos aquellos textos que aparecen debidamente referenciados en la bibliografía (*vid. infra* 6).

---

<sup>5</sup> PRIETO KESSLER, E., “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea”, *Información Comercial Española*, número 820, 2005, pp. 99-110

<sup>6</sup> JOSKOW, P. L., “Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, número 1, 2002, pp. 95-116.

<sup>7</sup> WHISH, R., *Competition law*, 5ª edición, Lexis Nexis, Londres, 2003, pp.793-880

## 2.2 Evolución del régimen de concentraciones empresariales en la UE

Con el fin de facilitar al lector una mejor comprensión de la situación actual en materia de control de concentraciones empresariales en el ámbito de la UE, se explicará detalladamente la evolución de la normativa a lo largo de los años. Para ello, además de analizar las normas emanadas de las instituciones de la UE, parece oportuno seguir los esquemas utilizados en diversas publicaciones doctrinales<sup>8</sup>.

Antes de comenzar a explicar la evolución normativa en materia de concentraciones empresariales en el ámbito de la UE, cabe destacar que dicha normativa viene justificada por la necesidad de asegurar una efectiva competencia en el territorio de la unión con el fin de alcanzar un mercado común en el que circulen libremente bienes y servicios y en el que se eliminen las fronteras nacionales.

Comenzando con el análisis de dicha normativa, puede afirmarse que el primer texto que hizo referencia directa al control de las concentraciones empresariales en el ámbito de la UE fue el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero de 1951<sup>9</sup> (en lo sucesivo, TCECA). En su extensísimo artículo 66, el TCECA ya mencionaba la necesidad de obtener una autorización previa de la Alta Autoridad para realizar toda operación dentro del espacio territorial definido en el propio Tratado que tuviera por sí misma, por efecto directo o indirecto, una concentración de empresas. Así mismo, ya se recogía también en el TCECA la posibilidad de que la Alta Autoridad impusiera multas a las empresas que llevaran a cabo el proceso de concentración sin observar las exigencias de la normativa, tal y como sucede en la regulación actual.

Pese a que el TCECA incluyó en su artículo 66 una previsión directamente dirigida a controlar y, en su caso, prohibir las concentraciones empresariales que pudieran disminuir la competencia en el territorio de su aplicación, lo cierto es que hubo que esperar hasta el

---

<sup>8</sup> NAVARRO VARONA, E. y BACHES OPI, S., “El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, número 8/2004, pp. 37-50

SABOGAL BERNAL, L. F., “Evolución y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, *Revista e-mercatoria*, Volumen 7, nº1 2008

<sup>9</sup> Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, firmado en París el día 18 de abril de 1951

año 1989 para contar con un Reglamento específico que regulara las concentraciones empresariales a nivel comunitario. Según algunos autores<sup>10</sup>, los deseos de consolidar grupos empresariales de gran tamaño que pudieran competir con las grandes empresas norteamericanas y japonesas explican que en el Tratado de Roma<sup>11</sup> no se incluyera una mención similar a la del artículo 66 del TCECA.

Si bien el Tratado de Roma no incluyó ninguna previsión para el control de las concentraciones empresariales a nivel comunitario, no desapareció la preocupación por los efectos nocivos que las operaciones de fusiones, adquisiciones y acuerdos empresariales podían tener en el mercado común; prueba de ello es la opinión recogida en el Memorandum de 1966 publicado por la Comisión<sup>12</sup>, según la cual las operaciones de concentraciones empresariales podrían ser fiscalizadas sobre la base del artículo 82 del TCE (convertido actualmente en el artículo 102 TFUE), que prohibía el abuso de posición dominante. Esta postura avanzada por la Comisión en 1966 fue posteriormente confirmada en la sentencia del Tribunal de Justicia Continental Can c. Comisión<sup>13</sup>, si bien es importante mencionar que tan sólo una concentración fue prohibida bajo la aplicación del artículo 82 del TCE, tal y como indica el reconocido profesor de Derecho de la Competencia Richard Whish<sup>14</sup>.

A pesar de lo anterior, no será hasta el año 1989 (48 años después de que se recogiera en el TCECA la primera previsión relativa al control de concentraciones) cuando se publique el Reglamento 4064/1989 destinado exclusivamente al control de operaciones de concentración entre empresas.

La publicación del citado Reglamento supone un importante cambio, introducido inmediatamente antes de que comenzara lo que se conoce como la quinta oleada de

---

<sup>10</sup> PASTOR JAIME, V., DÍAZ GONZÁLEZ, A., y DOMINGO SOLER, A., “El control de la competencia empresarial en Europa. Las operaciones incompatibles con el mercado común”, *V jornadas de política económica*, Departamento de Economía Aplicada I, 2002, Universidad de Valencia

<sup>11</sup> Tratado CEE, firmado en Roma el día 25 de marzo de 1957

<sup>12</sup> *Cit. ab.* España. Ministerio de Justicia. Secretaría General Técnica (Ed.), (1999), “La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo (III)”, Vol. 18, pp. 401 y 402

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, caso *Europemballage Corporation y Continental Can Company c. Comisión*. Disponible en EurLex bajo referencia 61972CJ0006

<sup>14</sup> WHISH, R., *op. cit.*, p. 796

fusiones y adquisiciones (1992-2000) caracterizada por las operaciones de concentración de empresas a nivel internacional.

La publicación del Reglamento 4064/1989 supuso que la aplicación del artículo 82 del TCE cayera en desuso como base legal para llevar a cabo el control de las concentraciones empresariales<sup>15</sup>.

Además de ello, con el Reglamento 4064/1989 nace el concepto de operaciones de dimensión comunitaria para determinar las operaciones de concentración empresarial cuyo control debía ser atribuido a la Comisión, entendiéndose por tales aquellas en las que se cumplían los criterios recogidos en el apartado segundo del artículo primero. La introducción de este criterio supone un cambio sustancial con respecto al antiguo, recogido en el artículo 82 del TCE y según el cual podría prohibirse una operación de concentración de empresas en la medida en que pudiera “afectar al comercio entre los Estados Miembros”.

El Reglamento destacó además por la introducción del principio de ventanilla única, según el cual se otorgaba jurisdicción exclusiva a la Comisión para investigar las operaciones con dimensión comunitaria<sup>16</sup>. Dicho principio de ventanilla única (*one stop merger control*), estaba acompañado de un doble sistema de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados miembros, recogido en los artículos 9<sup>17</sup> y 22.3. Así pues, el Reglamento permitía en su artículo 22.3 que, a petición de uno o varios Estados Miembros, la Comisión pudiera conocer de aquellas operaciones que creasen una situación de dominio en el territorio de varios Estados Miembros, incluso aunque no se cumplieran los requisitos del artículo 1.2 del Reglamento para que la operación tuviera dimensión comunitaria. Del mismo modo, el artículo 9 permitía, previa petición de un Estado Miembro, remitir a las autoridades de la competencia del Estado solicitante el control de una concentración de dimensión

---

<sup>15</sup> WHISH, R., *op. cit.*, p. 795 *in fine*

<sup>16</sup> BROBERG, M. P., *The European Commission's Jurisdiction to Scrutinise Mergers*, Vol. 16, Kluwer Law International, Copenhague, 1998, pp. 4-5

<sup>17</sup> WHISH, R., *op. cit.* p. 817: el artículo 9 se introdujo como fruto de la preocupación de algunos Estados Miembros (en especial Alemania) en relación con aquellas operaciones de dimensión comunitaria que, pese a no afectar a la competencia a nivel Comunitario, sí supusieran una amenaza a nivel interno para un Estado Miembro

comunitaria que, pese a no plantear problemas en el plano europeo, sí pudiera afectar a la competencia en el territorio de dicho Estado.

Con la introducción del principio de ventanilla única se pretendía liberar a las empresas del esfuerzo que supondría tener que lidiar con las autoridades de competencia de cada uno de los Estados Miembros en los que la operación tuviera efectos, mientras que con los sistemas de remisión se pretendía dar flexibilidad al primer criterio para aquellos casos que, como se ha visto *supra*, así lo requirieren.

Los criterios mencionados anteriormente no son útiles para juzgar si una operación puede ser perjudicial para la competencia en el mercado, sino que se trata de criterios objetivos para determinar si una operación tiene o no dimensión comunitaria y si, por tanto, debe ser la Comisión Europea o los Estados Miembros afectados quienes investiguen la operación y adopten las decisiones oportunas.

En relación con el criterio sustantivo que debía seguirse para analizar si una operación debía o no prohibirse por ser nociva para la competencia, venía recogido en el artículo 2.3 del Reglamento 4064/1989, según el cual debían prohibirse aquellas operaciones “que supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva, al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte substancial del mismo”. Así pues, se exigía el cumplimiento de un doble criterio; en primer lugar, era necesario que se crease o se reforzase una posición dominante en el mercado, mientras que en segundo lugar se exigía que la operación supusiera un obstáculo significativo a la competencia.

En base al criterio anterior, conocido como el criterio de dominancia, la Comisión no podía investigar aquellas operaciones que afectaran a la competencia pero que no implicasen una creación o incremento de una posición dominante. Esta imperfección del criterio recogido en el Reglamento 4064/1989 hizo prácticamente ineludible su modificación, en primer lugar por la vía jurisprudencial y posteriormente mediante una reforma legal a través del Reglamento 139/2004.

Las lagunas con las que nació el primer Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración de empresas justifican la reforma introducida por el Reglamento

1310/1997<sup>18</sup>, tan sólo nueve años después de su entrada en vigor. El nuevo Reglamento 1310/1997 vino a reforzar los poderes de la Comisión, al reducir los límites exigidos para considerar que una operación tiene dimensión comunitaria; así, se conseguía reducir el número de casos en que las empresas participantes en una operación debían lidiar con las autoridades de competencia de varios Estados Miembros<sup>19</sup>, lo que sin duda suponía un gran ahorro de tiempo y costes para las entidades. Así mismo, modificó ligeramente el sistema de remisión entre la Comisión y los Estados Miembros recogido en el Reglamento 4064/1989.

Además del Reglamento 1310/1997, la Comisión Europea ha publicado un gran número de comunicaciones<sup>20</sup> con las que pretendía cubrir otras lagunas e imperfecciones del Reglamento 4064/1989, así como intentar ayudar a las empresas a determinar en qué supuestos una operación podría dar lugar a conflictos en materia de competencia.

Tras las reformas introducidas al Reglamento original, el proceso de control quedó definido de la siguiente manera:

- Se obliga a las empresas que participan en una operación de dimensión comunitaria de acuerdo con los criterios fijados en el apartado 1.2 del Reglamento a notificar, en el plazo de una semana a partir del día en que concluya el acuerdo, de la publicación de la oferta o canje o de la adquisición de una participación de control.
- En el momento de recepción de la notificación, la Comisión llevará a cabo un análisis preliminar (fase I) de la operación. En base al mismo podrá concluir: que la operación no entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento; que la operación no plantea problemas para la competencia pese a entrar dentro del ámbito

---

<sup>18</sup> Reglamento (CE) n° 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el reglamento (CEE) n° 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. DOCE: 09/07/1997

<sup>19</sup> En este sentido, BISHOP, S. y WALKER, M., *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 140 *in fine*. Los autores explican cómo en ocasiones de esta modificación era práctica común que las empresas incrementaban la complejidad y el tamaño de sus operaciones con el fin de que éstas tuvieran dimensión comunitaria y así se evitara tener que lidiar con varias autoridades de la competencia nacionales, sometiéndose directamente al control de la Comisión Europea

<sup>20</sup> Entre otras, cabe destacar: Diario Oficial C 372 de 09.12.1997, Diario Oficial C 66 de 02.03.1998, Diario Oficial C 66 de 02.03.1998.

de aplicación del Reglamento; que la operación plantea serias dudas con respecto a su compatibilidad con el mercado común.

- Si la Comisión entiende que la operación puede representar una amenaza para la efectiva competencia en el mercado común incoará el procedimiento (fase II), que debe finalizar por medio de decisión que:
  - o Declare que la operación de dimensión comunitaria es compatible con el criterio dispuesto en el artículo 2.2 del Reglamento (criterio de dominancia).
  - o Declare que la operación sólo podrá ser compatible con las previsiones del Reglamento si las partes asumen ciertos compromisos (soluciones) que modifiquen la operación.
  - o Declare que la operación es incompatible de acuerdo con las previsiones del Reglamento.

Este trabajo pretende centrarse en un momento muy específico del proceso anteriormente explicado, que puede darse en la fase I o en la fase II del mismo, cuando las empresas que participan en una fusión de ámbito europeo y son conscientes de que dicha operación afecta significativamente a la competencia, proponen a la Comisión compromisos (también conocidos como soluciones) para modificar el acuerdo inicial y así eliminar los posibles obstáculos que la operación pueda representar para la competencia.

El proceso de control de concentraciones empresariales anteriormente mencionado ha permanecido prácticamente invariable en cuanto a su estructura esencial definida por el Reglamento 4064/1989, si bien el Reglamento 139/2004 y los más recientes Reglamentos 802/2013<sup>21</sup> y 1260/2013<sup>22</sup> han modificado parcialmente algunos aspectos procedimentales y sustantivos.

Las continuas modificaciones introducidas al Reglamento original así como las críticas realizadas al mismo llevaron a la Comisión a plantearse la posibilidad de elaborar un segundo Reglamento mejorado en base a la experiencia adquirida durante los diez años de vigencia y aplicación del Reglamento 4064/1989.

---

<sup>21</sup> Reglamento de ejecución (UE) n° 802/2013 de la Comisión, de 22 de agosto de 2013. DOUE: 23/08/2013

<sup>22</sup> Reglamento (UE) n° 1260/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013. DOUE: 10/12/2013

Así pues, en el año 2001 la Comisión publicó el Libro Verde<sup>23</sup> sobre la revisión del Reglamento 4064/1989 en el que se proponían cambios cuya finalidad consistía en adaptarse a la nueva realidad política y económica derivada de las concentraciones globales, la unión monetaria y la necesidad de cooperación con otras autoridades de la competencia.

El proceso de reforma se vería impulsado como consecuencia de la tarea realizada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas<sup>24</sup>, que anuló las decisiones emitidas por la Comisión en los casos *Airtours* y *Schneider*<sup>25</sup>. Dichas sentencias sirvieron para demostrar que la propia Comisión había comenzado a apartarse de una interpretación literal del Reglamento a la hora de tomar sus decisiones, al no ser acordes las previsiones del mismo con la realidad social existente. Así lo indica el tribunal en el caso *Airtours* al afirmar que:

La Decisión [...] incurrió en varios errores de apreciación respecto a elementos importantes para evaluar la posible creación de una posición dominante colectiva. En consecuencia, la Comisión prohibió la operación sin haber demostrado [...] que la operación de concentración crearía una posición dominante [...] que podría suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva<sup>26</sup>.

El proceso de revisión del antiguo Reglamento 4064/1989 finaliza con la publicación, el 20 de enero de 2004, del nuevo Reglamento 139/2004, el segundo sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. El nuevo Reglamento 139/2004 introdujo cambios relativos a aspectos procedimentales y sustantivos<sup>27</sup>.

En relación con los cambios procedimentales, cabe destacar el cambio en el método de remisión de asuntos entre la Comisión y los Estados Miembros. Así, se permite que las empresas involucradas en una operación puedan solicitar que la concentración sea investigada por la Comisión (siempre que la concentración deba ser notificada ante las autoridades de al menos tres Estados Miembros, pese a no tener dimensión comunitaria) o

---

<sup>23</sup> LIBRO VERDE sobre la revisión del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, presentado por la Comisión el día 11 de diciembre de 2001

<sup>24</sup> SABOGAL BERNAL, L. F., *op. cit.*

<sup>25</sup> Sentencia TPI de 6 de junio de 2002, caso *Airtours* c. Comisión y Sentencia TPI de 22 de octubre de 2002, caso *Schneider* c. Comisión. Referencias Aranzadi: TJCE 2002\187 y TJCE 2002\302

<sup>26</sup> Sentencia TPI de 6 de junio de 2002, caso *Airtours* c. Comisión. Referencia Aranzadi: TJCE 2002\187

<sup>27</sup> NAVARRO VARONA, E. y BACHES OPI, S., *op. cit.*, p. 38-39

por un Estado Miembro (siempre que se cumplan los requisitos necesarios)<sup>28</sup>. Además de los cambios anteriores, el Reglamento 139/2004 incorpora una flexibilización generalizada de los plazos de notificación y tramitación del procedimiento (por ejemplo, se elimina el plazo de notificación de una semana desde que tenga lugar el acuerdo entre empresas, si bien se sigue exigiendo presentar la notificación antes de ejecutar la operación).

En cuanto a las modificaciones relativas a los aspectos sustantivos, cabe destacar la introducción de un nuevo criterio para evaluar las concentraciones, que deja sin efectos al antiguo criterio de dominancia. El nuevo criterio no exige ya que se cree o se incremente una posición de dominio, sino que se centra en el impacto que la fusión pueda tener sobre la competencia, acercándose así al criterio de disminución sustancial de la competencia (DSC<sup>29</sup>) utilizado por las autoridades de competencia estadounidenses. Así pues, según el nuevo criterio recogido en el artículo 2.3 del Reglamento, deben prohibirse las concentraciones que “sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo”, de modo que la nueva redacción permite a la Comisión investigar aquellos supuestos en los que existe un impacto para la competencia pero no tiene lugar una creación o refuerzo de posición dominante (casos que la Comisión no podía investigar en base a una interpretación literal del Reglamento 4064/1989).

Una vez explicado el proceso de control de concentraciones de empresas y su evolución durante los últimos veinticinco años, le resultará más sencillo al lector comprender la situación actual, así como la parte específica de dicho proceso en que se basa el resto de este trabajo: el momento en que, bien en la fase de análisis preliminar o bien una vez incoado el procedimiento por parte de la Comisión, las partes proponen compromisos (conocidos también como soluciones) para evitar que la operación suponga un obstáculo para la competencia en el ámbito de la Unión Europea y la Comisión pueda declararla compatible con las previsiones del Reglamento 139/2004.

---

<sup>28</sup> NAVARRO VARONA, E. y BACHES OPI, S., *op. cit.*, p. 39-40

<sup>29</sup> *cit. ab.* NAVARRO VARONA, E. y BACHES OPI, S., *op. cit.*: el criterio viene recogido en la norma Clayton de EEUU, integrada en el Capítulo primero del Título XV del Código Federal de los Estados Unidos

Se pretende analizar las soluciones que generalmente han sido aceptadas por la Comisión a lo largo de los años y realizar una aportación diferencial valorando su calidad en base a una combinación de criterios jurídicos y de eficiencia económica. Así, y en función de los resultados obtenidos, se identificarán las soluciones o compromisos más adecuados en base a dichos criterios.

### 3. ESTUDIO DE LAS SOLUCIONES ADOPTADAS EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Como ya se indicó *supra*, cuando la Comisión Europea entiende que una operación de concentración es susceptible de obstaculizar la competencia efectiva en el mercado común, puede adoptar una decisión de aceptación condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones que garanticen que no se verá materializada una esa disminución de la competencia. Dichas condiciones son denominadas en el ámbito del Derecho de la competencia soluciones o compromisos.

Así pues, cuando una concentración de empresas adquiere dimensión comunitaria según los criterios establecidos en el artículo 1 del Reglamento, es obligatorio notificar a la Comisión Europea. Una vez notificada la operación, la Comisión realizará un análisis preliminar (fase I), de manera que si, tras la finalización del primer análisis y después de valorar las eventuales soluciones propuestas en esta fase, aún conserva dudas acerca de la compatibilidad de la operación con la competencia efectiva en el mercado común, incoará el procedimiento (fase II), en el que llevará a cabo un análisis más exhaustivo.

En todo caso, cabe destacar que serán las partes y no la Comisión quienes propongan las soluciones que consideren adecuadas para asegurar que la operación no afecta a la competencia efectiva en el mercado<sup>30</sup>, tal y como ha indicado en varias ocasiones el Tribunal de Primera Instancia<sup>31</sup>. Dichas soluciones podrán ser presentadas en la Fase I, junto con la notificación de la operación a la Comisión, o bien en la Fase II una vez que la Comisión ha incoado el procedimiento.

Con el fin de analizar las soluciones generalmente aceptadas, se iniciará el presente capítulo haciendo referencia a los dos grupos de soluciones que pueden adoptarse en estos supuestos, para analizar posteriormente las comunicaciones de la Comisión sobre las soluciones aceptables según los Reglamentos 4064/1989 y 193/2004. Así mismo, se hará referencia al estudio sobre soluciones realizado por la Comisión en el año 2005.

---

<sup>30</sup> Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión, DOUE 22/10/2008, ap. 6

<sup>31</sup> En este sentido, cabe destacar las Sentencias del TPI en el caso General Electric c. Comisión, y en el caso T-EDP c. Comisión

### 3.1 Introducción a las soluciones susceptibles de adopción en concentraciones empresariales

Las soluciones susceptibles de aceptación por parte de los órganos encargados del control de la competencia se han clasificado generalmente en dos grandes bloques<sup>32</sup>:

- Soluciones estructurales (*divestiture remedies*): dentro de esta categoría se incluyen aquellas soluciones por las que las partes se comprometen a realizar una desinversión en una línea de negocio, un conjunto de activos, un área geográfica concreta, etc. Este tipo de soluciones han sido adoptadas en casos como Masterfoods/Royal Canin<sup>33</sup>. En este supuesto, la fusión entre ambas empresas implicaba la creación de una posición de dominio en el mercado de comida para mascotas en varios Estados de la Unión; para resolver los problemas de competencia derivados de esta operación y obtener la autorización de la Comisión, las partes acordaron realizar desinversiones en varios de sus negocios.
- Soluciones de conducta (*behavioral remedies*): aquellas soluciones en las que las partes participantes en una operación de concentración se comprometen a actuar de un modo determinado, sin que ello suponga una desinversión en activos. Dentro de esta categoría se incluyen soluciones como garantizar a los competidores el acceso a infraestructura, derechos de propiedad intelectual e industrial, tecnología, know-how, etc. También se incluyen dentro de esta categoría las soluciones por las que las partes se comprometen a terminar las relaciones contractuales de distribución exclusiva. Para explicar este tipo de soluciones, Giorgio Monti se refiere en su obra a la fusión entre Vivendi/Canal+/Seagram<sup>34</sup>, por la que la entidad resultante de la fusión se comprometió a ceder el 50% de sus derechos sobre películas de estreno a otros canales de pago durante 5 años para asegurar que dichos canales pudieran competir en condiciones de igualdad.

---

<sup>32</sup> MONTI, G., *EC competition law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2007, pp. 283-290

<sup>33</sup> Comisión Europea, Caso n° COMP/M.2544 – Masterfoods/Royal Canin, Decisión de 15/02/2002. Disponible en el sitio web CE-Lex con el número 302M2544

<sup>34</sup> Comisión Europea, Caso n° COMP/M.2050 – Vivendi/Canal+/Seagram, Decisión de 13/10/2000. Disponible en el sitio web CE-Lex con el número 300M2050

Pese a que los bloques anteriormente propuestos son generalmente utilizados en los artículos y libros de texto, las autoridades de la competencia (entre ellas la Comisión Europea) tienden a clasificar las soluciones en categorías más específicas, como se verá en próximos apartados del presente trabajo.

Cabe mencionar en este apartado que tanto las soluciones estructurales como las de conducta deben ser aptas para eliminar cualquier duda acerca de la compatibilidad de la operación de concentración con la competencia efectiva en el mercado común. En este sentido, la Comisión Europea y la mayoría de las autoridades de competencia a nivel mundial muestran una preferencia por los compromisos estructurales, en la medida en que su efecto es inmediato y permanente. Del mismo modo, las autoridades de la competencia defienden generalmente la aplicación de medidas estructurales frente a las medidas de conducta alegando que las operaciones de concentración empresarial generan modificaciones estructurales de la competencia en el mercado, con lo que la mejor solución a dicho problema estructural es también una solución del mismo carácter.

Como se indicó *supra* (vid. ap. 2.2), en los siguientes apartados se expondrá la evolución de las soluciones que han sido generalmente aceptadas por la Comisión, que serán analizadas en la parte final del trabajo desde un punto de vista de eficiencia económica, para tratar de identificar cuáles son o cuáles podrían ser las medidas que mejor se adapten a los requisitos exigidos desde un punto de vista jurídico y económico.

De acuerdo con la normativa actual, corresponde a las empresas participantes en una operación de concentración presentar las soluciones que estimen oportunas para evitar que la Comisión decida prohibir una operación que afecta a la competencia efectiva en el mercado común. Por esta razón, y con el fin de guiar a las participantes en una operación de concentración empresarial a la hora de presentar las soluciones oportunas, la Comisión Europea ha decidido emitir dos comunicaciones relativas a las soluciones accesibles según los dos Reglamentos de concentraciones empresariales que han existido hasta la época.

En las comunicaciones de la Comisión de 2001 y 2008, que se analizan *infra*, el organismo europeo de control de la competencia recoge dichas soluciones e indica en qué supuestos y bajo qué circunstancias son preferibles unos tipos de compromisos frente a otros.

### 3.2 Comunicación de la Comisión: soluciones accesibles según Reglamento 4064/1989<sup>35</sup>

La primera comunicación de la Comisión con respecto a las soluciones aceptables bajo el primer Reglamento de concentraciones empresariales fue emitida el día 2 de marzo de 2001. Tal y como se dice en este primer texto, la comunicación simplemente pretende recoger los principios generales que se aplican a las soluciones aceptables por la Comisión, los compromisos aceptados en base al antiguo Reglamento 4064/1989, así como los requisitos que toda solución propuesta ante la Comisión debería cumplir.

En todo caso, cabe reseñar que los compromisos recogidos tanto en la Comunicación de 2001 como en la segunda Comunicación de 2008 no representan un *numerus clausus*, sino que dichas comunicaciones son simplemente una especie de guía que debe servir de ayuda a las partes participantes en una operación de concentración empresarial que afecte a la competencia en el mercado común.

El texto de la Comunicación comienza haciendo referencia a ciertos principios generales aplicables a toda solución planteada ante la Comisión. Así, la Comisión comienza diciendo que deberá prohibir toda operación de concentración que cree o refuerce una posición dominante. No obstante, en estos casos, cabe la posibilidad de que las partes presenten soluciones con el fin de modificar la concentración y hacerla compatible con la competencia efectiva en el mercado común.

En relación con la carga de la prueba, la Comisión deja claro que, pese a que le corresponde a sí misma demostrar que una operación crea o fortalece una situación dominante (antiguo criterio de dominancia, *vid. supra* 2), son las partes quienes tienen la carga de probar que las soluciones propuestas son susceptibles de evitar la creación o reforzamiento de dicha posición dominante que afectaría a la competencia en el mercado común<sup>36</sup>.

Antes de comenzar a enunciar cada uno de los compromisos aceptables según el Reglamento 4064/1989, se observa en el texto de la Comunicación que tanto la Comisión

---

<sup>35</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) no 447/98 de la Comisión, DOCE: 02/03/2001

<sup>36</sup> *Ibid.* ap. 5-7

como los Tribunales Europeos muestran una clara preferencia por los compromisos estructurales. Así lo demuestra el texto al hacer referencia a la sentencia del TPI en el asunto Gencor<sup>37</sup>, afirmando que “los compromisos consistentes en meras promesas de comportarse de determinada forma [...] no se considera por sí solo apropiado para hacer compatible la concentración con el mercado común”.

Una vez indicada esta clara preferencia por los compromisos estructurales, la Comisión explica que toda solución que se plantee debe ser susceptible de ejecución efectiva en un período de tiempo acotado y no debe requerir ningún control posterior a su aplicación.

Así, tras hacer referencia a los principios que deben regir el procedimiento de control de las concentraciones empresariales, la Comisión elabora por primera vez una clasificación de las soluciones generalmente aceptables de acuerdo con el Reglamento 4064/1989.

Ciertamente se trata de una clasificación muy simple que únicamente distingue entre la cesión (solución estructural) y el resto de soluciones (en su mayoría, soluciones de conducta). En consecuencia, puede observarse cómo la Comisión utiliza otra terminología para diferenciar entre soluciones estructurales y de comportamiento, a las que se hacía referencia anteriormente.

En relación con la **cesión** de parte de la actividad a un tercero, la Comisión la identifica como la solución con mayor eficacia para asegurar que se mantendrá una competencia efectiva<sup>38</sup>. No obstante, puesto que se trata de una solución de gran complejidad, la Comisión establece los requisitos que deben cumplirse para que pueda aceptarse la cesión como solución a los problemas planteados por una operación de concentración empresarial. Así, podrían resumirse los requisitos a cumplir en los siguientes puntos:

- La actividad que se ceda debe ser viable e independiente, pues el objetivo que se persigue con la cesión es el de la aparición en el mercado de un competidor viable, que evite que se genere o se refuerce una situación de dominancia por parte de las empresas participantes en la operación de concentración.

---

<sup>37</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta ampliada), de 25 de marzo de 1999, caso Gencor Ltd c. Comisión. Referencia Aranzadi: TJCE 1999\71

<sup>38</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 13

- En el caso de que los problemas para la competencia se deriven de una fusión horizontal en que se da un solapamiento entre los negocios de las empresas participantes, ha de cederse la actividad que sea más adecuada para eliminar los problemas de competencia, teniendo en cuenta la importancia de que la actividad cedida pueda explotarse de forma independiente.
- La actividad viable e independiente ha de ser transferida a un comprador adecuado, dentro de un plazo específico establecido por la Comisión.
- Las partes deben presentar una alternativa de cesión de otra actividad diferente a la inicialmente prevista para el caso de que la cesión de la primera no fuera posible.

En definitiva, con el establecimiento de los puntos indicados anteriormente, la Comunicación de la Comisión sirvió a las empresas como una guía para poder presentar soluciones de cesión cada vez más adecuadas a las exigencias del órgano regulador.

El **resto de soluciones** aceptables según el Reglamento 4064/1989 se recogen en la Comunicación de modo muy sistemático y con un grado de detalle muy inferior al ofrecido para el caso de las soluciones de cesión.

El propio texto de la Comunicación vuelve a mostrar la preferencia por las soluciones estructurales (cesiones) al introducir el capítulo referente al resto de soluciones aceptables afirmando que “pese a ser la solución de preferencia, la cesión no es la única aceptable para la Comisión”. De este modo, la Comisión trata de dejar claro que las soluciones que no impliquen una cesión deben aplicarse únicamente en aquellos casos en que la cesión es difícil o imposible<sup>39</sup>, y en aquellos otros en que no es adecuada por proceder los problemas para la competencia de factores que no pueden ser solucionados por medio de una cesión (propiedad de patentes, control de infraestructuras, know-how, etc.).

Antes de comenzar a tratar aspectos procedimentales y de ejecución de los compromisos adquiridos por las partes, la Comisión ofrece la posibilidad de que se presente cualquier otro tipo de solución no prevista en la Comunicación siempre que se trate de soluciones convenientes y eficaces. No obstante, se desincentiva a las partes a la hora de presentar

---

<sup>39</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 26 y 31

cualquier otro tipo de solución alternativa al afirmar que debe ser desestimado cualquier compromiso de las partes cuya complejidad impida a la Comisión determinar de forma convincente que se mantendrá una competencia efectiva en el mercado. En estos casos, por tanto, la única alternativa posible frente a una solución inadecuada presentada por las partes es la decisión de prohibición de la concentración empresarial<sup>40</sup>.

Parece importante centrar la atención en la fase final del texto de la Comunicación para hacer hincapié en los costes derivados de cumplir los requisitos que se exigen a la hora de implementar un compromiso de cesión, que económicamente causan una destrucción del valor que se pretende crear por medio del proceso de concentración. Requisitos como el traspaso del personal necesario para que la actividad cedida pueda seguir llevándose a cabo o la necesidad de nombrar dos administradores (uno responsable de la separación de la actividad que se cede del resto de negocios de la empresa cedente y otro responsable de la cesión en sí misma<sup>41</sup>), hacen que surjan dudas acerca de la idoneidad económica de las soluciones consistentes en la cesión de una actividad. Pese a que jurídicamente y en términos de competencia puedan ser las más adecuadas, parece que las cesiones no consiguen alcanzar un balance entre los criterios jurídico-económicos que deben ser tenidos en cuenta.

Las razones anteriores darán pie a cuestionar desde un punto de vista económico las soluciones estructurales generalmente aceptadas por los órganos de la competencia europeos y estadounidenses en la última parte de este trabajo, tras haber analizado las soluciones aceptables según la más reciente Comunicación de la Comisión del año 2005, adaptada al nuevo Reglamento 139/2004.

---

<sup>40</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 31 y 32

<sup>41</sup> *Ibid.* ap. 50-54

### **3.3 Comunicación de la Comisión: soluciones accesibles según Reglamento 139/2004<sup>42</sup>**

La revisión de la Comunicación de la Comisión del año 2001, analizada anteriormente, se justifica como consecuencia de la publicación del nuevo Reglamento 139/2004 sobre concentraciones empresariales. Como comentarios previos al análisis pormenorizado de este texto, cabe mencionar que tiene un carácter más exhaustivo y detallado que la Comunicación del año 2001. Así mismo, esta nueva Comunicación de la Comisión presenta un valor añadido<sup>43</sup> con respecto a la anterior en la medida en que se pretende incorporar a la misma la experiencia de la Comisión durante un período de más de 20 años, la jurisprudencia del TPI y del TJUE, así como las conclusiones derivadas del detallado estudio de la Comisión sobre las soluciones en procesos de concentraciones empresariales, publicado en el año 2005<sup>44</sup>.

#### ***3.3.1 Modificación del criterio sustantivo para controlar las concentraciones***

Antes de comenzar con el análisis de la Comunicación de la Comisión de 2008 y realizar las comparaciones oportunas con la del año 2001, cabe destacar que el criterio con respecto al cual deberían analizarse las concentraciones empresariales se modificó como consecuencia de la entrada en vigor del nuevo Reglamento 139/2004. Como se explicó *supra*, el criterio de dominancia que se aplicaba bajo la vigencia del antiguo Reglamento fue modificado, de modo que con el nuevo Reglamento la Comisión podría prohibir aquellas operaciones que disminuyesen significativamente la competencia, aunque no supusieran una creación o reforzamiento de una situación de dominancia; se cubría así el vacío normativo derivado del criterio sustantivo anterior.

#### ***3.3.2 Principios generales recogidos en la Comunicación***

Entrando ya a analizar el texto de la Comunicación, cabe mencionar que en él se reflejan muchas de las características del nuevo Reglamento. Entre otras, la Comisión da una

---

<sup>42</sup> Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) n° 139/2004 *op. cit.*

<sup>43</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 2

<sup>44</sup> Comisión Europea - Dirección General de la Competencia, “Merger remedies study”, octubre de 2005

muestra de mayor flexibilidad a la hora de analizar las soluciones propuestas por las partes; así pues, el nuevo texto afirma que “la Comisión tendrá debidamente en cuenta las circunstancias particulares de cada caso individual” pese a que en dicha Comunicación se identifiquen simplemente los compromisos principalmente aceptados por la Comisión.

Antes de comenzar a hablar de las soluciones aceptables en particular, el nuevo texto adopta la misma estructura que el anterior, recogiendo una serie de principios generales. En este sentido, se indica que el papel de la Comisión en relación con las soluciones consiste simplemente en juzgar si, tras ser ejecutadas, acabarían con los problemas de competencia que plantea la operación de concentración empresarial en cuestión; en otras palabras, la carga de la prueba para prohibir o autorizar la concentración alterada por las soluciones propuestas le corresponde a la Comisión. Para que la ésta pueda llevar a cabo dicha tarea, se recalca la necesidad de que sean las partes quienes presenten toda la información necesaria por medio de formulario<sup>45</sup>.

### ***3.3.3 Requisitos exigidos a las soluciones propuestas***

A diferencia del texto anterior, la Comunicación del año 2005 indica en uno de sus apartados los requisitos específicos que debe cumplir cualquier tipo de solución propuesta por las partes (no sólo respecto de las cesiones). Así pues, la Comisión dice que cualquier solución debe ser susceptible de eliminar completamente los problemas de competencia y ser completa y efectiva, debiendo poder ser ejecutada en un breve plazo de tiempo. Además de ello, el nuevo texto decide, igual que el anterior, tratar específicamente los requisitos especiales que se exigirán para las soluciones consistentes en una cesión, afirmando que éstas sólo serán aceptables cuando la Comisión: (i) pueda concluir que la cesión es viable (susceptible de ser ejecutada) y (ii) que será adecuada para evitar que se produzca una disminución de la competencia efectiva.

En último lugar, cabe destacar que para que los anteriores principios se entiendan cumplidos es necesario que, en todo caso: (i) se lleve a cabo una ejecución efectiva de la solución propuesta y (ii) que exista posibilidad de supervisar el cumplimiento de dichas

---

<sup>45</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 7 y 8.

soluciones, cuando fuera necesario. Tal y como afirma la Comisión<sup>46</sup>, este segundo requisito va dirigido especialmente a los compromisos de comportamiento (puesto que generalmente los compromisos de cesión no precisan de una ulterior supervisión tras su ejecución), para los cuales es necesario monitorizar el cumplimiento de forma periódica. En este sentido, la Comisión dice que un compromiso de comportamiento que no pueda ser supervisado equivaldría a una mera declaración de intenciones que no permitiría revocar la decisión de autorización de la Comisión o imponer sanciones en caso de incumplimiento<sup>47</sup>.

### ***3.3.4 Conveniencia de los distintos tipos de soluciones***

Una de las principales innovaciones de la Comunicación de 2008 en relación con la de 2001 consiste en la introducción de este apartado, destinado a guiar a las empresas a la hora de presentar sus compromisos en función del supuesto de hecho concreto. La introducción de este apartado no deriva sino de la experiencia de la Comisión a lo largo de los casi 25 años de aplicación de los Reglamentos sobre concentraciones empresariales, lo que le ha permitido identificar de modo general qué tipo de compromisos aseguran una mayor efectividad en su aplicación en un conjunto de situaciones definidas de forma genérica.

De esta manera, pese a que la Comisión muestra su clara preferencia por las soluciones estructurales (y entre ellas, la cesión) para resolver los problemas de competencia derivados de las concentraciones empresariales, afirma también que “[...] no puede excluirse automáticamente la posibilidad de que otros tipos de compromisos puedan también prevenir un importante obstáculo a la competencia efectiva”<sup>48</sup>.

Así pues, según el texto de la Comunicación, puede concluirse que para resolver los problemas de competencia derivados de las fusiones horizontales, las soluciones consistentes en la cesión de parte de la actividad empresarial son las más adecuadas. De modo más general, la Comisión concluye que el resto de soluciones estructurales pueden

---

<sup>46</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 13

<sup>47</sup> *Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 op. cit.*, ap. 13 y 14

<sup>48</sup> En este punto, la Comisión no hace más que recoger en su comunicación la Jurisprudencia del TJCE y del TPI en los casos Tetra Laval BV y Gencor Ltd. a los que se hará referencia más adelante

ser también adecuadas siempre y cuando los efectos de éstas sean similares a los de las cesiones.

En relación con las soluciones de comportamiento, parece importante reproducir en este trabajo las palabras exactas utilizadas por la Comisión en su Comunicación, según las cuales: “Los compromisos relativos al comportamiento futuro de la entidad procedente de la concentración pueden ser aceptables sólo excepcionalmente en circunstancias muy concretas”<sup>49</sup>. No obstante, la posibilidad de presentar medidas de comportamiento fue claramente aceptada en el caso Comisión c. Tetra Laval BV<sup>50</sup>, en el que el TPI en primer lugar y el TJCE después, anularon una Decisión de incompatibilidad de la Comisión por no haber tenido ésta en cuenta los compromisos de comportamiento planteados por Tetra, pues tal y como explicó el TPI en el caso Gencor c. Comisión<sup>51</sup>, “no podía excluirse a priori que compromisos que a primera vista sean de comportamiento puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante”. En este sentido, queda bastante claro que este tipo de compromiso no es el más adecuado para resolver los problemas de competencia derivados de una fusión horizontal, aunque la Comisión y los Tribunales no descartan la posibilidad de aceptarlos si las partes proponen medios suficientes que garanticen la posibilidad de una ejecución y supervisión efectiva y si son adecuados para evitar que aparezca o se refuerce una posición dominante.

### ***3.3.5 Tipos de compromisos identificados y aceptables por la Comisión***

Como ocurre en general a lo largo del texto de la Comunicación de 2008, la Comisión incluye información más detallada en relación con las soluciones accesibles en base al Reglamento 139/2004. Especialmente relevante parece la exhaustividad con que expone los requisitos y los supuestos en que cabría presentar compromisos de comportamiento, habida cuenta de la preferencia por los compromisos estructurales y la poca importancia que tradicionalmente se había concedido a aquellos. El nivel de detalle con el que la Comisión

---

<sup>49</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 17

<sup>50</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala), de 15 de febrero de 2005, caso Comisión c. Tetra Laval BV, ap. 85-89. Referencia Aranzadi: TJCE 2005\39

<sup>51</sup> *Vid.* nota al pie 37

explica estos compromisos de comportamiento podría dar lugar a pensar que es posible que éstos puedan llegar a gozar de mayor aceptación en un futuro.

Una vez realizadas las anteriores precisiones, se analizarán brevemente las diferencias existentes entre los compromisos generalmente aceptados en las Comunicaciones de 2008 y de 2001.

### Cesión de una actividad

Como ya se ha anticipado a lo largo de la revisión del texto de la Comisión y como quedó demostrado al analizar la Comunicación de 2001, el compromiso consistente en la cesión de una actividad empresarial ha sido y continúa siendo el preferido por la Comisión. La preferencia del regulador por este tipo de compromisos es justificada si se atiende a las características de la cesión en relación con otras soluciones:

- La cesión es susceptible de ser ejecutada en un breve período de tiempo.
- Una vez llevada a cabo su ejecución, no es necesaria una supervisión del cumplimiento (o al menos no de forma regular).
- Asegura el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado, e incluso puede provocar una mejora de la competencia como resultado de la cesión de la actividad a un competidor.

Pese a que para el regulador, por las razones anteriormente expuestas, la cesión pueda ser el compromiso más atractivo, parece obvio que esta solución presenta también varios inconvenientes insoslayables a los que se hará referencia en la parte final de este trabajo.

Realizadas las anteriores precisiones, cabe mencionar que los requisitos exigidos a los compromisos de cesión recogidos en la Comunicación de 2008 son similares a los recogidos en la Comunicación de 2001, mencionados *supra* (actividad viable e independiente, susceptible de explotación aislada, que debe transferirse a un comprador adecuado en un plazo de tiempo determinado).

Como novedades incluidas en la Comunicación de 2008 en relación con este compromiso, cabría destacar la obligación de que las partes incluyan en el acuerdo de cesión de la actividad empresarial una cláusula de no readquisición de la misma durante un lapso de

tiempo prolongado (con carácter general, 10 años, según la Comisión<sup>52</sup>), con el fin de asegurar la efectividad a largo plazo del compromiso de cesión. Así mismo es importante destacar la importancia que tiene para la Comisión la capacidad que la actividad empresarial objeto de cesión tenga para ser atractiva para los potenciales compradores<sup>53</sup>.

En relación con este último punto, resulta crítico para la Comisión determinar a quién será transmitida la actividad empresarial en cuestión; esto es, que la cesión se realice a favor de un comprador u otro es criterio determinante para decidir si la cesión contribuirá o no a eliminar los problemas de competencia detectados.

#### Eliminación de vínculos con competidores

Se trata de un compromiso cuya finalidad es acabar con los vínculos entre las empresas participantes en el proceso de concentración y otras empresas del mercado, cuando ello pudiera afectar negativamente a la competencia como consecuencia de la fusión.

Pese a que la Comisión incluye este compromiso dentro de los denominados compromisos de cesión, cabe destacar que en este tipo de supuesto no se lleva a cabo la cesión de una actividad empresarial, sino de las participaciones que las empresas pudieran tener en una *Joint Venture* junto con otro competidor, o bien de las participaciones minoritarias que pudieran tener en el capital social de otro (u otros) competidores<sup>54</sup>.

En el supuesto de que los vínculos con competidores se derivaran de acuerdos contractuales de colaboración que pudieran suponer un obstáculo a la competencia efectiva tras el proceso de concentración empresarial, la eliminación de dichos vínculos se realizará mediante una terminación de los acuerdos contractuales.

En definitiva, lo que la Comisión pretende evitar es que las empresas participantes en una operación de concentración gocen de una situación de dominio que obstaculice la competencia efectiva como consecuencia de la concentración en sí misma y que además se

---

<sup>52</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 43

<sup>53</sup> *Ibid.* ap. 47-49

<sup>54</sup> *Ibid.* ap. 58

vea incrementada a raíz de la existencia de acuerdos contractuales con competidores o de la tenencia de participaciones en el capital social de éstos.

### Otras soluciones

Como se mencionó *supra*, es especialmente llamativo el nivel de detalle con el que la Comisión se refiere a las soluciones distintas de la cesión.

La Comisión muestra una cierta predisposición a la flexibilidad al comenzar a hablar de las soluciones de comportamiento, afirmando que: “las cesiones son la referencia para otras soluciones en términos de eficacia y eficiencia. Por lo tanto, la Comisión puede aceptar otros tipos de compromisos, pero sólo en circunstancias en que la otra solución propuesta sea por lo menos equivalente en sus efectos a una cesión”.

En el texto de la Comunicación se cita el caso Maersk/PONL<sup>55</sup> para mostrar la posibilidad de que la Comisión acepte compromisos de comportamiento en ciertos supuestos. Así, en el supuesto de Maersk y PONL (dedicadas entre otros negocios al transporte por mar), la Comisión acepta los compromisos de conducta consistentes en abandonar ciertas organizaciones y consorcios marítimos de manera que la compañía resultante de la fusión no gozara de los beneficios derivados de la adscripción a dichas organizaciones, evitando así la creación o el reforzamiento de una posición de dominancia.

Dentro de este grupo de compromisos adicionales susceptibles de ser aceptados por la Comisión, cabe destacar principalmente tres tipos<sup>56</sup>: los compromisos de acceso, la modificación de contratos de exclusividad a largo plazo y los compromisos de comportamiento en sentido estricto.

En relación con los compromisos de acceso, serían todos aquellos que garantizan el acceso de competidores a una infraestructura clave, a redes, a recursos tecnológicos y otros activos (tangibles e intangibles). El objetivo fundamental de estos compromisos sería el de eliminar barreras de entrada a ciertos mercados para evitar que las partes participantes en un proceso

---

<sup>55</sup> Comisión Europea, Caso n° COMP/M.3829 – Maersk/PONL, Decisión de 29/07/2005. Disponible en el sitio web EUR-Lex con el número 32005M3829

<sup>56</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 62-69

de concentración se puedan beneficiar de la creación o incremento de una posición dominante en el mercado. Este tipo de medidas son muy frecuentes en la industria de la distribución eléctrica, de las telecomunicaciones o de la energía y las partes pueden ofrecerlas de forma individual o combinadas con otros compromisos (como una cesión). En cualquier caso, la Comisión sólo acepta este tipo de compromiso cuando pueda concluirse que será efectivo; y entiende que será efectivo única y exclusivamente cuando las partes que los proponen hayan diseñado sus propios mecanismos de supervisión y de resolución de disputas (esto es, se pretende que los competidores puedan comprobar si dichos compromisos se cumplen y que se recurra al arbitraje para resolver entre sí mismos las disputas en casos de incumplimiento, sin necesidad de intervención de la Comisión)<sup>57</sup>.

En cuanto al compromiso de modificación de contratos de exclusividad preexistentes a la operación de concentración, dice la Comisión que sólo será aceptable este compromiso si queda enmarcado dentro de un conjunto más amplio de medidas adicionales que garanticen que no se producirá un cierre de mercado como consecuencia de los acuerdos de exclusividad que puedan existir entre las partes que participan en la concentración y los proveedores o clientes. Es importante hacer hincapié en la diferencia entre este compromiso, referente a acuerdos entre las empresas participantes en la concentración y sus proveedores/clientes, y el analizado anteriormente (eliminación de los vínculos con competidores) referente a acuerdos entre las empresas fusionadas y sus competidores.

Cabe por último dedicar unas líneas a mencionar la posibilidad de presentar soluciones de comportamiento distintas de las anteriores (recogidas en la Comunicación bajo la rúbrica “otras soluciones distintas de la cesión”). Como se ha mencionado en partes anteriores del trabajo, cabría incluir dentro de este grupo compromisos de comportamiento en sentido estricto (por ejemplo, compromiso de no incrementar los precios, compromiso de no reducir la oferta, compromiso de no abusar de una eventual posición dominante, etc.).

Si bien la Comisión ha sido tradicionalmente reacia a aceptar este tipo de compromisos, en coherencia con los requisitos expuestos en la Comunicación de 2008 y de acuerdo con la aparente flexibilidad mostrada por la Comisión en relación con estas soluciones, nada

---

<sup>57</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 66

impide que las empresas propongan (y que la Comisión acepte) compromisos de comportamiento como los recogidos *supra*, siempre que éstos sean eficaces para evitar los eventuales obstáculos a la competencia efectiva y se presenten mecanismos adecuados y simples para poder supervisar su cumplimiento<sup>58</sup>.

No obstante lo anterior, no se debe olvidar que la Comisión muestra todavía una cierta reticencia a la hora de aceptar este tipo de medidas. Así pues, afirma que los compromisos de comportamiento “no eliminarán por lo general los problemas de competencia que resulten de solapamientos horizontales”, y que “sólo excepcionalmente y en circunstancias concretas” deben aceptarse.

En conclusión, pese a que la Comisión viene mostrando una mayor flexibilidad a la hora de aceptar compromisos diferentes a la cesión desde que publicara la primera Comunicación en 2001, lo cierto es que aquellas empresas que deseen proponer este tipo de soluciones para obtener una decisión de autorización, deben tener muy presentes las directrices recogidas en la Comunicación de 2008. Así, podrán valorar si se trata de uno de los supuestos en los que la Comisión admite generalmente este tipo de medidas o si, al menos, es posible alegar que los compromisos de comportamiento planteados cumplen escrupulosamente con los requisitos exigidos (a saber, efectividad y posibilidad de comprobar su cumplimiento).

### **3.4 Análisis empírico de la efectividad y eficiencia de los compromisos estructurales**

Una vez analizada la evolución normativa referente al régimen de concentraciones empresariales en la UE y tras haber analizado las Comunicaciones de la Comisión relativas a los compromisos accesibles bajo los Reglamentos 139/2004 y 4064/1989, parece oportuno estudiar en qué medida las decisiones relativas a compromisos estructurales adoptadas dentro de este marco normativo han sido efectivas, y si resultan adecuadas desde un punto de vista de eficiencia económica. Cabe indicar que se centrará la atención en las

---

<sup>58</sup> Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) n° 4064/89 *op. cit.*, ap. 7 y 9 en relación con ap. 14

decisiones relativas a compromisos estructurales por ser éstos los preferidos por la Comisión y los más frecuentes en la práctica a lo largo de los últimos años.

Con el objetivo anterior, se estudiará la efectividad de las soluciones estructurales adoptadas durante los últimos años en base al estudio realizado por la Comisión Europea en el año 2005<sup>59</sup>, en el que se analizan los compromisos adoptados en procesos de concentraciones empresariales entre los años 1996 y 2000. Así mismo, se hará referencia a un estudio similar realizado por la *Federal Trade Commission* estadounidense (FTC, por sus siglas en inglés), en el que se analiza el resultado de 35 decisiones de desinversión tomadas entre los años 1990 y 1994<sup>60</sup>.

Para poder formar una opinión acerca de la introducción de criterios de eficiencia económica en las decisiones adoptadas en el control de las concentraciones empresariales, se tomará como referencia el estudio realizado por el profesor de la MIT Paul L. Joskow<sup>61</sup>, al que ya se aludió *supra* 2.1. En este artículo, el investigador pretende analizar los compromisos generalmente adoptados (y en especial, las desinversiones) en los procesos de concentraciones empresariales desde el punto de vista de la Teoría de los Costes de Transacción (en lo sucesivo, TCT). Del mismo modo, pretende analizar en qué medida los tribunales de los Estados Unidos y las autoridades de la competencia han ido introduciendo criterios de eficiencia económica al adoptar sus sentencias y decisiones.

### **3.4.1 Análisis de la efectividad de los compromisos estructurales**

Este apartado pretende analizar la efectividad de los compromisos estructurales en base a los estudios publicados por la Comisión Europea y por la FTC estadounidense.

El **Estudio de la Comisión Europea del año 2005** se basa en 40 de las 91 decisiones de autorización sometidas a compromisos durante el período 1996-2000. Estas 40 decisiones en las que se basa el estudio aglutinan 96 de los 227 compromisos adoptados durante el

---

<sup>59</sup> Comisión Europea - Dirección General de la Competencia, “Merger remedies study” *op. cit.*

<sup>60</sup> Federal Trade Commission (1999), “A study of the Commission’s divestiture process”. Estudio elaborado por la Oficina de Competencia de la *Federal Trade Commission* bajo la dirección de William J. Baer

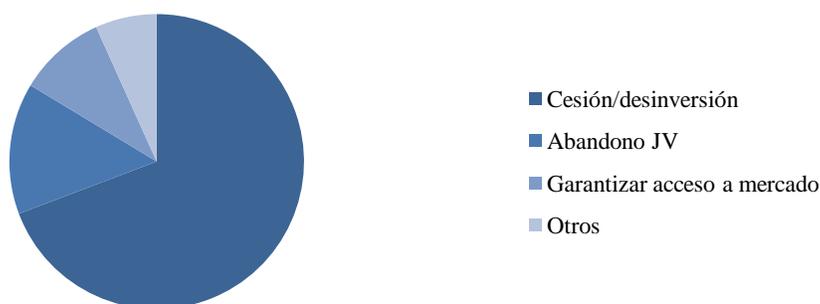
<sup>61</sup> JOSKOW, P. L., *op. cit.*

citado período, lo que representa un 42% del total<sup>62</sup>. Si bien la Comisión analiza en su estudio los compromisos en general, no centrándose sólo en los estructurales (cesiones y desinversiones), se tratará de incluir en este trabajo la información referida únicamente a este tipo de compromisos.

Comenzando con el análisis, el estudio demuestra que 52 de los 96 compromisos que se analizan fueron adoptados en la fase I del proceso de control, sin requerir un estudio exhaustivo por parte de la Comisión, mientras que 44 se adoptaron tras realizar un estudio más detallado, en la fase II. Estos datos muestran una paridad casi absoluta en cuanto a la distribución de las soluciones adoptadas entre las dos fases del proceso. En términos de efectividad, parece que las cifras son positivas, pues en la mitad de los casos las empresas solucionan los problemas de competencia en la fase I en un breve período de tiempo.

Una vez realizada la anterior precisión, cabe indicar que la Comisión clasifica los compromisos adoptados en el período 1996-2000 en cuatro grupos<sup>63</sup>: (i) compromisos de cesión/desinversión, (ii) compromisos para abandonar una *Joint Venture*, (iii) compromisos para garantizar el acceso al mercado, (iv) otros compromisos. Como muestra el siguiente gráfico, el 87,5% de los compromisos adoptados en el período anteriormente indicado fueron estructurales (68 compromisos de cesión/desinversión, 15 compromisos para abandonar una *Joint Venture* y un compromiso adicional, incluido en la categoría “otros”), mientras que tan sólo el 12,5% fueron compromisos de comportamiento (10 compromisos para garantizar el acceso al mercado y 2 compromisos categorizados como “otros”).

**Gráfico 1. Clasificación de compromisos adoptados en el seno de la Comisión, 1996-2001**



Fuente: elaboración propia a partir del Estudio de la Comisión Europea sobre compromisos, 2005

<sup>62</sup> Comisión Europea - Dirección General de la Competencia, “Merger remedies study” *op. cit.*, pp. 12 y 14

<sup>63</sup> *Ibid.* pp. 17-20

Como se observa, la Comisión Europea ha mostrado tradicionalmente una predilección por los compromisos estructurales. El hecho de que casi un 90% de todos los compromisos que se adoptan sean de este tipo resulta alarmante, en la medida en que si con el paso del tiempo se probase que dichos compromisos no son los más adecuados, habrán afectado a la generalidad de las empresas que han visto sometida una decisión de autorización al cumplimiento de algún compromiso.

El objetivo del presente trabajo es precisamente alertar acerca de esta situación y sobre la posibilidad de que los compromisos estructurales, que han sido generalmente aceptados por la Comisión, no sean los más efectivos ni eficientes en todos los supuestos.

Centrando el análisis en los compromisos estructurales, cabe indicar que la Comisión dedica una gran parte del estudio a tratar algunos de los problemas más frecuentes que aparecen en la adopción y ejecución de éstos<sup>64</sup> (entre otros: dificultades para determinar el alcance y la viabilidad de la actividad que se cede, efectividad de la cesión en función de su alcance, búsqueda y elección de comprador de la actividad cedida, control de la operación por parte de un tercero, etc.).

Tras analizar pormenorizadamente la parte del Estudio relacionada con las complicaciones que surgen a la hora de diseñar e implementar los compromisos estructurales, es especialmente llamativo que, pese a ser el compromiso por excelencia, existan tal cantidad de problemas derivados de su ejecución. Es por ello que parece importante mencionar en el presente trabajo algunos de estos problemas para poner en tela de juicio la efectividad de este tipo de compromisos. Entre los datos que permiten constatar la ineffectividad de los mismos, cabe destacar:

- La importancia y dificultad de encontrar un comprador adecuado: en 11 de los 96 casos analizados (11,5% de los supuestos), las desinversiones fueron ineffectivas o no tuvieron los efectos deseados como consecuencia de una incorrecta elección del comprador.
- Problemas a la hora de diseñar e implementar los compromisos que implican una desinversión. Como muestra la tabla 1<sup>65</sup>, entre 1996-2000 han surgido 194 problemas de

---

<sup>64</sup> Comisión Europea - Dirección General de la Competencia, "Merger remedies study" *op. cit.*, pp. 124-131

<sup>65</sup> *Ibid.* p. 125

importancia derivados del diseño e implementación de este tipo de compromiso. Más preocupante aún resulta el hecho de que para 59 de los 194 problemas (30%) no se encontrara solución alguna, lo que implica que los compromisos afectados por estos problemas no resueltos fueron parcial o totalmente inefectivos.

**Tabla 1. Número de problemas de diseño e implementación en compromisos de cesión**

<b>Tipo de problema</b>	<b>Nº casos resueltos</b>	<b>Nº casos sin resolver</b>
<b>Alcance</b>	45	21
<b>Intervención de terceros</b>	16	2
<i>Carve Out</i>	26	9
<i>Interim preservation</i>	27	5
<b>Cesión</b>	15	10
<b>Comprador adecuado</b>	6	12
<b>TOTAL (194)</b>	<b>135</b>	<b>59</b>

Fuente: Estudio de la Comisión Europea sobre compromisos, 2005, p. 125

Como puede observarse, la mayoría de los problemas derivan de la dificultad de definir adecuadamente el alcance de la actividad objeto de la cesión. No obstante, el problema más complejo de resolver parece ser la elección de un comprador adecuado, habida cuenta de que más de la mitad de las veces que ha surgido este problema, no ha sido posible resolverlo, lo que afecta, como mencionamos anteriormente, a la efectividad del compromiso de cesión.

- Evolución de la cuota de mercado de la actividad cedida: el Estudio de la Comisión demuestra que la evolución de la cuota de mercado de la actividad cedida no es favorable en la mayor parte de los casos; así pues, solamente se incrementa en un 18% de los casos, mientras que en un 34% de los casos se mantiene invariable, en un 44% desciende, y en un 4% de los casos la actividad cedida desaparece por completo. Estas cifras demuestran que en la mayoría de los casos (82%), la cuota de mercado de la actividad cedida no se incrementa o incluso disminuye, de modo que no se cumple el objetivo de creación de un competidor viable como consecuencia de la cesión. En definitiva, estas cifras no son sino una muestra adicional de la ineficacia que en muchos casos implica la adopción y ejecución de compromisos estructurales.

- Evolución de la cuota de mercado de la empresa cedente: los datos mencionados en el apartado anterior son todavía más preocupantes si se analiza la evolución de la cuota de mercado de la empresa cedente. Los datos del estudio muestran que dicha cuota se incrementó en un 47% de los casos después de la cesión, se mantuvo igual en un 20% de los supuestos, y tan sólo disminuyó en un 33% de los casos. En definitiva, estos datos no hacen más que confirmar que los compromisos estructurales son en muchas ocasiones inefectivos, pese a ser el compromiso preferido por la Comisión.

Una vez analizado el Estudio de la Comisión Europea del año 2005, es importante incluir en este trabajo algunas de las conclusiones de un **Estudio similar realizado por la FTC estadounidense**<sup>66</sup> en el año 1999, al que hace referencia Joskow P.L. en el artículo que se comentará posteriormente. Dicho estudio analiza los resultados de 35 compromisos de desinversión adoptados entre los años 1994 y 1999. Como conclusiones de este estudio, mencionadas en el artículo de Joskow, cabría destacar las siguientes:

- Aproximadamente en un 75% de los supuestos de desinversión, el comprador de la actividad fue capaz de mantenerse en el mercado. Según la FTC esta cifra no representa un estándar muy elevado, en la medida en que sólo se refiere a la capacidad del comprador para poder mantenerse en el mercado, y no a la creación de un nuevo competidor que resolviera los problemas de competencia derivados de las operaciones de concentración empresarial (lo cual representaría seguramente un porcentaje menor). Por otra parte, el 25% de las desinversiones restantes fueron completamente ineficientes, pues el comprador no pudo mantener la viabilidad de la actividad cedida.

- La FTC estadounidense afirma que las entidades cedentes diseñan en estos casos una estrategia con el fin de transmitir la actividad a un competidor que, por sus características, no pueda representar una amenaza para ellas.

- La mayoría de los compradores de las actividades empresariales cedidas no disponen de la información suficiente a la hora de realizar sus decisiones de compra, lo que de nuevo facilita la inviabilidad, y por ende, la inefectividad de los compromisos estructurales.

---

<sup>66</sup> *cit. ab. JOSKOW, P. L., op. cit., p. 113: Federal Trade Commission (1999), “A study of the Commission’s divestiture process”*

En definitiva, una vez analizados los Estudios realizados por la Comisión Europea y por la FTC de los EEUU, parece claro que existen argumentos suficientes para criticar la efectividad de las soluciones estructurales, pese a que vienen siendo generalmente aceptadas en ambos lados del Atlántico por ambos órganos de la competencia.

Aunque este tipo de compromisos son los preferidos por la Comisión y por la *FTC*, por ser relativamente sencillos de comprender y por no requerir de una supervisión posterior a la ejecución, entendemos que los órganos de control de la competencia no deben pecar de conformistas a la hora de aplicar los compromisos estructurales de modo indiscriminado, ya que, como ha quedado probado, parece ser que éstos no son en muchas ocasiones eficaces para conseguir los objetivos deseados, ni eficientes desde un punto de vista económico.

La experiencia recogida en los Estudios analizados llevó a las autoridades europeas y estadounidenses a realizar una renovación normativa del régimen de concentraciones empresariales, caracterizada por una mayor flexibilidad al analizar los compromisos presentados por las empresas participantes en una operación de concentración. Además de ello, los tribunales europeos y estadounidenses han ejercido el debido control sobre las autoridades de la competencia, evitando que éstas rechazaran *a priori* todo compromiso distinto de una cesión. Así pues, como se mencionó *supra*, el TPI se pronunció sobre este extremo en el caso *Gencor c. Comisión*<sup>67</sup> afirmando que “no podía excluirse *a priori* que compromisos que a primera vista sean de comportamiento puedan también impedir que aparezca o se refuerce una posición dominante”.

En definitiva, cabe concluir el presente apartado afirmando que, a pesar de que los compromisos estructurales siguen siendo la opción preferida por la Comisión y la *FTC*, lo cierto es que la experiencia ha demostrado que en muchas ocasiones estos compromisos no son en absoluto efectivos, puesto que no aseguran el mantenimiento de una competencia en el mercado tras la ejecución de la cesión.

### ***3.4.2 Análisis de la eficiencia de los compromisos estructurales***

Además de que en muchas ocasiones los compromisos estructurales pueden no ser efectivos, lo cierto es que son compromisos muy criticables desde un punto de vista de

---

<sup>67</sup> *Vid.* nota al pie 37

eficiencia económica. Así pues, en muchos supuestos los problemas de competencia podrían ser resueltos mediante la aplicación de otras soluciones menos trascendentales y de efectos equivalentes.

Para analizar los compromisos estructurales desde un punto de vista de eficiencia económica, se analizará el estudio realizado por el profesor de la *MIT*<sup>68</sup>, mencionado anteriormente. En este artículo, el profesor aplica la TCT (generalmente aplicada al comportamiento de las organizaciones empresariales) para analizar la eficiencia de los diferentes compromisos.

Para poder comprender las reflexiones de este autor, es importante explicar en primer lugar en qué consiste la TCT. Según esta teoría, el criterio principal que influye en las decisiones empresariales es el deseo de minimizar los costes de los bienes y servicios, así como los costes contractuales (costes derivados del diseño de los contratos, supervisión de su cumplimiento, reclamaciones en caso de incumplimiento, etc.). Así pues, toda organización tendrá en cuenta los beneficios y los costes derivados de cada una de las opciones de actuación que se le plantean, y decidirá conforme a éstos.

Según el autor, las normas de control de la competencia llevan también asociados beneficios (en la medida en que favorecen la competencia en el mercado) y ciertos costes (en la medida en que en ocasiones pueden restringir comportamientos o acabar con estructuras de mercado de modo que se reduzca la competencia, se incrementen los costes o se retrase la innovación). De esta manera, entiende que unas buenas normas de competencia deben tener en cuenta estos beneficios y costes potenciales, de acuerdo con la TCT.

Tras afirmar que ni dichas normas de competencia ni las instituciones encargadas de aplicarlas son capaces de identificar y resolver todos y cada uno de los problemas de competencia, el autor menciona la posibilidad de que cuando las normas sean aplicadas a los casos particulares, se cometan errores de tipo 1 (que se producirán cuando las normas no sean capaces de detectar operaciones que reducen la competencia efectiva en el mercado) o de tipo 2 (que se producirán cuando las mismas normas lleven a prohibir o a

---

<sup>68</sup> JOSKOW, P. L., *op. cit*

imponer condiciones sobre determinadas operaciones que realmente no suponen una amenaza para la competencia).

Teniendo en cuenta la posibilidad de que la aplicación de las normas de competencia lleven a cometer alguno de los errores anteriores, el autor defiende que para juzgar si una norma de competencia es adecuada, no se debe tener en cuenta si ésta permite resolver adecuadamente un caso en concreto, sino que para realizar dicho juicio es necesario analizar si la norma en concreto es susceptible de evitar las prácticas anticompetitivas teniendo en cuenta los potenciales costes y beneficios derivados del diagnóstico de la situación y de los eventuales compromisos que se adopten. En otras palabras, el autor defiende simplemente que las mejores normas de la competencia serán aquellas que eviten las prácticas anticompetitivas a la vez que tengan en cuenta todos los eventuales beneficios y costes derivados del diseño y de la aplicación de compromisos<sup>69</sup>.

El autor finaliza su artículo haciendo referencia a los compromisos estructurales (esto es, aquellos que implican una desinversión o cesión de actividad). Afirma que en EEUU (de forma muy similar a lo que ocurre en Europa) los compromisos estructurales son adoptados en aquellos supuestos en que los compromisos de comportamiento no son adecuados para evitar una disminución de la competencia efectiva en el mercado como consecuencia de una operación de concentración empresarial.

En relación con la aplicación de los compromisos estructurales que conllevan una desinversión o cesión, en EEUU los tribunales han actuado de igual manera que en el continente Europeo. Así, al igual que el TPI cuestionó en el caso *Gencor c. Comisión*<sup>70</sup> la aplicación indiscriminada de los compromisos estructurales y condenó el rechazo a priori de los compromisos de comportamiento por parte de la Comisión, el Departamento de Justicia (DOJ, en lo sucesivo) de los EEUU cuestionó en el caso “*United shoe Machinery*”<sup>71</sup> las desinversiones como medida para eliminar los problemas de competencia

---

<sup>69</sup> JOSKOW, P. L., *op. cit.*, pp. 99 y 100

<sup>70</sup> *Vid.* nota al pie 37

<sup>71</sup> *cit. ab.* JOSKOW, P. L., *op. cit.*, p.113: Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 17 de mayo de 1954, *United Shoe Machinery Corp. c. Estados Unidos*, 258 U.S. 451, disponible en: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/521/>

que puedan surgir tras una fusión o adquisición al afirmar que “no hace falta ser Salomón para darse cuenta de que esta empresa no puede ser dividida en tres partes iguales”.

Joskow se muestra muy crítico con las decisiones de desinversión que parecen olvidar la importancia de una correcta estructura y organización empresarial para poder obtener buenos rendimientos económicos. En su opinión, las autoridades de control de la competencia promueven los compromisos de cesión asumiendo que es posible reestructurar organizaciones complejas dividiéndolas en partes para evitar los problemas derivados de la competencia, ignorando por completo la TCT (es decir, sin tener en cuenta los costes y beneficios de dichas decisiones).

En conclusión, el autor critica la ineficiencia de los compromisos estructurales y defiende la aplicación de la TCT para analizar los compromisos que presentan las partes. Esta ineficiencia se deriva de los elevados costes que las empresas deben asumir para evitar los problemas derivados de la disminución de la competencia.

En nuestra opinión, pese a que los compromisos propuestos deben tener como fin evitar una disminución de la competencia efectiva derivada de una fusión o adquisición, no consideramos que dicho fin deba ser alcanzado sin importar el medio utilizado para ello. De este modo, pese a que entendemos que los compromisos estructurales puedan ser en ocasiones adecuados para alcanzar el fin mencionado anteriormente, consideramos así mismo que si este tipo de compromisos se aplican de forma generalizada (como ocurre actualmente), ello puede dar lugar a supuestos en los que los beneficios que las empresas pretendían alcanzar con la fusión queden totalmente oscurecidos por los costes derivados de la desinversión, siendo, por tanto, completamente ineficientes.

#### 4. CONCLUSIONES

Como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, lo cierto es que la mayoría de las autoridades de la competencia han mostrado tradicionalmente una clara preferencia por los compromisos estructurales para resolver los problemas de competencia derivados de las operaciones de concentración. Así lo demuestran las Comunicaciones de la Comisión Europea de 2001 y 2008, así como la guía del *DOJ* de EEUU sobre compromisos aplicables publicada en 2004<sup>72</sup>.

No obstante, como también se ha explicado *supra*, ha habido ocasiones en que los tribunales europeos y estadounidenses han dejado clara su oposición a la aplicación de soluciones estructurales de forma generalizada. En este sentido se pronunciaron las sentencias del TS de los Estados Unidos en el caso *United Shoe Machinery Corp.* y del TPI en el caso *Gencor Ltd c. Comisión*<sup>73</sup>, mencionadas anteriormente.

En la línea anterior, parece que en los últimos años viene produciéndose un cambio de tendencia, de modo que las autoridades de la competencia están mostrando una mayor flexibilidad a la hora de analizar y admitir los compromisos de comportamiento. En este sentido, cabe destacar la publicación en 2011 de una nueva Guía del *DOJ* de los EEUU sobre los compromisos aplicables a las concentraciones empresariales. En ella, el organismo estadounidense ha eliminado toda referencia a la preferencia por los compromisos estructurales y se muestra más abierta a aceptar compromisos de comportamiento. De un modo similar, aunque menos explícito, la Comisión Europea muestra en su Comunicación de 2008 una mayor flexibilidad a la hora de aceptar este tipo de compromisos.

En relación con la **Unión Europea**, la Comisión se muestra aún reticente a aplicar los compromisos de comportamiento<sup>74</sup>, sobre todo en los supuestos de solapamientos horizontales; no obstante, parece que la Comisión está ya dispuesta a aceptar este tipo de compromisos de comportamiento en los supuestos de conglomerados y en algunos

---

<sup>72</sup> Departamento de Justicia de EEUU, “Antitrust Policy guide to merger remedies”, octubre de 2004

<sup>73</sup> *Vid.* nota al pie 37

<sup>74</sup> KËLLEZI, P. y RAPIN, C., “Merger Remedies and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law”, *e-Competitions*, nº 43382, 2012. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2014636>

supuestos de concentraciones verticales, siempre y cuando se cumplan los requisitos analizados *supra* (vid. ap. 3).

Esta paulatina aceptación de los compromisos de comportamiento por parte de la Comisión ha quedado demostrada en las fusiones entre las compañías Friesland Foods/Campina y Apollo/Bakelite<sup>75</sup>. En el primer caso las partes se comprometieron a vender parte de la producción a sus competidores a un precio fijo, con el fin de mantener la competencia en el mercado. En el segundo supuesto, las compañías se comprometieron a firmar un contrato de larga duración con un proveedor para asegurar el abastecimiento y el precio de una materia prima esencial que incidía directamente sobre el precio del producto, evitando así que la compañía resultante de la fusión pudiera hacer uso de su mayor poder de negociación para incrementar o mantener precios y mejorar sus márgenes. Esta paulatina aceptación de compromisos de comportamiento quedó también demostrada en el caso Maersk/PONL, mencionado y analizado en el capítulo 3 de este trabajo.

Pese a que este tipo de compromisos están comenzando a ser cada vez más abundantes en el caso de operaciones de dimensión comunitaria sometidas al control de la Comisión, es muy importante indicar que las autoridades nacionales han estado siempre más abiertas a la adopción de compromisos de comportamiento. Ello es debido principalmente a la dificultad de encontrar un comprador a nivel nacional al que ceder la actividad empresarial o los activos en cuestión. Así pues, son numerosos los casos en que las autoridades de competencia nacionales han aprobado operaciones sometidas a compromisos de comportamiento.

En relación con la aplicación de este tipo de soluciones en los **Estados Unidos**, es muy importante tener en cuenta el giro radical que supuso la publicación en 2011 de la nueva guía del *DOJ* sobre los compromisos aceptables en concentraciones empresariales. Como se mencionó *supra*, este texto no muestra ninguna preferencia por los compromisos estructurales o de comportamiento, lo que supone un cambio importante con respecto a la guía publicada en 2004 y deja abierta la posibilidad de que las empresas propongan en mayor medida compromisos de comportamiento sin miedo a que estos sean frontalmente rechazados.

---

<sup>75</sup> KËLLEZI, P. y RAPIN, C., *op. cit.*

Sobre este posible cambio de tendencia en relación con los compromisos generalmente aceptados en casos de concentraciones empresariales en EEUU se pronuncia Moss, D.<sup>76</sup>, directora del Instituto Americano de la competencia (AAI, por sus siglas en inglés). En su artículo, ésta menciona el importante cambio de tendencia derivado de la publicación de la guía del *DOJ* de 2011. En su opinión, el nuevo texto del *DOJ* no sólo se refiere de forma más favorable a los compromisos de comportamiento, sino que además amplía significativamente la tipología de compromisos de este tipo que son susceptibles de adopción.

Además de ello, la directora del AAI indica en su artículo que este cambio de tendencia impulsado por la nueva guía de 2011 ya ha comenzado a tener sus primeros efectos en la práctica, al haberse empezado a adoptar compromisos de comportamiento en varios casos resueltos durante el mismo año de publicación de la misma. En este sentido, destaca algunos de los compromisos para garantizar el acceso al mercado o para la concesión de licencias adoptados en las fusiones de Ticketmaster/Live Nation, Comcast/NBCU o Google/ITA.

#### Comentario final. Tendencias futuras

Como el lector habrá podido observar, parece que nos encontramos actualmente inmersos en un cambio de tendencia en relación con los compromisos aceptados en el proceso de control de concentraciones empresariales.

Si bien es cierto que la normativa y las autoridades de la competencia muestran todavía una preferencia por los compromisos estructurales, especialmente en Europa y en los supuestos de fusiones horizontales, no menos cierto es que puede observarse un cambio progresivo de la legislación, la jurisprudencia y las opiniones de las autoridades que nos llevan a pensar que los compromisos de comportamiento tenderán a ocupar una posición de mayor relevancia en el futuro.

Tal y como se ha analizado a lo largo de este trabajo, los compromisos estructurales generalmente aceptados han demostrado ser en muchas ocasiones inefectivos e ineficientes,

---

<sup>76</sup> KWOKA, J. E. y MOSS, D. L., “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”, *American Antitrust Institute*, 2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1959588>

existiendo otros compromisos de comportamiento que podrían alcanzar efectos similares causando un menor impacto en las empresas que deben cumplirlos y en la economía en general. Por ello, entendemos que las autoridades de la competencia tenderán a aceptar en mayor medida los compromisos de comportamiento siempre que las empresas interesadas en su adopción demuestren que sus efectos son suficientes para asegurar un mantenimiento de la competencia efectiva y, sobre todo, siempre que las partes propongan medios que permitan su supervisión.

En definitiva, comprendemos que la tendencia lógica a futuro consistiría en aplicar uno u otro tipo de compromiso en función de la situación que se pretende resolver. Así pues, los compromisos estructurales se perfilarían como la mejor solución para el caso de solapamientos horizontales y para algunos supuestos de fusiones verticales, mientras que los compromisos de comportamiento serían adecuados para evitar la disminución de la competencia en los supuestos de conglomerados, así como en determinados sectores en los que este tipo de soluciones se vienen aplicando tradicionalmente.

Una evolución en el sentido anteriormente indicado acabaría con la tensión actual entre fines y medios utilizados, al mismo tiempo que mejoraría la efectividad y la eficiencia de los compromisos. Sólo de esta manera puede asegurarse una salvaguardia de la competencia al mismo tiempo que se da cumplimiento a los criterios económicos necesarios para favorecer las operaciones de concentración que permitan a las empresas de la UE competir a escala global.

## **5. ANEXO: LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

### **▪ LEGISLACIÓN**

Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (TCECA), firmado en París el día 18 de abril de 1951

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE), firmado en Roma el día 25 de marzo de 1957

Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas. DOCE: 21/9/1990

Reglamento (CE) nº 1310/97 del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) nº 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. DOCE 09/07/1997

Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas. DOUE: 05/02/2004

Reglamento de ejecución (UE) nº 802/2013 de la Comisión, de 22 de agosto de 2013. DOUE: 23/08/2013

Reglamento (UE) nº 1260/2013 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013. DOUE: 10/12/2013

### **▪ JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 17 de mayo de 1954, caso United Shoe Machinery Corp. c. Estados Unidos

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de febrero de 1973, caso Europemballage Corporation y Continental Can Company c. Comisión. Disponible en EurLex bajo referencia 61972CJ0006

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta ampliada), de 25 de marzo de 1999, caso Gencor Ltd c. Comisión. Referencia Aranzadi: TJCE 1999\71

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 6 de junio de 2002, caso Airtours c. Comisión. Referencia Aranzadi: TJCE 2002\187

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 22 de octubre de 2002, caso Schneider c. Comisión. Referencia Aranzadi: TJCE 2002\302

Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Gran Sala) de 15 de febrero de 2005, caso Comisión c. Tetra Laval BV, ap. 85-89. Referencia Aranzadi: TJCE 2005\39

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### ▪ LIBROS

BELENGUER LEIVA, E., “La libre competencia y el control de las concentraciones en el ordenamiento comunitario europeo”, en A.A.V.V., *La Constitución española en el ordenamiento comunitario europeo*, Vol. 18, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia, Madrid, 1999, pp. 401 y 402

BISHOP, S. y WALKER, M., *Economics of E.C. Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 140 in fine

BROBERG, M. P., *The European Commission's Jurisdiction to Scrutinise Mergers*, Vol. 16, Kluwer Law International, Copenhague, 1998, pp. 4-5

MONTI, G., *EC competition law*, Cambridge University Press, Nueva York, 2007, pp. 283-290

ORTIZ BLANCO, L. y RAMOS GÓMEZ, A., *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, Volumen 6, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, pp. 371-378

WHISH, R., *Competition law*, 5ª edición, Lexis Nexis, Londres, 2003, pp. 793-880

### ▪ REVISTAS Y ARTÍCULOS

BAER, W. J., Federal Trade Commission (1999), “A study of the Commission's divestiture process”. Estudio elaborado por la Oficina de Competencia de la Federal Trade Commission bajo la dirección de William J. Baer

BERGMAN, M. A., COATE, M. B., JAKOBSSON, M. y ULRICK, S. W., “Atlantic divide or Gulf Stream convergence: Merger policies in the European Union and the United States”, Disponible en SSRN 975102

JOSKOW, P. L., “Transaction cost economics, antitrust rules, and remedies”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, nº 1, 2002, pp. 95-116

KËLLEZI, P. y RAPIN, C., “Merger Remedies and Competition Law: An Overview of EU and National Case Law”, *e-Competitions*, nº 43382, 2012. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2014636>, con acceso 22/03/2014

KWOKA, J. E. y MOSS, D. L., “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”, *American Antitrust Institute*, 2011. Disponible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1959588>, con acceso 22/03/2014

NAVARRO VARONA, E. y BACHES OPI, S., “El nuevo sistema comunitario de control de concentraciones”, *Actualidad jurídica Uría & Menéndez*, número 8/2004, pp. 37-50

PASTOR JAIME, V., DÍAZ GONZÁLEZ, A., y DOMINGO SOLER, A., “El control de la competencia empresarial en Europa. Las operaciones incompatibles con el mercado común”, V jornadas de política económica, Departamento de Economía Aplicada I, 2002, Universitat de Valencia

PRIETO KESSLER, E., “La política de defensa de la competencia en la Unión Europea”, *Información Comercial Española*, nº 820, 2005, pp. 99-110

SABOGAL BERNAL, L. F., “Evolución y desarrollo del criterio sustancial de evaluación de las concentraciones empresariales en el derecho comunitario europeo”, *Revista e-mercatoria*, Volumen 7, nº1 2008

VICKERS, J., “Merger policy in Europe: retrospect and prospect”, *European Competition Law Review*, 2004, pp. 455-463

#### ▪ DOCUMENTOS DE ORGANISMOS EUROPEOS

Comunicaciones de la UE: Diario Oficial C 372 de 09.12.1997, Diario Oficial C 66 de 02.03.1998, Diario Oficial C 66 de 02.03.1998

Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo y al Reglamento (CE) no 447/98 de la Comisión, DOCE: 02/03/2001

LIBRO VERDE sobre la revisión del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, presentado por la Comisión el día 11 de diciembre de 2001

Comisión Europea - Dirección General de la Competencia, “Merger remedies study”, octubre 2005

Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004 de la Comisión, DOUE: 22/10/2008