

XAVIER GINEBRA SERRABOU, socio del despacho Jalife & Caballero , emito mis comentarios para el proyecto de Guía de Notificación de Concentraciones. La mayor parte de los comentarios viene dell REGLAMENTO (CE) No 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas establece algunas cuestiones que podrían incorporarse a la Guía de notificación de concentraciones de la Ley Federal de Competencia Económica.

1. El objetivo de establecer un régimen que garantice que la competencia no sea distorsionada en el mercado interior. El apartado 1 del artículo 4 del Tratado establece que la acción de los Estados miembros y de la Comunidad debe llevarse a cabo respetando los principios de una economía de mercado abierta con libre competencia. Estos principios son esenciales para el desarrollo del mercado interior.
2. La realización del mercado interior y de la unión económica y monetaria, la ampliación de la Unión Europea y la reducción de las barreras internacionales al comercio y a la inversión seguirán dando lugar a importantes reestructuraciones de las empresas, particularmente en forma de concentraciones.
3. Estas reorganizaciones deben valorarse de forma positiva en la medida en que responden a las exigencias de una competencia dinámica y pueden aumentar la competitividad de la industria europea, mejorar las posibilidades de crecimiento y elevar el nivel de vida en la Comunidad.
4. No obstante, es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.
5. El régimen que se establezca para el control de las concentraciones debe respetar, sin perjuicio del apartado 2 del artículo 86 del Tratado, el principio de igualdad de trato entre los sectores público y privado. Por consiguiente, en el sector público hay que tomar en consideración, a la hora de calcular el volumen de negocios de una empresa que participe en una concentración, a las empresas que constituyan una unidad económica dotada de un poder de decisión autónomo, independientemente de cómo esté configurada la propiedad de su capital o de las normas de tutela administrativa que les sean aplicables.
6. Es preciso determinar si las concentraciones de dimensión comunitaria son compatibles con el mercado común desde el punto de vista de la necesidad de mantener y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común.
7. Habida cuenta de las consecuencias que las concentraciones pueden tener en estructuras de mercado oligopolísticas, resulta particularmente necesario preservar la competencia efectiva en estos mercados. Si bien muchos mercados oligopolísticos presentan un elevado grado de competencia, en determinadas circunstancias las concentraciones que implican la desaparición de importantes presiones competitivas que las partes en la concentración ejercían entre sí, así como una reducción de la presión competitiva sobre los competidores restantes, pueden, incluso en ausencia de la probabilidad de

coordinación entre los miembros del oligopolio, llegar a ser un obstáculo significativo para la competencia.

8. En aras de la seguridad jurídica, debería aclararse que este Reglamento permite un control efectivo de tales concentraciones al establecer que toda concentración que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debería declararse incompatible con el mercado común. El concepto de obstaculización significativa de la competencia efectiva establecido debe ser interpretado haciéndolo extensivo, más allá del concepto de posición de dominio, sólo a los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan una posición dominante en el mercado relevante.
9. El documento debe establecer que debe en consecuencia consagrar el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular cuando ello resulte de la creación o refuerzo de una posición dominante, ha de ser declarada incompatible con el mercado común. La COFECCE respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos, en particular, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Organización de Estados Americanos.
10. Consecuentemente, el presente Reglamento debe interpretarse y aplicarse en observancia de estos derechos y principios. Es preciso conferir a las empresas afectadas el derecho a ser oídas por la Comisión cuando se produzca la incoación del procedimiento; la oportunidad de ser oídas debe brindarse, asimismo, a los miembros de los órganos de administración y vigilancia, a los representantes reconocidos de los trabajadores de las empresas afectadas y a los terceros interesados.
11. A fin de que pueda evaluar debidamente las concentraciones, la Comisión ha de estar facultada para solicitar toda la información necesaria y proceder a todas las inspecciones necesarias en cualquier lugar de la Comunidad. A tal fin, y en aras de una protección eficaz de la competencia, es preciso ampliar los poderes de investigación de la Comisión. La Comisión ha de estar facultada, en particular, para entrevistar a toda persona que pueda disponer de información útil y para guardar constancia de sus declaraciones.
12. En el curso de una inspección, los agentes habilitados por la Comisión deben tener derecho a solicitar toda clase de información pertinente respecto al objeto y la finalidad de la inspección; también deben tener derecho a colocar precintos durante las inspecciones, en particular en aquellas circunstancias en las que existan motivos razonables para sospechar que se ha ejecutado una concentración sin notificarla, que se ha suministrado a la Comisión información incorrecta, incompleta o que induzca a error, o que las empresas o personas afectadas hayan incumplido alguna de las condiciones u obligaciones impuestas por decisión de la Comisión. En cualquier caso, los precintos sólo deben utilizarse en circunstancias excepcionales, durante el tiempo que sea estrictamente necesario para la inspección.
13. Para cumplir una decisión de la Comisión, las empresas y personas afectadas no pueden ser forzadas a admitir que han cometido infracciones, pero están obligadas, en cualquier

caso, a contestar preguntas sobre hechos concretos y a proporcionar documentos, aun cuando esa información pueda ser utilizada para determinar la existencia de tales infracciones por parte de dichas empresas y personas o por terceros.

14. En aras de la transparencia, debe darse una amplia publicidad a todas las decisiones de la Comisión que no sean de naturaleza meramente procedimental. Al tiempo que se preservan los derechos de defensa de las empresas afectadas y, en particular, el derecho de acceso al expediente, es indispensable proteger los secretos comerciales. Asimismo, debe salvaguardarse la confidencialidad de la información intercambiada dentro de la red y con las autoridades competentes de terceros países.
15. La presente Comunicación no implica menoscabo alguno de los derechos colectivos de los trabajadores, tal como se reconocen en las empresas afectadas, en particular por lo que se refiere a cualquier obligación de informar o consultar a los representantes reconocidos en virtud del Derecho comunitario y la normativa nacional.
16. El Artículo 2 del Reglamento señala: Evaluación de las concentraciones 1. Las concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los objetivos del presente Reglamento y a las disposiciones que figuran a continuación, a fin de determinar si son compatibles con el mercado común. En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta: a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad; b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.
17. Las concentraciones que no sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán compatibles con el mercado común.
18. Las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común. 4.
19. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos, con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común. 5. En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular: — si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en

un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a éste, — si la coordinación directamente derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en lo que respecta a una parte considerable de los productos y servicios de que se trate.

20. La Guía debería dar una definición más exacta de una concentración, como hace el Reglamento de la Unión Europea:
21. Artículo 3 Definición de concentración 1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de: a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas. 2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa. 3. Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas: a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos. 4. La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1. 5. Se entenderá que no se produce una concentración: a) cuando una entidad de crédito u otra entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones que haya adquirido en una empresa con vistas a revenderlas, siempre y cuando los derechos de voto inherentes a esas participaciones no se ejerzan con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año desde la fecha de la adquisición; la Comisión podrá prorrogar este plazo previa solicitud cuando dichas entidades o sociedades justifiquen que no ha sido razonablemente posible proceder a la realización en el plazo establecido; b) cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa de un Estado miembro relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo; c) cuando las operaciones mencionadas en la letra b) del apartado 1 sean realizadas por sociedades de participación financiera relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedad (1 ), con la restricción, no

obstante, de que los derechos de voto inherentes a las participaciones sólo serán ejercidos, en particular en relación con el nombramiento de los miembros de los órganos de dirección y vigilancia de las empresas en las que posean participaciones, para mantener el pleno valor de tales inversiones y no para determinar directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dichas empresas.

22. Artículo 5 Cálculo del volumen de negocios 1. El volumen de negocios total en el sentido del presente Reglamento incluirá los importes resultantes de la venta de productos y la prestación de servicios por las empresas afectadas durante el último ejercicio correspondientes a sus actividades ordinarias, previa deducción de los descuentos sobre ventas, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con el volumen de negocios. El volumen de negocios total de una empresa afectada no tendrá en cuenta las transacciones que hayan tenido lugar entre las empresas contempladas en el apartado 4 del presente artículo; sólo se tendrá en cuenta, por lo que se refiere al vendedor o a los vendedores, el volumen de negocios relativo a las partes objeto de la concentración. No obstante, cuando dos o más operaciones en el sentido del primer párrafo tengan lugar en un período de dos años entre las mismas personas o empresas se considerarán como una sola concentración realizada en la fecha de la última operación.
23. El volumen de negocios se sustituirá: a) en el caso de las entidades de crédito y otras entidades financieras, por la suma de las siguientes partidas de ingresos, previa deducción, en su caso, del impuesto sobre el valor añadido y de otros impuestos directamente relacionados con dichos ingresos: i) intereses y rendimientos asimilados, ii) rendimientos de títulos: — rendimientos de acciones y otros títulos de renta variable, — rendimientos de participaciones, — rendimientos de acciones en empresas vinculadas, iii) comisiones cobradas, iv) beneficios netos procedentes de operaciones financieras, v) otros resultados de explotación.
24. Para el cálculo del volumen de negocios total de una empresa afectada en el sentido del presente Reglamento, se sumarán los volúmenes de negocios de las empresas siguientes: a) la empresa afectada; b) las empresas en las que la empresa afectada disponga, directa o indirectamente: i) de más de la mitad del capital o del capital circulante, o ii) del poder de ejercer más de la mitad de los derechos de voto, o iii) del poder de designar a más de la mitad de los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o iv) del derecho a dirigir las actividades de la empresa; c) las empresas que dispongan, en la empresa afectada, de los derechos o facultades enumerados en la letra b); d) las empresas en las que una empresa de las contempladas en la letra c) disponga de los derechos o facultades enumerados en la letra b); e) las empresas en las que dos o más empresas de las contempladas en las letras a) a d) dispongan conjuntamente de los derechos o facultades enumerados en la letra b)
25. La Comisión procederá al examen de la notificación tan pronto como la reciba. a) Si concluye que la concentración notificada no entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento, lo declarará mediante decisión. b) Si comprueba que la concentración notificada, pese a entrar en el ámbito de aplicación del Reglamento, no plantea serias

dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá no oponerse a la misma y la declarará compatible con el mercado común. Se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin. c) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, si la Comisión comprueba que la concentración notificada entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y plantea serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento.

26. La Comisión podrá revocar la decisión adoptada en virtud de las letras a) o b) del apartado 1: a) cuando dicha decisión se base en información incorrecta de la que sea responsable una de las empresas afectadas o cuando haya sido obtenida de forma fraudulenta, o b) cuando las empresas afectadas incumplan una obligación impuesta en la decisión.
27. Se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin.
28. La Comisión podrá acompañar sus decisiones de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión a fin de compatibilizar la concentración con el mercado común. Se entenderá que una decisión mediante la cual se declare la compatibilidad de una concentración con el mercado común cubre las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin.
29. Estarán obligados a facilitar la información solicitada los propietarios de las empresas o sus representantes y, en el caso de las personas jurídicas, de las sociedades o de las asociaciones que no tengan personalidad jurídica, las personas facultadas por ley o por los estatutos para representarlos. Las personas debidamente autorizadas podrán facilitar la información solicitada en nombre de sus clientes. Estos últimos seguirán siendo plenamente responsables si la información presentada es incompleta, incorrecta o engañosa.
30. A fin de cumplir las tareas que le encomienda el presente Reglamento, la Comisión podrá entrevistar a toda persona física o jurídica que acepte ser entrevistada a efectos de la recopilación de información relacionada con el objeto de una investigación. Al comienzo de la entrevista, que podrá realizarse por teléfono u otros medios electrónicos, la Comisión señalará su fundamento jurídico y su finalidad.
31. Artículo 17 Secreto profesional 1. La información recabada en aplicación del presente Reglamento sólo podrá utilizarse para el fin perseguido por la solicitud de información, la investigación o la audiencia. Lo dispuesto no obstará a la publicación de información general o de resúmenes que no contengan datos individualizados sobre las empresas o asociaciones de empresas.
32. Antes de adoptar las decisiones previstas la Comisión brindará a las personas, empresas y asociaciones de empresas afectadas la oportunidad de expresar, en todas las fases del procedimiento hasta la consulta al Comité consultivo, sus observaciones en lo relativo a las objeciones formuladas contra ellas.

33. La Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones respecto de las cuales las partes hayan podido formular sus alegaciones. En el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de defensa de los interesados. El acceso al expediente será posible al menos para las partes directamente interesadas, siempre y cuando se respete el interés legítimo de las empresas de proteger sus secretos comerciales.
34. La Comisión estará asistida por un Comité consultivo, compuesto por representantes de los Estados miembros. a) Antes de publicar el proyecto de disposiciones de ejecución y de adoptarlas, la Comisión deberá consultar al Comité consultivo. b) Dicha consulta deberá llevarse a cabo en una reunión convocada y presidida por la Comisión. Junto a la convocatoria se remitirá un proyecto de las disposiciones de ejecución. La reunión se celebrará a más tardar a los 10 días laborables de haberse remitido la convocatoria. c) El Comité consultivo deberá emitir un dictamen sobre el proyecto de medidas de ejecución celebrando, en su caso, una votación. La Comisión deberá tener en cuenta en la mayor medida posible el dictamen emitido por el Comité.