

Guía para la notificación de concentraciones

Glosario

ADRs	<i>American Depositary Receipts</i>
COFECE o Comisión	Comisión Federal de Competencia Económica
Constitución	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
Disposiciones Regulatorias	Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica
DGC	Dirección General de Concentraciones
Estatuto	Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica
Guía	Guía para la Notificación de Concentraciones
LFCE o Ley	Ley Federal de Competencia Económica
Pleno	Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Poder Judicial	Poder Judicial de la Federación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SMGVDF	Salario mínimo general vigente en el Distrito Federal
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Introducción

La Guía tiene la finalidad de explicar, de manera clara y descriptiva, los conceptos, la normativa y los procedimientos asociados a la notificación de concentraciones, a efecto de facilitar la tramitación de dicho procedimiento a los agentes económicos.

Esta Guía no contempla los criterios técnicos que emplea la COFECE en el análisis de concentraciones.

En este contexto, la Guía no tiene un carácter vinculante ni obliga a la COFECE a observarla estrictamente en el desahogo del procedimiento. El Pleno de la COFECE es la autoridad que interpreta la LFCE y adecúa su aplicación a las características específicas de cada caso concreto.

La Guía se divide en 6 temas:

- 1.- Concentraciones
- 2.- Normativa aplicable
- 3.- Tipos de procedimiento
- 4.- Información para el análisis económico
- 5.- Resoluciones
- 6.- Aspectos varios

Punto de Contacto

La Comisión tiene por política atender todas las consultas que le sean planteadas y aclarar las dudas que los particulares puedan tener para la tramitación de sus asuntos.

El contacto con la Comisión en materia de concentraciones puede efectuarse a través de la Dirección General de Concentraciones vía telefónica o por correo electrónico.

Para atención telefónica, los particulares pueden dirigirse a los números de la Ciudad de México:

2789-6659 y 2789-6518

Por correo electrónico y para solicitar una entrevista, se ponen a disposición las siguientes direcciones:

jambriz@cofece.mx

jcedillo@cofece.mx

jvalerio@cofece.mx

ANTEPROYECTO

1. Concentraciones

El artículo 61 de la LFCE define la concentración como:

“Artículo 61. Para los efectos de esta Ley, se entiende por concentración la fusión, adquisición del control o cualquier acto por virtud del cual se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos (...)”

El artículo continúa:

“La Comisión no autorizará o en su caso investigará y sancionará aquellas concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia respecto de bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados.”

A continuación la guía explica cada una de las posibilidades señaladas por esta disposición.

1.1. Fusión

La fusión es el acto mediante el cual se produce la unión jurídica entre sociedades mercantiles diferentes creando una sola entidad, lo cual conlleva el traspaso de bienes, derechos y obligaciones.

La fusión puede tomar diversas formas, algunas de ellas pueden ser la incorporación, absorción e integración.

En este sentido, los actos de fusión suponen la transmisión de la totalidad de los derechos, obligaciones y los bienes de uno o más agentes económicos.

1.2. Adquisición de control

La LFCE no contiene una definición explícita de control. Sin embargo, aunque no es supletoria de la LFCE, la Ley del Mercado de Valores ofrece, en su artículo 2º, una definición de control desde el punto de vista corporativo que, considerando que se encuentra dentro del sistema jurídico mexicano, puede ser un referente en materia de competencia económica:

“III. Control, la capacidad de una persona o grupo de personas, de llevar a cabo cualquiera de los actos siguientes:

a) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes, de una persona moral.

b) Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o

indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social de una persona moral.

c) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.”

Al respecto, en materia de competencia económica, el Poder Judicial de la Federación ha resuelto que el control puede ser real o latente:

“(…) el control puede ser real si se refiere a la conducción efectiva de una empresa controladora hacia sus subsidiarias, o bien, latente cuando sea potencial la posibilidad de efectuarlo por medio de medidas persuasivas que pueden darse entre las empresas aun cuando no exista vínculo jurídico centralizado y jerarquizado, pero sí un poder real”.¹

De esta manera, la adquisición del control puede conllevar la enajenación de la mayoría de los derechos, obligaciones y bienes de otros agentes económicos, o de la capacidad para decidir sobre la totalidad o parte de los mismos. En este sentido, la fusión en la que un agente económico es incorporado por otro constituye un caso extremo de adquisición de control.

1.3. Otros actos de concentración

Además de la fusión y la adquisición del control, la LFCE considera otros actos que implican la realización de una concentración; esto es cuando por cualquier acto se unan sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realizan entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos. Esta definición incluye actos que no significan necesariamente la obtención del control vía accionaria o que no se derivan de un acto de transmisión de activos o acciones (por ejemplo, mediante una compraventa), pero que tienen efectos análogos.

De esta manera:

- a) La compraventa de activos, acciones, partes sociales o participación en fideicomisos, sin importar si hay adquisición de control o de influencia, constituyen actos de concentración;
- b) Existen otros actos que no provienen de una compraventa, que pueden configurar actos de concentración, dentro de los cuales se pueden encontrar en forma enunciativa, una donación, herencia, cesión de derechos, arrendamientos, etc.

El artículo 86, último párrafo, de la Ley permite la notificación voluntaria de concentraciones que no actualizan los supuestos contenidos en las fracciones I a III de

¹ “GRUPO DE INTERÉS ECONÓMICO. SU CONCEPTO Y ELEMENTOS QUE LO INTEGRAN EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA”. [J]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Noviembre de 2008; Pág. 1244. I.4o.A. J/66.

dicho artículo². Sin embargo, no cualquier acto, por el hecho de ser notificado de manera voluntaria, es considerado por la Comisión como concentración.

Un caso en particular es el de acuerdos de colaboración entre competidores. A diferencia de los marcos normativos que existen en otras jurisdicciones, en México no existe una figura legal que permita otorgar exención de la aplicación de la LFCE. Cuando un acuerdo de este tipo es notificado como concentración, la Comisión verifica si existe algún elemento que permita encuadrar el acto dentro de lo señalado en el artículo 61 de la LFCE.

Es decir, el acto debe implicar algunos aspectos análogos a los que se presentarían en una fusión o adquisición de acciones o activos, entre ellos —y solo por citar algunos ejemplos sin pretender ser exhaustivos— la participación de dos o más agentes económicos en una actividad económica, el establecimiento de una relación de largo plazo que trascienda los límites de una relación comercial, la posibilidad de injerencia de un agente económico en la dirección estratégica o en el nombramiento de consejeros o funcionarios de otro agente y la transferencia *de facto* del control físico de activos o la posibilidad de decidir sobre ellos, entre otros aspectos.

1.4. Agente económico y grupo de interés económico

El artículo 3 de la LFCE, en su fracción I, define agente económico como toda persona física o moral, con o sin fines de lucro, dependencias y entidades de la administración pública federal, estatal o municipal, asociaciones, cámaras empresariales, agrupaciones de profesionistas, fideicomisos o cualquier otra forma de participación en la actividad económica.

El análisis de los efectos de una concentración sobre el proceso de competencia y libre concurrencia requiere considerar la pertenencia de los agentes económicos a grupos de interés económico. Es decir, en su análisis, la COFECE considera no sólo las actividades que desarrollan las personas directamente involucradas en la transacción, sino todas las desarrolladas por personas relacionadas con el grupo de interés económico al que pertenecen las partes, así como los vínculos que dicho grupo pudiera tener con otros agentes o grupos en mercados similares o relacionados.

² “I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;

II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal, o

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.”

Para considerar que existe un grupo de interés económico y que diversas personas pueden ser consideradas como un solo agente económico para efectos de la LFCE, se debe analizar si una persona, directa o indirectamente, coordina las actividades del grupo para operar en los mercados y, además, puede ejercer una influencia decisiva o control sobre la otra, ya sea en los hechos (*de facto*) o como consecuencia de actos jurídicos (*de iure*).

El control *de iure* puede darse de diversas formas, entre otras cuando:

- a) Una persona adquiere la mayoría de las acciones de una empresa;
- b) Existe la facultad de dirigir o administrar a otra en virtud de un contrato, convenio de abastecimiento de largo plazo, el otorgamiento de créditos o cuando una parte importante de los ingresos de una empresa dependen de la venta de los productos de otra;
- c) Se tiene la capacidad o derecho de designar la mayoría de los miembros del Consejo de Administración u órgano equivalente de otra;
- d) Existe la capacidad o el derecho de designar director, gerente o factor principal de la otra; o,
- e) Tenga vínculos por parentesco consanguíneo o afinidad en una o diversas personas morales.

Por otro lado, el análisis del control *de facto* debe atender no sólo al nivel de participación accionaria cuando ningún socio tiene mayoría absoluta, sino también a la posibilidad de que un socio minoritario pueda obtener la mayoría en las asambleas dado el nivel de asistencia; la posición de los otros accionistas (dispersión, vínculos de tipo estructural, económico o familiar con el accionista principal); y el interés financiero.

2. Normativa aplicable

2.1. Cumplimiento de la LFCE en el marco de las negociaciones de una concentración

Los involucrados en la transacción deben abstenerse de intercambiar información que dé o pueda dar lugar a alguna de las prácticas monopólicas absolutas previstas en el artículo 53 de la LFCE. Por ello, es necesario que los agentes económicos establezcan las medidas necesarias para evitar que ocurra un intercambio de información anticompetitivo en el marco de la negociación de una concentración. Entre las medidas que pueden implementar, se encuentran las siguientes:

- Intercambiar información agregada e histórica;
- No intercambiar información comercial sensible, como estrategias de precios o ventas, costos, clientes o proveedores;
- Contratar un consultor externo para manejar la información y evaluar la concentración;
- Crear un equipo interno aislado encargado de la concentración.

Con respecto al segundo punto, la información que no es comercialmente sensible, es toda aquella que no se encuentra relacionada con las estrategias comerciales de las empresas pero permite calcular el valor del negocio adquirido y planear la transacción, tal como:

- Ubicación y valor de activos y oficinas;
- Sistemas operativos y de cómputo, métodos de contabilidad o administrativos; y
- Concesiones, licencias, permisos y patentes, así como cualquier otra información de índole regulatoria y legal.

Respecto al último punto relativo a los equipos internos aislados pueden implementarse las siguientes medidas:

- Conformarse por personas que no sean parte de las áreas comerciales de las empresas y evitar tener contacto con las mismas;
- Llevar registro detallado de las reuniones a las que asisten (preferentemente mediante grabación), así como de toda la información que se intercambia;
- Firmar un acuerdo de confidencialidad para asegurar que únicamente intercambiarán la información absolutamente necesaria para la negociación de la concentración y que no la revelarán, particularmente en situaciones que pudieran encuadrarse en los supuestos del artículo 53 de la LFCE;
- Presentar la información a las personas relevantes de la empresa.

En todo caso, los notificantes de una concentración deben considerar que el intercambio de información que realicen en el marco de la negociación correspondiente no tenga por objeto o efecto cualquiera de las situaciones contempladas en las fracciones I a IV del artículo 53 de la LFCE.

Para mayor detalle sobre este tema, se recomienda consultar el Instrumento sobre la colaboración e intercambio de información entre competidores que, en su caso, emita esta COFECE.

2.2. Obligación de notificar

2.2.1. La notificación de concentraciones como instrumento preventivo

El artículo 86 de la LFCE señala que las concentraciones que rebasen ciertos montos monetarios deberán ser autorizadas por la COFECE antes de que se lleven a cabo.

El análisis de una concentración de manera previa a su realización tiene por objeto dar cumplimiento a lo señalado por el artículo 2° de la LFCE, el cual señala, entre otros, que la esta Ley tiene por objeto promover, proteger y garantizar la libre concurrencia y la competencia económica, así como prevenir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones ilícitas, las barreras a la libre concurrencia y la competencia económica, y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.

2.2.2. Notificación obligatoria y voluntaria

Los agentes económicos que pretendan realizar una concentración, de acuerdo con lo definido en el artículo 61 de la LFCE, deben corroborar dos premisas para determinar si están obligadas a notificarla.

La primera es que la operación tenga efectos en el territorio nacional. Esto es, que el acto tenga un importe asignado en la República Mexicana o que el agente económico cuyos activos, acciones o capital social sean objeto de acumulación tenga activos o ventas generadas en territorio nacional.

La segunda es que el valor monetario relacionado con la operación rebase alguno de los señalados en las fracciones I, II y III del artículo 86 de la Ley.

El último párrafo del artículo 86 de la Ley señala que los agentes económicos involucrados en una concentración que no se ubiquen en los supuestos previstos en dicho artículo, podrán notificar la operación de manera voluntaria. Es decir, si la transacción es menor a los montos monetarios que obligan la notificación, los agentes pueden presentarla a la Comisión, de manera voluntaria. En este caso, la notificación implica el sometimiento a lo que resuelva la COFECE, por lo que los notificantes estarán vinculados al cumplimiento y observancia de la resolución.

2.2.3. Casos de excepción a la obligación de la notificación

El artículo 93 de la LFCE señala que no se requerirá la autorización de la COFECE en las concentraciones que se ubiquen en los siguientes supuestos:

“I. Cuando la transacción implique una reestructuración corporativa, en la cual los Agentes Económicos pertenezcan al mismo grupo de interés económico y ningún tercero participe en la concentración;”

Al realizar el análisis de concentraciones, la Comisión determina los grupos de interés económico que participan en la operación. Para ello, como se señaló previamente, es necesario establecer si alguna persona o personas, directa o

indirectamente, coordinan las actividades del grupo para operar en los mercados que participan en la transacción.

En el caso señalado en esta fracción, es necesario que las partes involucradas en la operación pertenezcan al mismo grupo de interés económico. Asimismo, se requiere que ningún agente económico que no pertenezca a ese grupo participe en la operación.

“II. Cuando el titular de acciones, partes sociales o unidades de participación incremente su participación relativa en el capital social de una sociedad en la que tenga el control de la misma desde su constitución o inicio de operaciones, o bien, cuando el Pleno haya autorizado la adquisición de dicho control y posteriormente incremente su participación relativa en el capital social de la referida sociedad;”

En este caso, la persona o personas que tienen el control en una sociedad, aumentan su participación sin que el control de la sociedad se modifique. Conforme al artículo 25 de las Disposiciones Regulatorias, cuando un agente económico sea propietario y poseedor directo o indirecto, desde su constitución o desde que la Comisión lo hubiera autorizado del 95% o más de las acciones o partes sociales de los agentes involucrados en una concentración, no es necesario notificar la operación.

Conforme a lo señalado en el artículo referido de las Disposiciones Regulatorias, el supuesto anterior no será aplicable si dentro del 5% restante, alguno o algunos de los accionistas o propietarios de partes sociales, cuentan con derechos corporativos que les permitan designar consejeros o administradores o influir significativamente en los órganos de decisión de las sociedades involucradas en la operación.

“III. Cuando se trate de la constitución de fideicomisos de administración, garantía o de cualquier otra clase en la que un Agente Económico aporte sus activos, acciones, partes sociales o unidades de participación sin que la finalidad o consecuencia necesaria sea la transferencia de dichos activos, acciones, partes sociales o unidades de participación a una sociedad distinta tanto del fideicomitente como de la institución fiduciaria correspondiente. Sin embargo, en caso de ejecución del fideicomiso de garantía se deberá de notificar si se actualiza alguno de los umbrales referidos en el artículo 86 de esta Ley;”

Este caso aplica a aquellas operaciones en las que un agente económico aporta bienes a un fideicomiso, sin que la finalidad de la aportación sea su transferencia a un agente económico distinto del fideicomitente o el fiduciario.

Esta fracción tiene una excepción. Cuando se trata de fideicomisos de garantía, antes de que ésta se ejecute, deberá evaluarse si se actualiza alguno de los umbrales del artículo 86 de la LFCE.

“IV. Cuando se trate de actos jurídicos sobre acciones, partes sociales o unidades de participación, o bajo contratos de fideicomiso que se verifiquen

en el extranjero relacionadas con sociedades no residentes para efectos fiscales en México, de sociedades extranjeras, siempre que las sociedades involucradas en dichos actos no adquieran el control de sociedades mexicanas, ni acumulen en el territorio nacional acciones, partes sociales, unidades de participación o participación en fideicomisos o activos en general, adicionales a los que, directa o indirectamente, posean antes de la transacción;”

Este supuesto se refiere a operaciones que ocurren en el extranjero, de las cuales no resulta una modificación en la estructura accionaria de alguna sociedad establecida en territorio nacional, ni la acumulación de participación en fideicomisos o una modificación en la tenencia de activos ubicados en México.

“V. Cuando el adquirente sea una sociedad de inversión de renta variable y la operación tenga por objeto la adquisición de acciones, obligaciones, valores, títulos o documentos con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas del capital social de la sociedad de inversión entre el público inversionista, salvo que como resultado o con motivo de las operaciones la sociedad de inversión pueda tener una influencia significativa en las decisiones del Agente Económico concentrado;”

Las sociedades de inversión, conocidas también como fondos, tienen como objeto la adquisición y venta de valores, títulos y documentos con recursos provenientes de la colocación de las acciones representativas de su capital social a través de servicios de intermediación financiera. Estas sociedades forman carteras de valores o portafolios de inversión con los recursos que captan del público. Conforme a la Ley de Fondos de Inversión, existen cuatro tipos de sociedades de inversión: i) de renta variable, ii) en instrumentos de deuda, iii) de capitales, y iv) de objeto limitado.

Los fondos de inversión de renta variable operan con valores, títulos y documentos cuya naturaleza corresponde a acciones y obligaciones representativas de una deuda a cargo de un tercero. El objeto de las sociedades de inversión es, por un lado, realizar ahorro en instrumentos bursátiles y, por el otro, participar en el financiamiento de la planta productiva. En consecuencia, estas sociedades colocan recursos sin que su finalidad sea participar en las decisiones del agente económico adquirido. Sin embargo, en caso de que la sociedad de inversión sí adquiriera influencia en la toma de decisiones, es necesario notificar la concentración.

“VI. En la adquisición de acciones, valores, títulos o documentos representativos del capital social de sociedades o bien cuyo subyacente sean acciones representativas del capital social de personas morales, y que coticen en bolsas de valores en México o en el extranjero, cuando el acto o sucesión de actos no le permitan al comprador ser titular del diez por ciento o más de dichas acciones, obligaciones convertibles en acciones, valores, títulos o documentos y, además, el adquirente no tenga facultades para:

- a) Designar o revocar miembros del consejo de administración, directivos o gerentes de la sociedad emisora;*

- b) *Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, de socios u órganos equivalentes;*
- c) *Mantener la titularidad de derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto del diez por ciento o más del capital social de una persona moral; o*
- d) *Dirigir o influenciar directa o indirectamente la administración, operación, la estrategia o las principales políticas de una persona moral, ya sea a través de la propiedad de valores, por contrato o de cualquier otra forma.”*

Cuando se realizan adquisiciones de acciones o valores de alguna sociedad y el adquirente acumula menos del diez por ciento de esas acciones o valores, no es necesario notificar la operación, salvo que, a pesar de no rebasar ese umbral, el comprador adquiera la capacidad de influir en la toma de decisiones de la sociedad objeto. Los incisos previstos en la fracción VI del artículo 93 establecen las facultades que permitirían al adquirente influir significativamente en la toma de decisiones de la adquirida.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de las Disposiciones Regulatorias, el cálculo del umbral de diez por ciento sobre acciones, valores, títulos o documentos representativos del capital social de empresas que cotizan en bolsas de valores, se debe hacer sobre el total de las acciones emitidas que representan el capital de la sociedad adquirida. Es decir, el cálculo debe de incluir también aquellas acciones que no coticen en bolsa.

“VII. Cuando la adquisición sobre acciones, partes sociales, unidades de participación o fideicomisos sean realizadas por uno o más fondos de inversión con fines meramente especulativos, y que no tengan inversiones en sociedades o activos que participen o sean empleados en el mismo mercado relevante que el Agente Económico concentrado, o”

En estos casos, las adquisiciones se realizan con fines meramente especulativos y no tienen como propósito controlar, administrar o participar en la toma de decisiones de la sociedad.

Las Disposiciones Regulatorias establecen en su artículo 27 que los fondos de inversión con fines meramente especulativos son aquellos que adquieren, en nombre de sus inversionistas o socios con derechos limitados, valores o participación en otros Agentes Económicos con el único fin de obtener rendimientos para sus inversionistas, sin que el fondo de inversión tenga facultades de hecho o derecho, ni la intención de participar, dirigir o influenciar, directa o indirectamente, en la administración, operación, estrategia o las políticas comerciales del Agente Económico objeto de la adquisición.

“VIII. En los demás casos que establezcan las Disposiciones Regulatorias.”

Las Disposiciones Regulatorias no prevén ningún supuesto adicional.

2.2.4. Notificación previa a la realización de la sucesión de actos

El artículo 87 de la Ley especifica que las concentraciones deben ser notificadas antes de que suceda alguno de los hechos siguientes:

"I. El acto jurídico se perfeccione de conformidad con la legislación aplicable o, en su caso, se cumpla la condición suspensiva a la que esté sujeto dicho acto;

II. Se adquiera o se ejerza directa o indirectamente el control de hecho o de derecho sobre otro Agente Económico, o se adquieran de hecho o de derecho activos, participación en fideicomisos, partes sociales o acciones de otro Agente Económico;

III. Se lleve al cabo la firma de un convenio de fusión entre los Agentes Económicos involucrados, o

IV. Tratándose de una sucesión de actos, se perfeccione el último de ellos, por virtud del cual se rebasen los montos establecidos en el artículo anterior."

Con respecto a las operaciones que se hayan realizado en el extranjero, el mismo artículo 87 señala que éstas deberán notificarse antes de que tengan efectos en territorio nacional.

La LFCE señala que los actos que se hayan realizado en contravención al artículo 86, no producirán efectos jurídicos, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil o penal de los agentes económicos y de las personas que ordenaron o coadyuvaron en la ejecución de la concentración, así como de los fedatarios que hayan intervenido en las mismas.

Asimismo, si la notificación se presenta después de que se actualice alguno de los supuestos señalados por el artículo 87 de la LFCE, ésta se considera extemporánea y la COFECE podrá imponer las sanciones señaladas en las fracciones II y VIII del artículo 127 de la Ley, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa, civil y penal de los agentes económicos y de las personas que ordenaron o coadyuvaron en la ejecución

El artículo 86 de la Ley dispone que los actos relativos a una concentración no podrán registrarse en los libros corporativos, formalizarse en instrumento público ni inscribirse en el Registro Público de Comercio hasta que se obtenga la autorización de la COFECE o transcurran los plazos que tiene para emitir resolución sin que lo hubiera hecho.

Al respecto, el artículo 127 de la Ley establece una multa hasta por el equivalente a 180 mil veces el SMGVDF a los fedatarios públicos que intervengan en los actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada por la Comisión.

Al respecto, las Disposiciones Regulatorias señalan en su artículo 16, primer párrafo, que los agentes económicos pueden acordar la realización de la operación sujeta a la condición suspensiva de obtener la autorización de la Comisión y deben hacer constar que los actos relativos a la misma no producirán efecto legal alguno hasta que se obtenga la autorización por parte de la Comisión, o que se entienda que no tiene objeción de la misma y se emita constancia.

El artículo 89, fracción III, de la Ley dispone que la notificación deberá contener el

“proyecto de acto jurídico de que se trate”. Por ello, los agentes económicos involucrados no deben esperar a tener contratos definitivos ya firmados para notificar a la COFECE su intención de realizar una concentración. La intención formal de llevar a cabo una operación puede manifestarse en documentos de carácter preliminar, que la COFECE puede usar para iniciar el proceso de evaluación.

En el caso de ofertas públicas, no existe un documento en el que las partes, compradora y vendedora, den constancia de su voluntad de incurrir en una concentración. En estas situaciones, el proyecto de oferta pública da cuenta de la intención de realizar la transacción.

2.2.5. Umbrales monetarios

Además de verificar que la operación tenga efectos en territorio nacional, el elemento detonante de la obligación de notificar es que la transacción actualice alguno de los umbrales monetarios previstos en el artículo 86 de la LFCE. Al respecto, de acuerdo con nuestra Ley y a diferencia de otras jurisdicciones, la obligación de notificar es independiente de las participaciones de mercado que pudieran tener los agentes involucrados en la concentración, así como también de si la operación confiere control o influencia significativa en el agente económico objeto de la adquisición. Nuestro régimen también hace abstracción del tipo de operación y no prejuzga sobre sus efectos en los mercados.

Antes de iniciar el análisis de los umbrales, conviene precisar algunos aspectos señalados en la Ley.

Importe de la operación. Se considera como el valor o precio que paga el adquirente por las empresas, acciones, partes sociales o activos objeto de adquisición, ubicados en México, incluyendo dinero, asunción de pasivos o algún tipo de intercambio accionario o de otros activos. Para operaciones que únicamente involucran activos o sociedades ubicadas en México, normalmente el contrato de compraventa o el instrumento equivalente permite su identificación.

En la práctica, hay algunas operaciones en las que no es fácil determinar el importe para México. Éste pudiera ser el caso de intercambios accionarios, de operaciones internacionales en las que no hay un desglose del valor asignado a los activos ubicados en México o de operaciones en las que no hay un precio definitivo. En estos casos, el análisis se realiza caso por caso.

Por ejemplo, en el caso de los intercambios accionarios, el importe de la operación puede calcularse como el valor que resulta de multiplicar el número de acciones dadas en intercambio por su precio unitario. En el caso de operaciones donde no se establece un importe directo o no hay un intercambio accionario, el importe podría estar representado por el valor contable asignado a la parte fusionada.

Para determinar el importe, debe tomarse en consideración el monto total pagado, independientemente de la manera como se realice —por ejemplo, asunción de deuda o pago de primas— o el momento en que se efectúen los pagos.

Salario Mínimo General Vigente en el Distrito Federal (SMGVDF). En términos del artículo 15, párrafo segundo, de las Disposiciones Regulatorias, para efectos de

notificación en términos del artículo 86 de la LFCE, se debe tomar en cuenta el SMGVDF del día anterior a aquél en que se realice la notificación.

El SMGVDF es publicado en el DOF, previamente a su entrada en vigor. Desde hace varios años, este salario es determinado durante el mes de diciembre previo al año de su entrada en vigor.³

Conversión cambiaria. En algunos casos, las operaciones son pactadas en dólares de los Estados Unidos de América. En este caso, las Disposiciones Regulatorias señalan en el párrafo segundo del artículo 15 que se debe aplicar el tipo de cambio para solventar obligaciones denominadas en moneda extranjera pagaderas en la República Mexicana, publicado por el Banco de México, que resulte más bajo durante los cinco días anteriores a aquel en que se realice la notificación.

Asimismo, en el artículo 15, párrafo tercero, de las Disposiciones Regulatorias se establece que, tratándose de divisas distintas a los dólares de los Estados Unidos de América, se puede utilizar cualquier indicador de tipo de cambio que refleje el valor de la moneda nacional con respecto a la moneda extranjera de que se trate.

Sucesión de actos. La sucesión de actos es la secuencia o serie de actos jurídicos u operaciones que permiten a un agente económico unir empresas, acciones, partes sociales o activos de un mismo agente o grupo de interés económico. La obligación de notificar se produce antes de que la suma de los actos actualice alguna de las tres fracciones que componen el artículo 86 de la Ley. Por ejemplo, es posible que un agente económico realice adquisiciones parciales por montos en lo individual o de manera agregada por debajo de los montos monetarios señalados en el artículo 86 de la LFCE sin que exista obligación de notificar. Dicha obligación se presenta en el momento en que la realización de un nuevo acto, signifique la actualización de los umbrales monetarios, considerando de manera conjunta los diversos actos efectuados.

En algunos casos ha resultado complicado determinar si se está frente a una sucesión de actos. Un aspecto a considerar es que cuando los actos se suceden en lapsos breves, resulta cuestionable suponer que cada uno de estos actos es espontáneo e independiente de los demás. Por otra parte, hay ocasiones en las que los agentes económicos involucrados manifiestan su intención de incurrir en actos sucesivos, por ejemplo, cuando establecen opciones para la adquisición de participación. Para determinar si se está frente a una sucesión de actos, la Comisión considera el contexto de cada concentración y valora elementos como los señalados.

Las operaciones realizadas, no notificadas a la COFECE, con más de diez años de antelación a la notificación o al inicio de una investigación, no podrán ser investigadas ni consideradas como parte de una sucesión de actos.

Valor de los activos. Existen varias maneras de determinar el valor de los activos y que son aceptadas desde los puntos de vista contable y legal. La Comisión puede considerar alguna de las siguientes posibilidades:

- a) Valor total de los activos registrado en el balance general, que forma parte de

³ El importe del SMGVDF vigente y para los últimos años puede ser consultado en la página web de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos: www.conasami.gob.mx.

los estados financieros de las sociedades. Al respecto, la COFECE no ha hecho excepciones entre los rubros que conforman los activos.⁴

- b) Valor comercial de los activos, que puede diferir del valor asignado en libros. En este caso, la Comisión ha considerado que el valor comercial de los activos equivale al precio pagado por ellos en la transacción.⁵

La Comisión ha tomado como referencia para determinar si la operación actualiza alguno de los umbrales para notificar establecidos en el artículo 86 de la LFCE la alternativa que arroja la cifra más elevada.

Valor de las ventas. La LFCE se refiere a las ventas anuales, como uno de los aspectos a analizar para determinar la necesidad de notificar una concentración. Si la sociedad objeto de adquisición se encuentra en territorio nacional, la Comisión toma en cuenta las ventas anuales, correspondientes al total de ventas netas (es decir, ventas totales menos, en su caso, descuentos, rebajas y devoluciones). También ha empleado como concepto análogo el de ingresos, que aparece en el estado de resultados de los estados financieros, cuando éste se refiere a los ingresos que obtiene la empresa por las ventas de los bienes que produce o servicios que ofrece.

Es posible que una sociedad adquirida se encuentre ubicada en un país distinto y que no tenga activos en México. No obstante, puede tener ventas originadas en territorio nacional.⁶ En estos casos, la Comisión analiza si las ventas en territorio nacional son efectuadas directamente por la sociedad o bien a través de terceros, por ejemplo, distribuidores independientes que pueden o no tener algún vínculo contractual o de otro tipo con la sociedad adquirida. Si un distribuidor independiente es quien importa y distribuye el producto en territorio nacional y el distribuidor no forma parte del sistema de distribución constituido por la sociedad adquirida ubicada en el extranjero, no es posible atribuir estas ventas a la adquirida y, por tanto, no son tomadas en cuenta para efectos de definir la obligación de notificar.

El artículo 86 de la LFCE señala lo siguiente:

“Artículo 86. Las siguientes concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo:

I. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, independientemente del lugar de su celebración, importen en el territorio nacional, directa o indirectamente, un monto superior al equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal;

II. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen, impliquen la acumulación del treinta y cinco por ciento o más de los activos o acciones de un Agente Económico, cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional importen más del equivalente a dieciocho millones de veces el salario mínimo diario vigente para el Distrito Federal, o

⁴ Cuando la Ley se refiere a activos, la COFECE considera activos totales.

⁵ Existen otras maneras contablemente válidas para determinar el valor de un activo. Sin embargo, la COFECE solamente utiliza los criterios expuestos, como una manera de dar a los agentes económicos mayor certidumbre metodológica.

⁶ En términos generales, se considera que las ventas originadas en territorio nacional son aquellas cuya facturación se realiza en México.

III. Cuando el acto o sucesión de actos que les den origen impliquen una acumulación en el territorio nacional de activos o capital social superior al equivalente a ocho millones cuatrocientas mil veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal y en la concentración participen dos o más Agentes Económicos cuyas ventas anuales originadas en el territorio nacional o activos en el territorio nacional conjunta o separadamente, importen más de cuarenta y ocho millones de veces el salario mínimo general diario vigente para el Distrito Federal.”

La COFECE analiza los umbrales monetarios contenidos en el artículo 86 de la Ley uno por uno. Basta con que el acto, sucesión de actos o la operación actualice alguna de las tres fracciones del artículo para que los agentes económicos involucrados estén obligados a notificar a la COFECE su intención de realizar la concentración. En el momento en que la Comisión determina que la operación actualiza alguna fracción, detiene el análisis de las demás fracciones, por no ser necesario. Operativamente, la forma de proceder está determinada fundamentalmente por la disponibilidad de información.

En caso de que la Comisión determine que la operación no actualiza ninguna de las tres fracciones del artículo 86, considera que la notificación es presentada de manera voluntaria y procede al análisis de la concentración.

En relación con la fracción I del citado artículo, ésta señala que el importe de la operación en el territorio nacional debe exceder el monto de 18 millones de veces el SMGVDF. Por importe, la Comisión considera el valor o precio pagado por el adquirente, incluyendo dinero, asunción de pasivos o algún tipo de intercambio accionario o de otros activos a pagar por los bienes que son objeto de adquisición y que se encuentran ubicados en territorio nacional.⁷

Para operaciones que involucran activos o sociedades ubicadas en México, normalmente se identifica el importe a través del contrato de compraventa o el instrumento equivalente.⁸ Lo anterior, sin descartar que el importe de la transacción esté representado por la suma de diversos pagos, tácitos o explícitos, que puedan o no estar contenidos en estos instrumentos. Para operaciones internacionales, con frecuencia resulta complejo determinar el importe total de la transacción, pues los agentes económicos involucrados suelen establecer un importe global y no distinguen por país.

En caso de no ser posible obtener una estimación del importe total de la transacción, la Comisión procederá al análisis de la operación en términos de las fracciones II y III del artículo 86 de la Ley.

Respecto de la fracción II del citado artículo, son dos los aspectos a verificar, mismos que deben actualizarse. El primero es si la operación significa la trasmisión de al menos 35% de las acciones, activos o alguna otra forma de participación de un agente económico. El segundo es determinar si el agente objeto de la transacción cuenta con

⁷ La fracción no excluye la posibilidad de adquisición de acciones o partes sociales fuera del país, de un agente económico que tiene activos ubicados en el territorio nacional.

⁸ Como se ha indicado, si bien la compraventa es el acto jurídico más común por el que se realizan este tipo de transacciones, ello no significa que dicho acto jurídico sea el único por el cual se actualicen los supuestos normativos de la LFCE relativos a las concentraciones.

activos en México o si tuvo ventas anuales con origen en México, sin importar el destino, por más de 18 millones de veces el SMGVDF.

En lo concerniente a la fracción III del artículo 86 de la LFCE, se compone de dos partes que deben actualizarse. Según la primera, se requiere una acumulación de activos o capital social, en México, que supere a 8.4 millones de veces el SMGVDF.⁹ En caso de que la adquisición no sea por la totalidad de las acciones, se toma en cuenta únicamente la parte proporcional que será efectivamente adquirida.¹⁰

En cuanto a la segunda parte, se evalúa si los agentes económicos que participan en la operación, que pueden ser el adquirente, el enajenante o el objeto, tienen activos o ventas anuales, considerados de manera separada o conjunta, que superen los 48 millones de SMGVDF. Para efectos de esta fracción, la Comisión toma en consideración las ventas originadas únicamente en territorio nacional o los activos totales ubicados en México.

En el caso de grupos de interés económico, los agentes económicos deben tener cuidado en su análisis cuando las empresas se encuentren consolidadas desde el punto de vista fiscal, para evitar que en la suma de los activos o ventas haya una doble contabilización.

2.2.6. Uso de los estados financieros

Los estados financieros son parte de la información necesaria requerida para el análisis de cualquier concentración y así lo reconoce el artículo 89 de la LFCE. Los estados financieros, principalmente en el balance general y en el estado de resultados, contienen la mayor parte de la información necesaria para determinar el valor de los activos, las ventas o ingresos y el capital social de las empresas involucradas en una concentración, así como las notas a los estados financieros, puesto que son parte integral de todos y cada uno de ellos.

Los estados financieros requeridos son los auditados o dictaminados por contador público autorizado correspondientes al año fiscal inmediato anterior a la notificación de la concentración. En caso de no contar con ellos, se pueden presentar los estados financieros no auditados o dictaminados más recientes, según lo determine la Comisión. Sin embargo, en caso de no contar con estos últimos, el agente económico debe justificar dicha situación y presentar ante la Comisión los estados financieros internos que cumplen con las reglas contables generalmente aceptadas.

Los estados financieros presentados por los promoventes siempre deben especificar en qué moneda (pesos, euros, dólares, etc.), se presentan; así como las unidades (miles, millones, etc.).

2.2.7. Empresas maquiladoras

Las empresas maquiladoras no se encuentran exentas de cumplimiento en materia de notificación de concentraciones. Para ello, se realiza el análisis de actualización de umbrales que prescribe el artículo 86 de la Ley, como en cualquier transacción. Sin embargo, por su naturaleza, las empresas maquiladoras en ocasiones operan con activos

⁹ La Comisión no considera como acumulación, los activos o capital social que ya eran propiedad del adquirente antes de la concentración.

¹⁰ Si la operación significa la adquisición del 30% de las acciones de una sociedad, se toma el valor del 30% de los activos o capital social y se analiza si el valor resultante excede el umbral.

que no necesariamente son de su propiedad ni se encuentran registrados en sus estados financieros como activos propios. Esta situación puede generar incertidumbre a los agentes económicos, sobre la obligación de notificar.

Cuando se trata de operaciones de maquila para exportación en su totalidad y para efectos de la actualización de los umbrales, no se toma en cuenta el valor de activos que están bajo su control pero no pertenecen a la maquiladora ni están registrados contablemente como activos propios.

2.2.8. Intercambios accionarios

En algunas operaciones, la transmisión de acciones de un agente económico (empresa A) se realiza dando como pago cierto monto de acciones al otro agente económico involucrado en la transacción (empresa B), a los accionistas de la empresa A. En esos casos, hay dos actos de concentración de acciones: la adquisición de las acciones de la empresa A por parte de la empresa B y la adquisición de acciones de la empresa B por parte de los accionistas de la empresa A, que es la forma de pagar por la primera operación. Existe la obligación de notificar si alguna de las dos concentraciones actualiza los umbrales del artículo 86 de la LFCE.

Si los dos actos de concentración actualizan los umbrales, sólo es necesaria la presentación de un escrito de notificación en el que se notifiquen ambos actos; los efectos de éstos se analizan de manera conjunta. Esta forma de proceder aplica a situaciones análogas, por ejemplo, intercambio de activos por acciones.

2.2.9. Fideicomisos

La constitución de fideicomisos —de administración, garantía o de cualquier otra clase— en los que un agente económico aporte sus activos, acciones o partes sociales, sin que la finalidad o consecuencia necesaria sea la transferencia de éstos a un agente económico distinto del fideicomitente, no representa una concentración.

Ejemplo de lo anterior sería la constitución de un fideicomiso de garantía, que en términos del artículo 93 de la LFCE no requiere ser notificada. Sin embargo, en caso de que se haga efectiva la garantía, deberá revisarse si existe alguna obligación en términos de los umbrales dispuestos en el artículo 86 de la ley.

En el caso de que los bienes afectados en el fideicomiso sean transferidos a un agente económico distinto del fideicomitente o del fiduciario, deberá evaluarse si la transferencia actualiza alguno de los umbrales del artículo 86 de la Ley. En caso de así ocurrir, los agentes económicos estarán obligados a notificar antes de que surta efectos la transacción.

Es posible que algunos agentes económicos utilicen la figura del fideicomiso para un propósito distinto de los señalados en los párrafos anteriores. En particular, mediante un fideicomiso puede establecerse una relación de negocios que permita la combinación de activos de dos o más agentes económicos con un propósito productivo. En esos casos, puede ocurrir que la figura del fideicomiso sea la forma que adopta una asociación entre agentes económicos que, previo a la constitución del fideicomiso, actúan como agentes económicos independientes. En casos que pudieran encuadrarse en estos supuestos, probablemente se estaría en presencia de una concentración que podría ser obligatoriamente notificable, de acuerdo con el artículo 86 de la Ley.

Por ejemplo, si dos grupos manejan y son propietarios de instalaciones hoteleras y deciden amalgamarlas para la operación conjunta mediante un fideicomiso, se estaría en una situación de concentración.

Existen ocasiones en las que una adquisición de activos por parte de un fideicomiso es obligatoriamente notificable, debido a que el valor de los activos que constituyen el patrimonio del fideicomiso que adquiere actualiza los umbrales establecidos en el artículo 86 de la LFCE, aunque los activos fideicomitados sean relativamente pequeños.

2.2.10. Ampliaciones o reducciones de capital

Las aportaciones o reducciones de capital realizadas por los actuales socios de una empresa no se consideran como concentración para efectos de lo dispuesto por el artículo 61 de la LFCE, en tanto no se modifique la composición accionaria entre los socios. Si las aportaciones o reducciones conllevan alguna modificación en dichos porcentajes de participación accionaria, entonces deberá realizarse el análisis en términos del artículo 86 de la LFCE.

2.2.11. Adquisiciones accionarias en el mercado de valores

Las adquisiciones accionarias realizadas en el mercado de valores no se encuentran exentas de la aplicación de las disposiciones en materia de concentraciones contenidas en la LFCE, salvo en aquellos casos señalados en su artículo 93. De esta forma, los compradores deben prever la posibilidad de que estén obligados a notificar antes de la realización de la transacción. Debido a que el valor de mercado de las acciones de una compañía puede tener fluctuaciones significativas dependiendo del momento económico, es posible que al realizar una operación exista una subvaluación que indique que no se encuentra dentro de los supuestos del artículo 86 de la Ley. Sin embargo, es importante tener en cuenta que los compradores deben verificar también el valor de los activos reportado en los estados financieros. Así, los compradores deben analizar la posible obligación de notificar tomando en cuenta valores de mercado y valores en libros y, a partir del valor más alto que resulte, determinar si existe una obligación de notificar.

2.2.12. Adquisición de ADRs

Los ADRs son instrumentos de inversión que permiten a inversionistas de los Estados Unidos de América invertir fuera de su país. Son certificados que representan la propiedad sobre acciones o bonos de una empresa no estadounidense. La emisión de los ADRs se hace con el respaldo de acciones que están en custodia en el país donde se encuentra ubicada la empresa emisora de las acciones. Una vez emitidos, los ADRs podrían ser objeto de transacción en los mercados de valores de los Estados Unidos de América. Los ADRs se pueden convertir en las acciones originales (o subyacentes) en cualquier momento, a solicitud del titular.

Los ADRs permiten a sus tenedores tener derecho a una parte de las utilidades que genera la empresa no estadounidense. Por sí mismos, no representan una forma directa de participación en el capital social de la empresa no estadounidense.

En tanto la tenencia de ADRs ofrece la opción de conversión en acciones, al igual que en el caso de otros instrumentos financieros que también ofrecen dicha opción, como

por ejemplo, algunos créditos y fideicomisos de garantía, se considera que es en el momento de la conversión que se configura el acto de concentración y, por tanto, es entonces que se evalúa la posible obligación de notificar.

También es posible establecer que existe la obligación de notificar, si el propósito del tenedor es ejercer directa o indirectamente el voto o bien si la tenencia de ADRs es utilizada para participar en asambleas de accionistas, nombrar a miembros del consejo de administración o incidir en las decisiones estratégicas de la sociedad.

2.2.13. Adquisiciones hostiles

Las concentraciones en las cuales la operación se realiza sin el consentimiento de la parte adquirida no se encuentran exentas del requisito de notificación. Sin embargo, por la naturaleza del acto, hay información que el comprador no puede proveer a la COFECE.

En consecuencia, la Comisión ha considerado justificado que en el caso de una adquisición hostil, únicamente notifique la parte compradora, quien debe acreditar y argumentar que existe la imposibilidad de hecho para que comparezcan como notificantes la vendedora o la adquirida.

En estos casos, la compradora deberá presentar la mayor información posible sobre la adquirida y las actividades que ésta desarrolla, en el entendido de que hay información interna de la adquirida a la cual la compradora no tiene acceso.

2.3. Empresas con situación económica precaria

La LFCE no prevé mecanismos específicos para la tramitación de notificaciones en las que la parte adquirida se encuentra en situación económica precaria y la operación podría dar lugar a una concentración significativa del mercado.

Sin embargo y sin prejuzgar, en caso de que una empresa caiga en esta situación, debe proporcionar información sobre el deterioro financiero que impida a la empresa hacer frente a sus compromisos financieros, el riesgo de salida inminente de la empresa y sus activos del mercado y demostrar los esfuerzos de buena fe que ha efectuado para transmitir los activos o acciones.

2.4. Presentación de la notificación

2.4.1. Sujetos que deben presentar la notificación

El artículo 88 de la Ley obliga a que la notificación sea presentada por los agentes económicos que participen directamente en la misma.

Existen distintos tipos de concentraciones. La determinación de los agentes económicos que participan directamente en una concentración depende del tipo de operación. No obstante, la Comisión ha tomado como base el proyecto del acto jurídico mediante el cual se llevará a cabo la operación para determinar los agentes económicos directamente involucrados. En específico, se ha considerado como directamente involucrados a aquellos agentes económicos que firman el contrato, salvo aquellas personas que comparecen al acto para otros fines.

Cuando se trata de una transmisión de acciones, activos, partes sociales, participación en fideicomisos o la adquisición del control, la Comisión considera como participantes directos a quien adquiere y a quien transmite sus derechos y obligaciones. En este sentido, son ellos quienes están obligados a notificar la operación.

En el caso de las fusiones, los agentes económicos que participan directamente son la fusionada y la fusionante.

Sin embargo, el artículo 88 de la LFCE establece dos casos de excepción: 1) Cuando la primera cuando exista una imposibilidad jurídica o de hecho, acreditada y justificada ante la Comisión. En este sentido, el agente económico que notifique está obligado a demostrar en su escrito de notificación la causa que provocó la imposibilidad jurídica o de hecho para que alguno de los agentes económicos directamente involucrados en la operación no la hubiera notificado ante la Comisión, de conformidad con lo señalado en el artículo 19 de las Disposiciones Regulatorias; o 2) segunda en el caso del procedimiento simplificado. En estos casos, se permite que la notificación sea efectuada por el fusionante, quien pretende adquirir el control de las sociedades o asociaciones, o el que pretenda realizar el acto o producir el efecto de acumular las acciones, partes sociales, participación en fideicomisos o activos objeto de la transacción —es decir, la parte compradora. En ningún caso, la Comisión acepta una notificación cuando no acude al menos el comprador.

En el caso de ofertas públicas de adquisición o en transacciones a realizarse en el mercado de valores, resulta impráctico y a veces imposible identificar la identidad de los posibles vendedores. En este caso, normalmente se permite que la notificación la presente solo el posible comprador.

Asimismo, existen casos en donde concurren multitud de agentes económicos como accionistas de la parte vendedora o el objeto. En estos casos, es razonable que comparezcan a la notificación los accionistas o sociedades que, en su conjunto, detentan el control del objeto, demostrando cuál fue la imposibilidad jurídica o de hecho para que lo hagan los directamente involucrados en la operación.

Las Disposiciones Regulatorias, en su artículo 20, establecen otra excepción. Cuando la concentración involucra varias adquirentes que pertenezcan a un mismo grupo de interés económico, es posible que presenten la notificación aquella o aquellas personas o sociedades que controlen al grupo, siempre y cuando se demuestre la imposibilidad jurídica o de hecho para que lo hagan los directamente involucrados en la operación.

Finalmente, la parte adquirente podrá notificar quien esté directamente relacionada con la transacción o su controladora directa o indirecta, cuando medie alguna justificación. Sin embargo, en ningún caso se permite que la notificación, por la parte de quien transmite sus derechos y obligaciones, la efectúe una empresa subsidiaria o afiliada de la adquirente directa que no esté relacionada con la operación.

2.4.2. Momento de la notificación

Como ha sido señalado, el artículo 86 de la LFCE obliga a que aquellas concentraciones que se encuentran bajo alguno de los supuestos de las tres fracciones que componen el artículo deben ser notificadas y autorizadas por la COFECE antes de ser efectuadas.

También ha sido señalado que no es necesario esperar a contar con un contrato o proyecto de acto definitivo para notificar. Sin embargo, sí es necesario contar con los elementos básicos para definir la operación que se pretende realizar, es decir, deben estar identificados el objeto de la operación, los sujetos que deben presentar la notificación (comúnmente vendedores y compradores) y los posibles vehículos para realizar la adquisición, cuando esto último se encuentre definido, así como cualquier cláusula por la que las partes se obliguen a no competir.

2.4.3. Plazos establecidos en ley

Todas las referencias de plazos contemplados para el desahogo de los procedimientos de concentraciones se encuentran en días hábiles, en términos de lo señalado por el artículo 114 de la LFCE. Cuando los plazos se establecen en meses o años calendario, el cómputo se hace de fecha a fecha e incluye días inhábiles.

2.4.4. Lugar de notificación y presentación de promociones

La notificación de concentración, así como toda la información relacionada, debe ser presentada en la Oficialía de Partes de la Comisión. En términos del artículo 116 de la LFCE, las promociones y documentos deben presentarse únicamente en la Oficialía de Partes de la Comisión, dentro del calendario y horario que publique la Comisión. Este calendario y horario se publica anualmente en el DOF y está disponible en el sitio de Internet de la Comisión.

El citado artículo 116 también permite presentar promociones el día de su vencimiento después de concluido el horario en que la Oficialía de Partes de la Comisión debe recibir documentos, por transmisión electrónica, a las direcciones de correo electrónico que para tal efecto publica la Comisión en el sitio de Internet señalado previamente.

En este caso, el sistema debe generar el acuse de recibo que corresponda. Las promociones y documentos presentados de esta manera solo son admisibles siempre y cuando la promoción, sus anexos originales y el acuse de recibo de la transmisión electrónica, sean presentados en la Oficialía de Partes de la propia Comisión al día hábil siguiente de haberse efectuado la transmisión. En este caso, es suficiente que la transmisión electrónica contenga la promoción firmada y una lista detallada de los anexos. En caso de que los términos de las promociones y documentos presentados por transmisión electrónica difieran del presentado en la Oficialía de Partes de la Comisión, se tendrán por no presentados.

Asimismo, tanto la LFCE, en su artículo 118, como las Disposiciones Regulatorias, en su artículo 154, establecen que cualquier procedimiento establecido en la LFCE se podrá sustanciar a través de medios electrónicos. Para ello, el Pleno emitirá, en su momento, los términos y condiciones de operación de estos medios.

2.4.5. Información para tramitar la notificación por tipo de procedimiento

La LFCE contempla dos procedimientos para el análisis de concentraciones. El primero, establecido en el artículo 90 de la Ley, que para efectos prácticos se conoce como el procedimiento normal, es aplicado a situaciones en las cuales la Comisión requiere hacer

un análisis, aunque sea mínimo, de las posibles afectaciones a los mercados.

En este caso, los agentes deben presentar información que permita a la Comisión evaluar los posibles efectos de la concentración, incluyendo información para la determinación de la naturaleza del producto, la dimensión geográfica del mercado, las participaciones de los competidores en el mercado, eentre otros. Todo lo cual dependerá de un análisis caso por caso. Además, el procedimiento prevé la posibilidad de que la Comisión requiera información más detallada a los promoventes y a otros agentes económicos y autoridades, principalmente para determinar las repercusiones de la posible concentración sobre la competencia y libre concurrencia.

El otro procedimiento, previsto en el artículo 92 de la LFCE, fue conocido en la práctica como procedimiento simplificado y actualmente aplica a situaciones en las cuales, de acuerdo al precepto señalado, resulta notorio que la transacción no tiene como objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la libre concurrencia y la competencia económica. Corresponde a los particulares solicitar se tramite este tipo de procedimiento y aportar los elementos para sustentar la posible notoriedad, en caso contrario, se tramitará conforme al procedimiento normal.

2.4.6. Información sobre autorizaciones en otras jurisdicciones y otras autoridades en México

En operaciones internacionales o en aquellas cuyos mercados relevantes puedan tener un carácter internacional, resulta de utilidad para la Comisión conocer si la transacción debe ser analizada y autorizada por autoridades de competencia de otros países. De igual manera, resulta útil que los notificantes informen sobre el estado que guarden los trámites que realicen para la obtención de las autorizaciones mencionadas y sobre los posibles condicionamientos a los que quede sujeta la autorización, incluyendo su alcance en términos de productos, territorio y repercusiones para los mercados en México.

Asimismo, puede ser pertinente que los notificantes informen sobre otras autorizaciones que deban obtener en México, en particular en transacciones relacionadas con mercados sujetos a algún tipo de regulación.

2.4.7. Declaración bajo protesta de conducirse con la verdad

Los notificantes, así como aquellos agentes económicos a quien la Comisión solicite información, tienen la obligación de conducirse con la verdad. El artículo 127, fracción III, de la LFCE establece sanción hasta por el equivalente a 175 mil veces el SMGVDF por haber declarado falsamente o entregado información falsa a la Comisión, con independencia de la responsabilidad penal en que se incurra.

En este contexto, los notificantes deben hacer un ejercicio exhaustivo, antes de presentar su escrito de notificación, a fin de que identifiquen toda la información y documentación a que se refieren las fracciones del artículo 89 de la LFCE.

2.4.8. Confidencialidad

De conformidad con los artículos 124 y 125 de la LFCE, la información y los documentos que la Comisión haya obtenido directamente en la realización de sus

investigaciones y diligencias de verificación es reservada, confidencial o pública.

Los servidores públicos estarán sujetos a responsabilidad en los casos de divulgación indebida de la información que les sea presentada. Cuando medie orden de autoridad competente para presentar información, la Comisión deberá indicar a dicha autoridad que ésta última deberá dictar las medidas que sean conducentes para salvaguardar la información que se le entregó en los términos de la normativa aplicable.

Solo los agentes con interés jurídico en los expedientes tienen acceso a los mismos.

En términos del artículo 3, fracción XI, de la LFCE, la información reservada es aquella a la que solo los agentes económicos con interés jurídico en el procedimiento pueden tener acceso. En el caso de las concentraciones, los agentes con interés jurídico son aquellos que presentan formalmente la notificación.

Por su parte, la información confidencial es aquella que, de divulgarse, puede causar un daño o perjuicio en la posición competitiva de quien la haya proporcionado, contenga datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo su seguridad o cuando por disposición legal se prohíba su divulgación.

Para clasificar la información como confidencial, los notificantes deberán precisar la información que deberá ser considerada como confidencial y acreditar que tenga tal carácter.

En este caso, deberán presentar el resumen correspondiente, a satisfacción de la Comisión, para que sea glosado al expediente, o bien esgrimir las razones por las que no es factible elaborar el resumen o bien, podrá hacer el resumen correspondiente.

En específico, deben argumentar qué información en particular es confidencial, cuál es el daño o perjuicio que se causaría a la posición competitiva de la sociedad en caso de hacerse del conocimiento de los demás agentes económicos, cuáles son los datos personales cuya difusión requiera su consentimiento, pueda poner en riesgo la seguridad de su titular, o bien la disposición legal que prohíba su divulgación. Esto debe hacerse con la mayor precisión posible, por cada párrafo que contengan los escritos o cada uno de sus anexos. En este sentido, los promoventes deberán evitar hacer señalamientos generales y vagos sobre la confidencialidad de la totalidad de la información presentada.

Por su parte, la información pública es la que se haya dado a conocer por cualquier medio de difusión público, o se encuentra en registros o en fuentes de acceso públicos.

Es muy común que los notificantes soliciten a la Comisión que considere los documentos inscritos en algún Registro Público —relacionados con el otorgamiento de facultades de representación de las empresas, las escrituras constitutivas, la reforma o compulsas de los estatutos, etc. — como información confidencial. Sin embargo, estos instrumentos pueden ser obtenidos a través del Registro Público correspondiente, por lo se trata de información pública. Por ello, la Comisión ha rechazado este tipo de solicitudes.

Asimismo, los promoventes suelen solicitar la confidencialidad de los condicionamientos que fueron necesarios para la aprobación de la concentración. Al respecto, la Comisión ha considerado como reservadas únicamente aquellas condiciones

en las que los agentes económicos demuestran que, en caso de hacerse públicas, podrían poner en riesgo la operación o la posición competitiva de la empresa o empresas. En este caso, una vez que se completa el cumplimiento de las condiciones, se hace una revisión de la información clasificada y se libera aquella que ya no es necesario proteger por haber concluido el proceso de cumplimiento.

En cada caso en particular, la COFECÉ determinará la clasificación de acuerdo a la LFCE y la normatividad aplicable en materia de transparencia y acceso a la información, así como a la de protección de datos personales.

Para mayor información los notificantes podrán consultar el sitio de Internet de la COFECÉ, donde se encuentra la normatividad que resulta aplicable a la Comisión en relación a este tema.

2.4.9. Idioma y traducciones

El artículo 112 de la LFCE señala que las actuaciones y documentos se deben presentar en idioma español. El promovente puede presentar documentos en idioma distinto al español, pero debe acompañar la traducción elaborada por perito traductor de los aspectos que estime relevantes, sin perjuicio de que la Comisión pueda solicitar al promovente se amplíe o se realice en su totalidad la traducción, cuando lo considere pertinente.

Por economía procedimental y a fin de no generar costos excesivos para los notificantes, en materia de concentraciones la Comisión sigue la política de solo requerir traducciones de partes fundamentales de los documentos, salvo que en casos especiales solicite la traducción de documentos completos.

En esta materia, los documentos que típicamente se presentan en inglés son el contrato de la operación, los estados financieros y las actas constitutivas o estatutos sociales. En el caso de los estatutos sociales o actas constitutivas de las empresas, pueden traducirse aspectos como el lugar y la fecha de constitución, domicilio, objeto o naturaleza del negocio, vigencia, cuestiones sobre gobierno corporativo y nombramiento de consejeros. Lo anterior, sin menoscabo de que se puedan solicitar traducciones íntegras de los documentos.

En el caso de los estados financieros, en una primera instancia bastará que se traduzcan aspectos como unidad monetaria, periodo contable, utilidad, ventas, capital social, activos y aspectos relevantes de las notas.

En el caso del contrato, en una primera instancia bastará que se presente la traducción de las secciones que describan la operación, los términos relevantes o definiciones del contrato (típicamente descritos al inicio del contrato), cláusulas de no competencia o similares, objeto de la operación (en caso de estar contenido en el contrato), las condiciones suspensivas a las que está sujeto el contrato y el precio o monto de la transacción.

Las Disposiciones Regulatorias señalan en el artículo 39 que es perito traductor quien acredite, con documento idóneo, el conocimiento técnico del idioma de que se trate.

3. Tipos de procedimientos

3.1. Procedimiento normal (artículo 90 de la LFCE).

El artículo 89 de la LFCE señala que la notificación de concentración debe contener:

“I. Nombre, denominación o razón social de los Agentes Económicos que notifican la concentración y de aquéllos que participan en ella directa e indirectamente;”

Como se señaló en la sección 3.4.1, los agentes económicos que participan directamente en una operación son quienes están obligados a notificarla. Cuando se trata de una compra - venta, se considera como participantes directos al comprador y al vendedor. En el caso de las fusiones, los agentes económicos que participan directamente son fusionada y fusionante (sin que estos casos sean los únicos en los que exista la obligación de notificarlos conforme a la normativa aplicable).

La determinación de los agentes económicos que participan indirectamente en una operación debe realizarse caso por caso y no existe una regla general que aplique a todos los asuntos. No obstante, puede considerarse que participan indirectamente en una operación aquellos agentes económicos que formen parte del grupo de interés económico del comprador y el vendedor (incluido el objeto), conforme a lo señalado en la sección 2.4, y hayan sido identificados en el análisis previsto en la fracción VIII del artículo 89 de la LFCE. Lo mismo aplica en el caso de fusionada y fusionante.

La fracción II del mismo artículo dispone que la notificación debe contener:

“II. En su caso, nombre del representante legal y el documento o instrumento que contenga las facultades de representación de conformidad con las formalidades establecidas en la legislación aplicable. Nombre del representante común y domicilio para oír y recibir notificaciones y personas autorizadas, así como los datos que permitan su pronta localización;”

Los agentes económicos, tanto personas físicas como morales, pueden hacerse representar por un representante legal en términos de lo dispuesto por el Código Civil Federal y sus correlativos en cada entidad de la República.

De acuerdo a lo establecido en el último párrafo del artículo 89 de la LFCE, la representación de los agentes económicos ante la Comisión debe acreditarse mediante testimonio notarial o copia certificada del documento o instrumento que contenga las facultades para ello. En términos generales, éste es el único documento que es requerido en original o copia certificada para la tramitación de una notificación de concentración.

Para el otorgamiento de los poderes de representación es necesario cumplir con ciertos requisitos. Algunos aplican de manera general y otros dependerán del lugar donde fueron otorgados, así como del lugar donde se desea que surtan efectos.

El poder otorgado puede ser general o especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2553 y 2554 del Código Civil Federal. Para una notificación de concentración

bastará con que el poder sea general para pleitos y cobranzas.

Para los poderes que se otorguen bajo la fe pública de un fedatario público en México, será deseable que los mismos cumplan con lo siguiente:

- El fedatario deberá manifestar que la persona que comparece tiene capacidad legal para su otorgamiento y, en su caso, manifestar la existencia legal actual de la persona moral de que se trata;
- El fedatario deberá expresar fechas de emisión y origen del poder; y
- El fedatario deberá mencionar si se trata de un poder general o especial.

En el caso de poderes otorgados en el extranjero, deberán presentarse en español o traducidos al español por perito traductor. En los casos en los que sea posible, los poderes deberán observar ciertas normas de carácter internacional, como los siguientes tratados y/o convenciones internacionales, según sea el caso que aplique:

- Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes (conocido también como Protocolo de Washington).
- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero.
- Convención de La Haya por la que se suprime el requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (conocida también como Convención de la Apostilla).

En caso de que el país donde se otorga el poder no estuviere incluido en los dos primeros tratados internacionales señalados, bastará con que el mismo sea otorgado ante un notario o fedatario público, se encuentre legalizado o apostillado e incluya su debida traducción por perito traductor al español o se encuentre en dicho idioma.

La legalización de los poderes aplica para el caso de los países que no se hayan adherido a la Convención de la Haya, para lo cual deberán presentar poderes debidamente legalizados, en términos del Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano (artículos 83 y 84) y el Código Federal de Procedimientos Civiles (artículo 130).

Respecto de los poderes otorgados en el extranjero, no es necesario que se presenten protocolizados ante fedatario público en México.

Para la representación común, en términos del artículo 88 de la LFCE y 5 del Código Federal de Procedimientos Civiles, de aplicación supletoria a la LFCE, deberá designarse a una sola persona. En caso de que las partes nombren a más de un representante común, la Comisión lo nombrará de oficio, salvo que éstas presenten una causa justificada. Por ejemplo, lo anterior no aplica en el caso en que, de manera justificada, la Comisión acepte que solo notifique la parte adquirente.¹¹

Asimismo, en términos de la fracción II, las partes deben señalar a personas autorizadas comunes para oír y recibir notificaciones. Esto facilita el proceso de notificación de los

¹¹ De acuerdo con el artículo 5 del Código Federal de Procedimientos Civiles, el representante común es uno de los interesados. Por ello, puede tratarse de una persona física o moral. Los notificantes pueden nombrar directamente a una persona física como representante común. Si los notificantes nombran a una persona moral como representante común, la Comisión entiende que el representante común es el representante legal de la persona moral designada.

requerimientos de información o las resoluciones.

El representante común también podrá designar a personas autorizadas en términos del artículo 89, fracciones II y III de la LFCE. Por lo que toda notificación que se practique al representante común o a las personas que éste autorice se entenderán válidas para sus representadas. Lo anterior, conforme lo señala el artículo 17 de las Disposiciones Regulatorias.

Los agentes económicos o su representante legal pueden designar personas autorizadas en términos del artículo 111, párrafos segundo y tercero de la Ley.¹²

Finalmente, y de conformidad con el artículo 117 de la Ley, es importante que las partes señalen un solo domicilio para oír y recibir todo tipo de notificaciones, en el Distrito Federal, con el fin de agilizar el procedimiento.

La fracción III señala que la notificación debe contener:

“Descripción de la concentración, tipo de operación y proyecto del acto jurídico de que se trate, así como proyecto de las cláusulas por virtud de las cuales se obligan a no competir en caso de existir y las razones por las que se estipulan”

Los notificantes deben describir la operación de manera clara. Por tipo de operación, deben identificar si se trata de una concentración horizontal (entre competidores), vertical (relación entre productor-distribuidor o productor de insumo-consumidor del mismo), entre empresas ubicadas en mercados relacionados o bien una diversificación de conglomerado.

Por otra parte, deberán entregar copia del proyecto de acto jurídico o actos jurídicos que vayan a sustentar la transacción, pudiendo ser, entre otros, el contrato, carta de intención o prospecto de colocación. En caso de no contar con contrato definitivo o documento equivalente deberán de declarar qué es lo que harán.

Asimismo deberán, al menos, presentar el proyecto de cláusula de no competir, en caso de que las partes consideren pactar alguna. La LFCE no exige el texto final de la posible cláusula. Sin embargo, los notificantes deberán aportar una descripción de la misma, en la que se detallen todos sus elementos:

- Razones para establecerla;
- Agentes económicos obligados;
- Productos o servicios considerados;
- Duración; y
- Cobertura geográfica.

Por otra parte, deberán proporcionar una justificación de cada uno de los elementos que componen la cláusula. En esta justificación los promoventes deberán exponer los argumentos por los cuales consideran que la cláusula es necesaria para proteger la

¹² Sin menoscabo de lo señalado, quienes tengan interés jurídico en la notificación de concentración podrán consultar el expediente y utilizar cualquier medio de reproducción para obtener copias de los documentos que obren en el mismo, de conformidad con las formalidades que establece el artículo 43 de las Disposiciones Regulatorias.

realización de la concentración.

Comúnmente, se ha considerado que están justificadas en términos de competencia económica las cláusulas que cumplen con lo siguiente:

- **Sujetos de aplicación en México.** Están justificadas las cláusulas que aplican al grupo económico vendedor, que es quien transfiere los activos y quien podría aprovechar su conocimiento del mercado y de la tecnología, afectando la transferencia eficiente de los activos.

En el caso de las coinversiones, las restricciones pueden aplicar también al grupo económico comprador, ya que el buen desempeño de la coinversión depende de que los socios tengan incentivos a hacer su mejor esfuerzo en el desarrollo del negocio.

- **Duración en México.** La Comisión ha considerado que tres años es un plazo suficiente para proteger la transacción. No obstante, en casos excepcionales y debidamente justificados por las partes, se aceptan períodos de hasta cinco años cuando el comprador no tenga experiencia en el negocio adquirido y existan activos intangibles que requieren protegerse con esa duración.

En casos de coinversiones, la Comisión ha aceptado que la obligación de no competir aplique a los socios durante todo el tiempo en que se mantengan como inversionistas, seguido de un plazo en los términos antes señalados cuando dejan de participar en la sociedad.

- **Cobertura por producto en México.** Las cláusulas han sido aceptadas cuando los productos comprendidos en la restricción son únicamente aquellos que eran ya producidos con los activos objeto de la transacción y con anticipación a ésta. Las cláusulas también podrán incluir productos que se encuentren en una etapa avanzada de desarrollo.

En casos excepcionales y debidamente justificados por las partes, la Comisión también ha aceptado cláusulas que incluyen productos o servicios que son sustitutos o potenciales sustitutos de los productos que ya eran producidos u ofrecidos con los activos objeto de la transacción.

En el caso de las coinversiones, la Comisión ha aceptado cláusulas que incluyen también aquellos servicios o productos que se desarrollen durante el tiempo en que los accionistas sigan siendo socios en la coinversión.

Existen operaciones que se llevan a cabo a nivel internacional e involucran productos fabricados en múltiples jurisdicciones, cuya dimensión geográfica es mundial (por ejemplo, algunos productos manufacturados). En estos casos, la COFECE ha aceptado cláusulas de no competencia generales, negociadas a nivel

global, que incluyen la totalidad de los productos involucrados en la operación, aunque en México las actividades de la vendedora se limiten sólo a algunos de esos productos.

- **Cobertura geográfica en México.** Las cláusulas han sido aceptadas cuando abarcan, a lo sumo, el territorio atendido por los activos objeto de adquisición de forma previa a la operación. Las cláusulas también podrán incluir regiones en las que el vendedor tenga planes avanzados de expansión, por ejemplo en casos en los que ya haya realizado inversiones.

En el caso de las coinversiones, las cláusulas también pueden incluir regiones geográficas que la coinversión tenga planeado atender.

La fracción IV requiere que se presente la siguiente información:

“IV. Documentación e información que expliquen el objetivo y motivo de la concentración;”

Los promoventes deberán explicar los objetivos de la operación.

Asimismo, la LFCE es muy clara al señalar que también se requiere “documentación” que explique el objetivo y motivo de la concentración. Esto debe entenderse como documentos producidos internamente por las partes para tomar sus decisiones individuales, en el marco de la negociación, así como los que se hayan intercambiado dentro del marco de la negociación.

No obstante, cuando los agentes económicos no cuenten con algún tipo de documentación que acredite el objetivo de la operación, deberán de manifestarlo de esa forma bajo protesta de decir verdad.

La fracción V señala:

“V. La escritura constitutiva y sus reformas o compulsas, en su caso, de los estatutos de los Agentes Económicos involucrados;”

Esta fracción requiere que se presente alguno de los siguientes documentos:

- Escritura constitutiva y sus reformas a los estatutos sociales, o
- Compulsa de los estatutos sociales.

La documentación debe ser presentada en copia simple legible.

En términos del comprador, es necesario que se presente esta documentación respecto de la empresa objeto, así como la de las empresas que formen parte de su grupo de interés económico (hacia los niveles inferiores de su tenencia accionaria), conforme a la sección 2.4.

Respecto del vendedor, en el caso de una compra venta en la que enajene la totalidad de su participación y no permanezca como co-inversionista, sólo será necesario que se

presente la documentación del vendedor directo.

En el caso del comprador, deberá presentarse la documentación de aquellos agentes económicos que formen parte de su grupo de interés económico, como se señaló en la sección 2.4, y hayan sido identificados en el análisis previsto en la fracción VIII del artículo 89 de la LFCE (hacia los niveles superiores e inferiores de la tenencia accionaria). Lo mismo aplica para el vendedor, en caso de que permanezca como socio o adquiera acciones del comprador.

Por último, cuando existan varias reformas a los estatutos sociales que se refieran únicamente a aumentos en el capital social, bastará con que se presente la última modificación a los mismos.

La fracción VI dispone:

"VI. Los estados financieros del ejercicio inmediato anterior de los Agentes Económicos involucrados;"

Los agentes económicos deberán proporcionar los estados financieros auditados o dictaminados por contador público autorizado correspondientes al año fiscal inmediato anterior a la notificación de la concentración, incluyendo las notas. En caso de que los notificantes no cuenten con ellos, lo cual ocurre normalmente cuando la notificación es presentada durante el primer trimestre del año, se podrán utilizar los estados financieros auditados o dictaminados de dos años antes o bien los estados financieros no auditados o dictaminados más recientes. Finalmente, en casos justificados pueden emplearse estados financieros internos que cumplan con las reglas contables generalmente aceptadas.

Deberán presentarse los estados financieros de las mismas empresas identificadas en la fracción I anterior.

De acuerdo con la fracción VII, es necesario que los notificantes presenten:

"VII. Descripción de la estructura del capital social de los Agentes Económicos involucrados en la concentración, sean sociedades mexicanas o extranjeras, identificando la participación de cada socio o accionista directo e indirecto, antes y después de la concentración, y de las personas que tienen y tendrán el control;"

Es deseable que los notificantes entreguen algún tipo de certificación formal de la manera en que se encuentra distribuido el capital social de las sociedades entre los distintos inversionistas directos e indirectos. Sin embargo, la certificación no es imprescindible, pues la LFCE permite entregar solo una descripción. Ésta puede ser simplemente un diagrama que refleje las diversas relaciones accionarias entre las empresas y que señale los porcentajes de tenencia, en el entendido de que los notificantes están obligados a declarar la verdad. En casos en que la Comisión lo estime necesario, podrá solicitar las certificaciones correspondientes.

Para la Comisión resulta esencial conocer la identidad de los accionistas directos o indirectos en quienes recae el control de las sociedades involucradas en la concentración o que pudieran tener alguna influencia relevante o significativa en el manejo de las

sociedades. De esta manera, los promoventes deberán entregar la información que permita conocer la estructura de los grupos económicos en todos los niveles superiores a la tenencia accionaria directa. Es deseable que los promoventes identifiquen al menos a los accionistas que, en última instancia, detentan participaciones accionarias de 5% o más.

De la misma manera, es necesario que los notificantes informen con el mayor detalle posible sobre la estructura accionaria directa e indirecta que tendrá la sociedad adquirida, o bien detallar en quién recaerá directa o indirectamente la propiedad de los activos adquiridos, una vez realizada la concentración.

En específico, los agentes económicos deben presentar la estructura corporativa de la parte adquirente, hasta llegar a un nivel en el que se identifique a los propietarios o controladores en última instancia. Lo mismo aplica en el caso en que la parte que transmite derechos y obligaciones permanezca como socia o accionista del adquirente.

En ocasiones, los notificantes no pueden informar con precisión cuál será la estructura accionaria final una vez realizada la concentración. De ser así, pueden señalarlo y deberán informar sobre la estructura definitiva en el momento en que presenten a la Comisión la información para acreditar el cierre de la concentración. Sin embargo, los notificantes deberán cuidar que la estructura final de la operación no modifique las razones particulares y circunstancias especiales que la COFECE tomó en cuenta en el análisis de la concentración de que se trate. Particularmente, deberán cuidar que en la estructura final de la operación no intervengan agentes económicos distintos a los que fueron informados a la Comisión con la notificación. Lo anterior es válido para cualquier concentración (incluso aquellas tramitadas de conformidad con el artículo 92 de la LFCE) y no sólo las tramitadas mediante el procedimiento señalado en el artículo 90 de la Ley.

Una vez resuelta una concentración, los promoventes no podrán modificar de manera sustancial la estructura de la operación notificada.¹³ De ocurrir así, es posible que tuvieran que notificar nuevamente.

“VIII. Mención sobre los Agentes Económicos involucrados en la transacción que tengan directa o indirectamente participación en el capital social, en la administración o en cualquier actividad de otros Agentes Económicos que produzcan o comercialicen bienes o servicios iguales, similares o sustancialmente relacionados con los bienes o servicios de los Agentes Económicos participantes en la concentración;”

La Comisión requiere que los notificantes identifiquen si los involucrados en la transacción, en particular la parte adquirente, así como sus accionistas directos o indirectos, participan directa o indirectamente en la propiedad o administración de otros agentes económicos que pudieran desarrollar actividades similares o relacionadas con las que efectúan los involucrados en la transacción.

Es recomendable que los promoventes presenten información y evidencia que sustenten

¹³ Como resultado de la dinámica de los negocios, algunas veces los notificantes modifican algunos detalles, por ejemplo, la sociedad que utilizarán como vehículo de la operación. Cambios como la inclusión de nuevos inversionistas o en la naturaleza del control una vez realizada la operación pueden conducir a una modificación de la esencia de la operación autorizada.

sus afirmaciones.

Para efectos metodológicos, cuando el adquirente o alguno de sus accionistas participan en negocios similares o relacionados con el adquirido, la Comisión procede a analizar el efecto considerando el escenario más adverso para la competencia, esto es, suponiendo que la compradora y ese otro agente en el que tiene participación, así sea minoritaria, conforman un mismo grupo de interés económico. De no resultar una posible afectación a la competencia, la COFECE normalmente concluye su análisis. En caso de que los índices de concentración¹⁴ resultantes en el escenario señalado indicaran que no es posible descartar una afectación a la competencia, la Comisión analiza con más detalle los vínculos accionarios entre la parte adquirente y sus accionistas respecto de las otras sociedades, para determinar si la participación accionaria es suficiente para considerar que existe la posibilidad de ejercer control, influencia significativa o tener acceso a información privilegiada.

La fracción IX requiere:

“IX. Datos de la participación en el mercado de los Agentes Económicos Involucrados y de sus competidores;”

Los agentes económicos deberán presentar participaciones de mercado, lo cual significa que estarán proponiendo una definición de mercado, que no necesariamente coincidirá con la que la COFECE pueda determinar en términos de la Ley. De hecho, en casos de duda, la Comisión requiere que los notificantes presenten datos de participaciones bajo definiciones de mercado relevante diversas.

En términos del artículo 59 de la LFCE, para determinar las participaciones de mercado en el análisis de poder sustancial, es posible tomar en consideración las ventas, número de clientes, capacidad productiva o cualquier otro factor que la Comisión pudiera considerar aceptable y que refleje de manera apropiada la presencia competitiva de los agentes económicos en los mercados.¹⁵

Al momento de presentar la información, los notificantes deben señalar la fuente. Es preferible que la información proceda de una fuente oficial y que sea verificable, pero en caso de no ser posible, los notificantes deben explicar las dificultades para obtener información fehaciente. En caso de presentar estimaciones, deben indicarlo y describir los aspectos metodológicos bajo los cuales la información fue obtenida. También deben dejar claro desde un inicio las unidades monetarias y de volumen utilizadas.

La Comisión tiene la posibilidad de requerir información de fuentes alternativas, ya sea a otras autoridades, a cámaras, asociaciones o competidores, entre otros, y toma sus decisiones con base en la mejor información disponible.

¹⁴ El método de cálculo de los índices de concentración y los criterios técnicos para su aplicación se publican en el Diario Oficial de la Federación y en la página web de la COFECE.

¹⁵ Normalmente, la manera más sencilla de estimar las participaciones de mercado es por ventas. Esto no significa que sea la forma preferente de hacerlo. Dependiendo de las particularidades de los mercados, una medición en capacidad instalada, clientes o volumen podría ser más adecuada para reflejar la presencia de las empresas. Algo parecido puede decirse de la periodicidad de los datos. A este respecto, la COFECE normalmente requiere la información de forma anual. Sin embargo, hay situaciones en las que es necesario considerar horizontes temporales más extensos, cuando se trata de mercados en los que una venta pudiera significar variaciones significativas de participación.

Las referencias a mercados en documentos relacionados con la actividad analizada pueden proveer indicios respecto de los agentes económicos, los productos o servicios relevantes o área geográfica respecto de los cuales los participantes en el mercado identifican fuentes de rivalidad, lo que se constituye en información adecuada para determinar el mercado relevante.

La COFECE utiliza la información sobre las participaciones de mercado para calcular los índices de concentración. Estos criterios son publicados en el DOF y en el sitio de Internet de la Comisión. El artículo 13 de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE señala que la Comisión publicará en el DOF los métodos de cálculo para determinar el grado de concentración que exista en el mercado relevante, así como los criterios técnicos de su aplicación.¹⁶

La fracción X dispone lo siguiente:

“X. Localización de las plantas o establecimientos de los Agentes Económicos involucrados, la ubicación de sus principales centros de distribución y la relación que éstos guarden con dichos Agentes Económicos;”

Esta fracción requiere a los promoventes ubicar las instalaciones en las que producen y desde las cuales se distribuyen los productos. Asimismo, deben informar a la Comisión sobre la relación que existe con los distribuidores. En casos que lo ameritan, la Comisión requiere la entrega de información detallada acerca de los orígenes y destinos de los productos, así como distancias y áreas geográficas de influencia de los centros de distribución o de las instalaciones en las que se producen u ofrecen los bienes o servicios.

La fracción XI requiere lo siguiente:

“XI. Descripción de los principales bienes o servicios que produce u ofrece cada Agente Económico involucrado, precisando su uso en el mercado relevante y una lista de los bienes o servicios similares y de los principales Agentes Económicos que los produzcan, distribuyan o comercialicen en el territorio nacional, y”

Lo anterior significa que los notificantes deben entregar un listado y descripción de los productos y servicios elaborados u ofrecidos por los involucrados. En particular, el detalle debe ser mayor en el caso del comprador y sus accionistas directos e indirectos, así como también del vendedor y sus accionistas directos e indirectos cuando se trata de coinversiones.¹⁷

¹⁶ Conforme al artículo Cuarto Transitorio de las Disposiciones Regulatorias de la LFCE, en tanto no se realice la publicación en el DOF de los métodos de cálculo, son aplicables los emitidos por la Comisión Federal de Competencia publicados el veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho en el DOF. Actualmente sigue en trámite el proceso de emisión de dichos criterios.

¹⁷ Las coinversiones suelen requerir más información que en el caso de adquisiciones. En el primer caso, la Comisión debe analizar los posibles efectos de coordinación que pudieran darse en mercados distintos a los relevantes; en cuanto a las adquisiciones, en ellas normalmente se da un retiro de la parte vendedora de la sociedad, es decir, no se da una vinculación de negocios entre grupos como la que ocurre con las coinversiones.

Asimismo, los notificantes deben precisar el uso de los productos y servicios y señalar otros productos o servicios que pudieran tener la misma funcionalidad que los de la adquirente y la parte adquirida. Dependiendo de la complejidad del asunto, la Comisión requerirá mayor detalle sobre esta información.

Finalmente, la fracción XII señala:

“XII. Los demás elementos que estimen pertinentes los Agentes Económicos que notifican la concentración para el análisis de la misma.”

En algunos casos, los agentes económicos presentan información complementaria a las fracciones I a XI del artículo 89 de la LFCE, para efectos de coadyuvar con el análisis de la operación notificada.

3.1.1. Desahogo del procedimiento por artículo 90 de la LFCE.

El procedimiento de notificación en términos del artículo 90 de la LFCE (procedimiento normal) puede iniciar porque los promoventes notifican conforme a ese artículo o bien porque el asunto fue rechazado a trámite conforme al procedimiento simplificado.

El procedimiento contenido en dicho artículo establece que la Comisión tiene sesenta días hábiles para emitir resolución, contados a partir de la recepción de la notificación (que es distinta a la fecha en que la notificación es presentada) o bien de que la Comisión reciba la documentación adicional que hubiera solicitado. Transcurridos los sesenta días sin que la Comisión hubiera emitido resolución, se entiende que la Comisión no tiene objeción.

Cuando la notificación es presentada, la Comisión cuenta con diez días posteriores para prevenir a los notificantes para que entreguen información faltante en su escrito de notificación. En este supuesto, los promoventes deben presentar la información a la COFECE en un plazo de diez días, aunque este plazo puede ser prorrogado a solicitud del notificante en casos debidamente justificados.

Si la información requerida no es entregada en el plazo previsto, la notificación se tiene por no presentada. En este caso, si los notificantes pretenden continuar con la concentración, deberán notificarla nuevamente.

La Comisión tiene por recibida la notificación y emitido el acuerdo de recepción a trámite:

- El día que ésta fue presentada, en los casos en que la COFECE no requirió información faltante.
- Si hubo requerimiento de información faltante, entonces la notificación se tiene por recibida el día que los particulares entregan la información solicitada.

Una vez que se tiene por recibida la notificación, la Comisión cuenta con un plazo de quince días para requerir información, que en la práctica es conocida como “información adicional”. Una vez que surte efectos la notificación del requerimiento de información, los particulares cuentan con quince días hábiles para entregar la información adicional solicitada.

Al igual que en el caso de la información que debe contener el escrito de notificación señalada en el artículo 89 de la Ley (conocida en la práctica como información básica), si la información adicional no es presentada en el plazo otorgado a los particulares, la Comisión tendrá por no presentada la notificación y se procederá al cierre del expediente, informando de ello a los particulares durante los diez días hábiles posteriores al vencimiento del plazo. Asimismo, la Ley prevé que los particulares pueden solicitar que la Comisión amplíe el plazo para la presentación de la información adicional, para lo cual deben presentar una justificación. La solicitud debe ser presentada antes del vencimiento del plazo que tienen para entregar la información adicional.

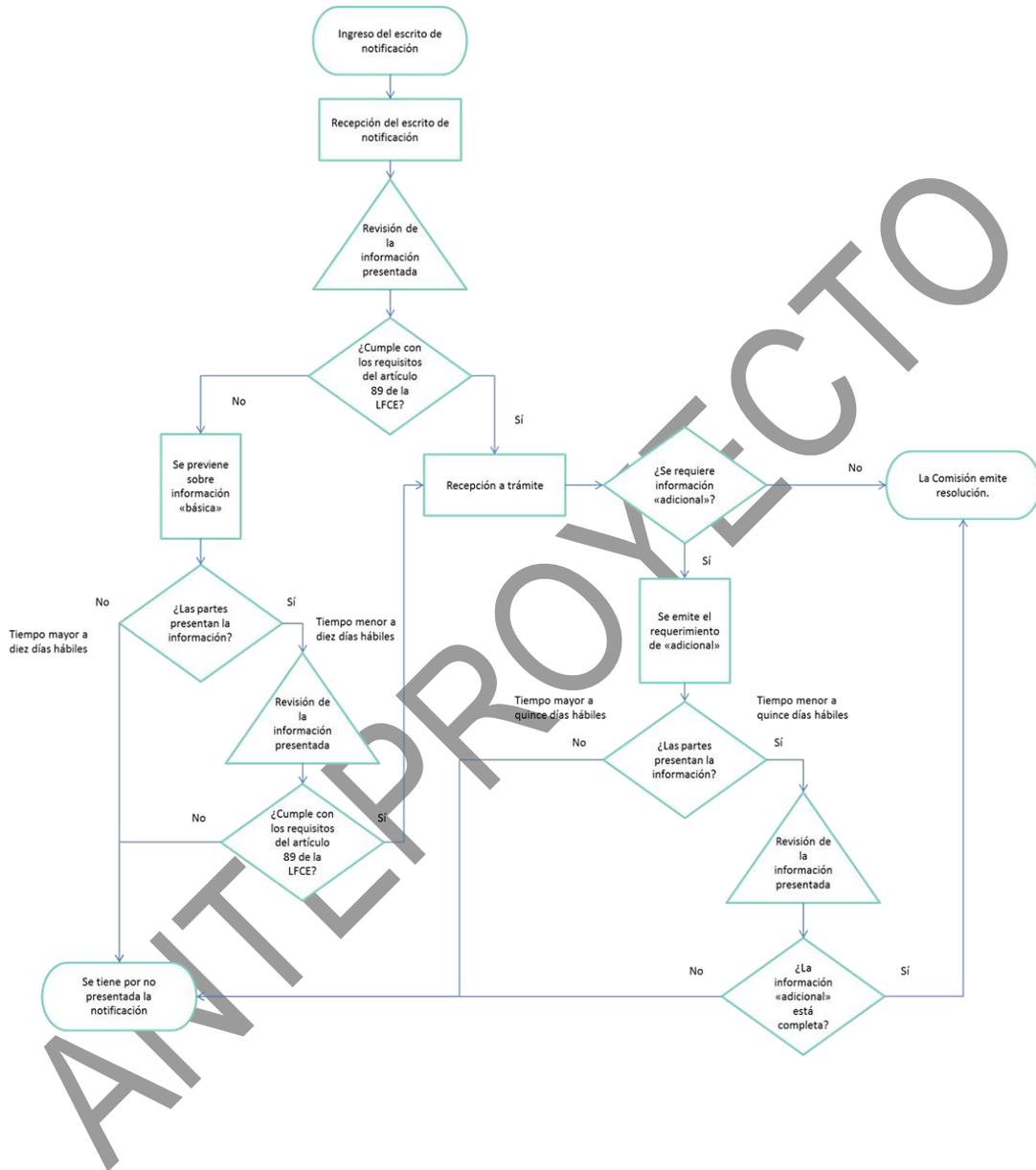
La Ley, en la fracción VI del artículo 90, establece que la Comisión puede ampliar el plazo para requerir información adicional hasta por cuarenta días hábiles, lo cual ocurre con poca frecuencia.

Una vez entregada la información adicional, en caso de que haya sido solicitada, inicia el conteo del plazo de sesenta días hábiles para resolver.

En casos excepcionalmente complejos, la Comisión puede ampliar el plazo para resolver hasta por cuarenta días adicionales.

ANTEPROYECTO

3.1.2. Flujograma



3.2. Procedimiento simplificado (artículo 92 de la LFCE)

El artículo 92 de la LFCE, prevé que la notificación de concentración pueda hacerse conforme a lo previsto en el referido artículo, para lo cual se requiere que los notificantes lo soliciten por escrito y acompañen toda la información y documentación referida en las fracciones I a XII del artículo 89 de la LFCE. No obstante, el Pleno de esta Comisión es quien resolverá si la operación notificada cumple con el principio de notoriedad y, por lo tanto, si su tramitación y resolución son simplificadas puesto que es notorio que no tendrán efectos contrarios sobre la competencia y la libre concurrencia.

Para la tramitación de este procedimiento simplificado se requiere que los agentes económicos hayan presentado toda la información listada en el artículo 89 de la LFCE, **y además que presenten un análisis y adjunten información para demostrar que es notorio que la concentración no tendrá como objeto o efecto dañar la competencia.** Incluso podrán realizar manifestaciones bajo protesta de decir verdad a efecto de proporcionar elementos de convicción acerca de la no participación del adquirente-y sus principales accionistas- en mercados relacionados y que éste no es competidor actual ni potencial del adquirido, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 92 de la LFCE.

La procedencia del artículo 92 de la LFCE se basa fundamentalmente en lo siguiente:

1. Que el adquirente -y sus principales accionistas- no participan en mercados relacionados a los que participa el objeto de la transacción
2. Que dicho adquirente-y sus principales accionistas-no son competidores en los mercados que participa el objeto de la transacción, y
3. Que concurra alguna de las circunstancias establecidas en las fracciones I a IV de este artículo.

La acreditación del supuesto de notoriedad indicado requerirá que los notificantes aporten los elementos de convicción suficientes.¹⁸

Además del principio de notoriedad, debe concurrir alguna de las siguientes circunstancias:

I. La transacción implique la participación del adquirente por primera vez en el mercado relevante. Para estos efectos, la estructura del mercado relevante no deberá modificarse y sólo deberá involucrar la sustitución total o parcial del Agente Económico adquirido por el adquirente;

II. Antes de la operación, el adquirente no tenga el control del Agente Económico adquirido y, con la transacción, aquél incremente su participación relativa en éste, sin que ello le otorgue mayor poder para influir en la operación, administración, estrategia y principales políticas de la sociedad, incluyendo la designación de miembros del consejo de administración, directivos o gerentes del propio adquirido;

III. El adquirente de acciones, partes sociales o unidades de participación

¹⁸ Esta Comisión puede considerar como elementos de convicción las declaraciones bajo protesta de decir verdad por parte del adquirente y de sus principales socios.

tenga el control de una sociedad e incremente su participación relativa en el capital social de dicha sociedad (...)”

El propósito del procedimiento por el artículo 92 es otorgar la opción a los particulares en la tramitación de las notificaciones de concentración que no afectan la competencia, siempre que estén en el supuesto de notoriedad ya indicado. A fin de dar celeridad a la revisión del asunto, la notificación debe contener toda la documentación señalada en los incisos I al XII del artículo 89 de la LFCE —la cual fue descrita previamente.

3.2.1. Desahogo del procedimiento simplificado (artículo 92 de la LFCE)

Presentado el escrito de notificación, la Comisión analiza que la concentración cumpla con los requisitos previstos en el artículo 92 de la LFCE y, en caso de cumplirse, dentro de los cinco días siguientes a la fecha de notificación, la Comisión debe emitir el acuerdo de admisión.

De acuerdo con la Ley, el Pleno de la Comisión debe emitir resolución dentro de los quince días hábiles posteriores a la emisión del acuerdo de recepción. En caso de no emitir resolución dentro de dicho plazo, la operación se tiene por autorizada.

En caso que no sea presentada toda la documentación requerida, los notificantes pierden el beneficio del procedimiento simplificado. En estos casos, la COFECE emite un acuerdo por el que se rechaza tramitar el expediente de manera simplificada, acuerda encauzarlo por el trámite normal y posteriormente previene a los notificantes para que presenten la información faltante.

El asunto también puede ser rechazado durante los cinco días posteriores a su notificación si incumple con los supuestos de notoriedad señalados en el artículo 92 de la LFCE. En este caso, la COFECE acuerda tener por presentada a trámite la notificación bajo el procedimiento previsto en el artículo 90 de la LFCE y reinicia el conteo de los distintos plazos previstos para la tramitación de los expedientes.

Puede ocurrir que el asunto no sea rechazado a trámite simplificado, pero que el Pleno de la COFECE, al momento de analizar el asunto, resuelva que no se cumple con el supuesto de notoriedad que es necesario para el trámite simplificado. En este caso, el Pleno puede ordenar que el asunto sea admitido a trámite nuevamente, pero siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 90 de la LFCE. En este caso, el asunto reinicia como si se hubiera tenido por presentada la notificación el día en que el Pleno resolvió rechazarlo y, por tanto, es posible que la Comisión requiera información básica y adicional o bien que, a partir de ese momento, inicie el plazo de 60 días para resolver.

En caso de que el asunto no se admita a trámite conforme al procedimiento previsto en el artículo 92, será necesario que, si no lo habían hecho, se sumen a la notificación los agentes económicos directamente involucrados en la concentración y no solo la parte adquirente. Además, los agentes económicos deberán nombrar un representante común y ratificar los términos de lo manifestado en el escrito de notificación inicial.

- Una vez que la concentración notificada fue admitida conforme al procedimiento previsto en el artículo 92 de la LFCE, el Pleno es quien debe resolver si la

concentración cumple o no con el supuesto de notoriedad.

Para que una concentración cumpla con dicho supuesto los agentes económicos deben aportar los elementos de convicción suficientes desde su escrito de notificación. Lo anterior podrá demostrarse siempre que se actualicen los tres puntos siguientes:

1. El adquirente no participe en mercados relacionados con el mercado relevante en el que ocurra la concentración.

Existen mercados relacionados si las conductas realizadas en un mercado inciden en las condiciones de competencia o de libre concurrencia de otro.¹⁹

Un ejemplo puede ser cuando el adquirente no tiene presencia en la misma área geográfica que el adquirido, pero realiza actividades relacionadas en otra área geográfica. En este caso, se podrían presentar diversas situaciones, incluyendo que el mercado relacionado tuviera una dimensión geográfica que excede el territorio nacional (por ejemplo, que el adquirente fuera un proveedor importante del principal insumo de la empresa adquirida). En este caso, podría decirse que las empresas sí participan en mercados relacionados y no se encontraría en el supuesto de notoriedad que se establece en la Ley.

En su caso, los notificantes deben proveer alguna información que permita a la Comisión valorar las implicaciones de la concentración como, por ejemplo, aquella que permita determinar la dimensión geográfica de los mercados en los que participan las partes.

2. El adquirente no sea competidor actual o potencial del adquirido.

Para considerar que existen competidores actuales es necesario que ambos se encuentren activos en el mismo mercado relevante.

Existen casos donde el adquirente no tiene presencia en territorio nacional, pero desarrolla las mismas actividades que el adquirido en otros países. En este caso, podría darse que el mercado relevante tuviera una dimensión geográfica que excede el territorio nacional. De esta manera, las dos empresas sí serían competidores actuales. Por ello, en este caso sería conveniente que los notificantes también provean a la Comisión de la información que permita valorar las implicaciones de la concentración, como por ejemplo aquella que permita determinar la dimensión geográfica del mercado relevante.

Por otro lado, podría usarse como parámetro el considerar si una empresa A es competidor potencial de otra empresa B, cuando ante un incremento pequeño pero permanente de precios en el producto o servicio que ofrece la empresa B, la empresa A podría realizar las inversiones necesarias para ofrecerlo o desviar capacidad productiva y entrar al mercado de la empresa B dentro de un periodo corto de tiempo. Esta evaluación se basa en criterios razonablemente objetivos, ya que la mera posibilidad teórica para ingresar a un mercado no es suficiente.

3. Además de lo anterior, debe darse alguna de las siguientes situaciones:

- I. La transacción implique la participación por primera vez del adquirente en el mercado relevante, por lo que la estructura de éste no deberá

¹⁹ De conformidad con lo señalado en el artículo 6 de las Disposiciones Regulatorias.

modificarse y solo debe tratarse de la sustitución total o parcial del agente económico adquirido;

Por un lado, es conveniente aclarar un elemento que frecuentemente causa confusión a los notificantes. Si la parte adquirente no tiene participación en México en negocios similares o relacionados con los que son objeto de la concentración, no necesariamente significa que ocurra el cumplimiento de los supuestos de notoriedad; en particular el señalado en la fracción I, que dispone que la transacción signifique la participación por primera vez del adquirente en el mercado relevante.

Por otro lado, es importante enfatizar que si el adquirente detenta una participación mínima en el mercado relevante o participa en mercados relacionados, el asunto no podrá ser tramitado siguiendo el procedimiento simplificado.²⁰ Un aspecto a resaltar es que el mercado relevante no necesariamente se circunscribe al territorio nacional. De esta forma, cuando el adquirente se ubica en otro país y no opera ni tiene ventas en México, ello no significa que no pueda ser considerado como un participante del mercado relevante.²¹

Asimismo, con relación a la fracción I, cuando quien trasmite los derechos y obligaciones permanece como socio en una coinversión, es necesario que den información sobre las actividades de éste, para verificar que los agentes no sean competidores en mercados distintos a los de la concentración.

II. El adquirente antes de la transacción no tenga el control del adquirido y solamente incremente su participación relativa en éste. Sin otorgarle mayor poder para influir en la operación, administración, estrategia y principales políticas de la sociedad, así como la designación de miembros del consejo de administración, directivos o gerentes del adquirido;

III. El adquirente tenga el control antes de la transacción y simplemente incremente su participación relativa en el capital sociedad del adquirido.

Con respecto a la fracción III, en el caso de la consolidación de control, se considera que ello ocurre cuando el adquirente ya tiene el control de una sociedad. Esta cuestión se analizó con mayor detalle en las secciones 1.2 y 1.4.

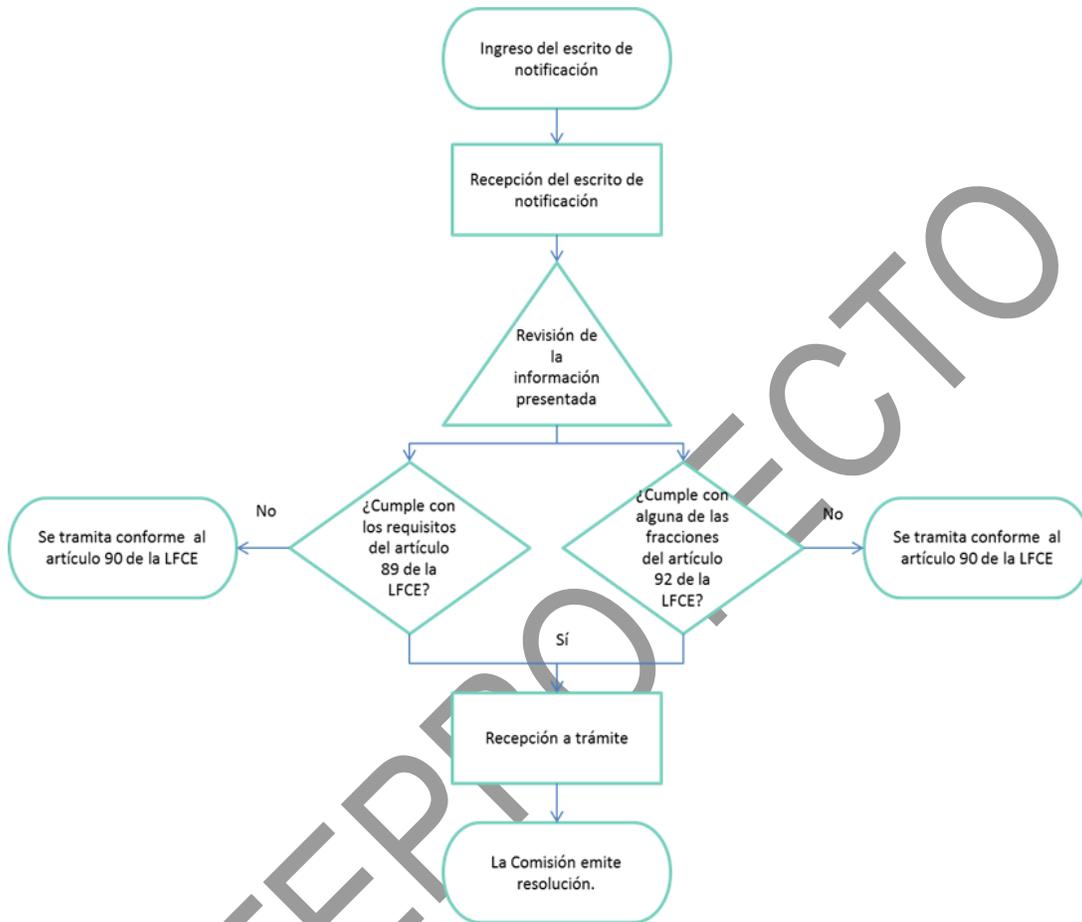
IV. En los casos que establezcan las Disposiciones Regulatorias.

Las Disposiciones Regulatorias no establecen ningún otro supuesto aplicable.

²⁰ El procedimiento simplificado aplica a situaciones precisas en las que la transacción no modifica la estructura de los mercados. De esta manera, no importa que el comprador detente una participación mínima y sea poco probable, a simple vista, que la transacción pueda afectar negativamente la competencia. De ser éste el caso, se considera que se incumple con las condiciones previstas para aceptar el supuesto de notoriedad y formalmente el asunto debe ser tramitado conforme al procedimiento normal. Sin embargo, en la práctica la Comisión busca desahogar oportunamente este tipo de casos a fin de no interferir en el curso de los negocios.

²¹ Aunque la jurisdicción de la Comisión solo abarca el territorio nacional, para efectos analíticos cuando es definido el mercado relevante, éste puede abarcar un territorio que va más allá de la República.

3.2.2. Flujograma



4. Información para el análisis económico

4.1. Casos sencillos

No todos los casos implican el mismo grado de complejidad analítica. En muchas operaciones, como la consolidación de control accionario, resulta innecesario definir de manera detallada el mercado relevante y es suficiente con que los notificantes presenten una descripción de las actividades de las empresas involucradas en la concentración. En casos como éste, el análisis de la Comisión se concentra en verificar, entre otras cosas que, derivado de la transacción, no habrá modificaciones en el control de las sociedades.

En otras situaciones, resulta necesario que los notificantes proporcionen información detallada para la definición precisa del mercado relevante, incluso si la operación conduce a un cambio marginal en la concentración.

En ocasiones, resulta necesaria la información para definir el mercado relevante, y sólo después de ello es que la Comisión puede establecer los mercados o mercados relacionados en los que participa el adquirente, en cuyo caso resulta poco probable que la operación pudiera afectar la competencia y libre concurrencia. En este sentido, para la Comisión es preferible que los agentes económicos presenten información que permita a la Comisión concluir que no participan en el mercado relevante.

4.2. Casos complejos

Hay otros casos en los que, por su complejidad, la Comisión debe no solamente realizar un análisis profundo para determinar el mercado relevante y los mercados relacionados—en sus dimensiones de producto, cobertura geográfica y temporalidad— sino estudiar con todo detalle las posibles repercusiones. En estas situaciones, es necesario que los notificantes proporcionen distinta información relacionada con el análisis de la transacción.

A continuación, y solo de manera enunciativa, se presenta un listado de la información que podría ser requerida por la Comisión en casos complejos. Es importante dejar en claro que esta información no es solicitada por la Comisión de manera rutinaria y que el listado meramente pretende guiar a los notificantes sobre lo que podría ser requerido por la COFECE en estos casos complejos. Como siempre, si los posibles notificantes tienen dudas acerca de la pertinencia de integrar esta información u otra en su notificación, es recomendable que contacten a los servidores públicos de la DGC para analizar si el caso lo amerita.

Asimismo, para toda aquella información que implique volúmenes de considerables de datos, la Comisión considera fundamental que la misma sea presentada, adicionalmente, en formato electrónico que permita a la DGC tener un acceso rápido a ellos.

- **Descripción detallada de productos y servicios.** Para analizar los efectos de una concentración, es necesario, en primer lugar, que la Comisión cuente con un listado de los productos o servicios ofrecidos por las partes involucradas en la concentración, en territorio nacional. En el caso de actividades que pudieran tener una dimensión geográfica más allá de las fronteras nacionales, también

es importante que los notificantes informen de las actividades que desarrollan en otros países.

El grado de detalle del listado es difícil de definir, pues cada caso tiene peculiaridades. En algunas ocasiones, resulta muy sencillo proporcionar la información, pues las empresas se dedican a actividades muy precisas y ofrecen pocos bienes o servicios. Sin embargo, hay ocasiones en que las empresas proporcionan hasta miles de productos, por lo que se hace necesario adoptar algún criterio para la agrupación de la información por categorías. De ser este el caso, la sugerencia es que las empresas proporcionen la información agregada por familias de productos, siguiendo las prácticas de la industria y a partir de ello dialogar con los servidores públicos de la DGC sobre la factibilidad y conveniencia de efectuar una desagregación más detallada.

La información debe ser proporcionada en algún formato que permita la comparación de los productos y servicios provistos por los diversos involucrados en la operación y que posibilite la identificación de los traslapes entre la parte compradora y la adquirida, así como posibles vinculaciones de proveeduría o de integración vertical.

Junto con el listado, deberá proporcionarse una descripción de las características físicas y técnicas de los productos o servicios y sus principales usos y aplicaciones. Esta misma información deberá ser proporcionada respecto de posibles sustitutos y complementos, junto con una explicación y justificación de por qué son considerados como tales por los promoventes. Para ello, será útil presentar además comparativos de precios.

- **Competidores.** Además de la información de los posibles sustitutos, es importante que los promoventes identifiquen a sus posibles competidores, describiendo la gama de productos o servicios que éstos ofrecen, su presencia en el mercado, indicando las marcas, condiciones de acceso para los consumidores y demás información que permita a la COFECE determinar la capacidad de los supuestos competidores para atender el mercado.

Es preferible que la identificación de competidores esté sustentada por documentos que se producen en el curso ordinario de los negocios y que contienen esa información (informes anuales, reportes a consejos de administración, estudios, planes de negocio, entre otros).

- **Objetivos de la operación y beneficios.** Es importante que los notificantes identifiquen los objetivos de la operación. Más allá de señalamientos genéricos, la COFECE requiere conocer con cierta precisión la racionalidad de la concentración.

Como se señaló previamente, la LFCE requiere que se presente “documentación” que explique el objetivo y motivo de la concentración. En este sentido, deben presentarse documentos internos que las empresas producen en el curso ordinario de los negocios y que contengan las razones o consideraciones por las cuales se decidió llevar a cabo la concentración. Estos documentos pueden ser de varios tipos, tales como informes anuales, reportes a consejos de administración, o los que se utilicen para tomar decisiones de

consejos de administración o asambleas de accionistas, estudios, planes de negocio, etc. Además de los señalados previamente, las partes pueden presentar los documentos que hayan intercambiado en el marco de las negociaciones de la operación, como pueden ser los prospectos de venta o compra.

Junto con ello, es importante que los notificantes expliquen cuáles son los posibles beneficios que podrían obtener de realizar el acto.

- **Eficiencias**. La fracción V del artículo 63 de la LFCE señala que entre los aspectos a considerar para la posible impugnación o sanción de una concentración, se encuentran los elementos que aporten los agentes económicos para acreditar la mayor eficiencia del mercado que se lograría derivada de la concentración y que incidiría favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia.

En relación con el ordenamiento señalado en la fracción V del artículo 63 de la Ley, el artículo 14 de las Disposiciones Regulatorias dispone que se considerará que una concentración logrará una mayor eficiencia del mercado e incidirá favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia, cuando los agentes económicos demuestren que las aportaciones al bienestar del consumidor que se derivarán de dicha concentración superarán de forma permanente sus efectos anticompetitivos. Entre otras ganancias que podrían ser acreditadas por los agentes económicos, se encuentran: los ahorros en recursos que permitan de manera permanente producir la misma cantidad del bien a menor costo o una mayor cantidad del bien al mismo costo²²; la reducción en costos por la producción conjunta de dos o más bienes o servicios; la transferencia o desarrollo de tecnología de producción, y la disminución del costo de producción o comercialización derivada de la expansión de una red de infraestructura o distribución.

No es necesario que los agentes económicos informen con detalle de las ganancias de eficiencia previstas en la Ley, pues no están obligados a hacerlo. Tienen, eso sí, el derecho de argumentar ganancias de eficiencia cuando, a su juicio, ello puede contribuir a una decisión favorable por parte de la Comisión. Sin embargo, en caso de optar por argumentar ganancias de eficiencia, éstas deberán detallarse, cuantificarse y acreditarse.

Aunque se trate de un ejercicio prospectivo, los notificantes deben acudir a los elementos objetivos que tengan a su alcance para delinear las posibles eficiencias.²³

- **Participaciones de mercado**. Las participaciones, al reflejar la estructura del mercado, son uno de los elementos a considerar para la determinación del posible poder sustancial. Según el mercado del que se trate, la Comisión podrá requerir participaciones a nivel regional, nacional, TLCAN o mundial. Las

²² Sin disminuir la calidad del bien.

²³ En la práctica, la acreditación de eficiencias es un trabajo complejo, pues los promoventes presentan proyecciones que no necesariamente se ven materializadas. Por ello, los argumentos de los particulares deben estar sustentados de manera que para la autoridad sea factible verificar la probabilidad de que las posibles eficiencias se materialicen en beneficio del consumidor. En este sentido, los particulares deben presentar elementos creíbles para que puedan ser tomados en cuenta por la autoridad.

participaciones deberán estar referidas a importe de ventas, unidades, capacidad productiva o cualquier otro indicador similar que tenga una base objetiva, es decir, que sea confiable y refleje la posición competitiva de las empresas en los mercados. En todo caso, los notificantes deben señalar la fuente de procedencia de la información. En el caso de estimaciones, se debe explicar la metodología aplicada.

Para determinar las participaciones de mercado se debe tener en cuenta lo siguiente:

- Las participaciones de mercado actuales pueden ser adaptadas para reflejar los cambios previsibles en el mercado.
- Las participaciones de mercado resultado de la operación de concentración, se calculan partiendo de la presunción de que la cuota combinada de las partes tras la concentración equivale a la suma de sus cuotas previas a la concentración.
- Puede recurrirse a datos del pasado como variable proxy de la participación actual, si las participaciones de mercado se han mostrado volátiles, por ejemplo porque el mercado se caracteriza por pedidos grandes y desiguales.
- La periodicidad de la información dependerá de la naturaleza del negocio, ya que en algunos casos podría necesitarse información de periodos mayores o menores a un año.

La evolución de las cuotas de mercado a lo largo del tiempo puede proporcionar información útil sobre el funcionamiento de la competencia en el mercado y sobre la posible importancia de los distintos competidores en el futuro, ya que indican, por ejemplo, si las empresas han ido ganando o perdiendo terreno en el mercado.

- **Origen de los productos.** Los notificantes deben informar cuál es el país o países de origen de los productos ofrecidos, así como identificar el origen de los posibles sustitutos.
- **Clientes o consumidores.** En algunos análisis, es necesario que los promoventes identifiquen a los principales clientes o consumidores (se recomienda que sean, al menos, los diez principales), así como el porcentaje que cada uno de ellos representa en sus ventas. En este caso, será necesario proporcionar los datos de identificación y localización de dichos clientes. En casos en los que la Comisión lo considere necesario para su análisis, podrá requerir información de todos los clientes de las partes, así como de los productos comercializados a cada uno de ellos.
- **Proceso productivo.** Esta información se refiere a la descripción del proceso productivo, incluyendo diagramas de producción, descripción de equipo, tecnologías e insumos.
- **Capacidad instalada.** Se refiere a la capacidad instalada de los notificantes, la producción, el destino de la misma y el porcentaje de utilización para cada producto y, en su caso, para cada planta.

- **Costos**. Se deben considerar los principales costos de producción, en particular, los costos directos, distinguiendo los principales insumos y su participación porcentual en los costos por producto. En algunos casos, puede ser necesario contar con la información por planta.²⁴
- **Insumos**. Habría que considerar la proveeduría de insumos y sus precios, así como la posibilidad de uso de insumos alternativos, y la descripción de la relación de los notificantes con los proveedores de los principales insumos, incluyendo contratos de exclusividad. En algunos casos, la Comisión requiere conocer el porcentaje que representan sus compras con respecto al total de ventas de los proveedores.
- **Distribución y comercialización**. Ello incluye la descripción de la logística empleada para realizar la distribución y la comercialización, incluyendo la información relativa al tipo de vinculación de los notificantes con sus distribuidores.
- **Canales de distribución**. Se refiere al desglose de ventas por canal de distribución, indicando la existencia de contratos de distribución exclusiva y de distribución o suministro. Podría ser necesario identificar si los notificantes cuentan con una red propia de distribución o si ésta se realiza a través de terceros, en cuyo caso es importante explicar las principales diferencias, si es que las hubiera, en la relación entre los notificantes y los distintos canales y entre distribuidores en un mismo canal.
- **Precios**. Se deben incluir series de precios, preferentemente mensuales y para al menos los últimos cinco años, para el mercado nacional y de exportación de los productos ofrecidos por los notificantes. En casos particularmente complejos y para efectos comparativos, es posible que sean requeridos los precios a los que están disponibles los productos en los mercados internacionales para su importación a México, en particular de los Estados Unidos de América, sobre todo cuando los promoventes argumenten que el mercado relevante es internacional o TLCAN.

Para la Comisión es deseable que esta información se presente en formato electrónico, para efectos de facilitar el manejo y análisis de la misma.

- **Comercio exterior y consumo**. Se recomienda presentar series mensuales, al menos para cinco años, de valor y volumen de importaciones, exportaciones, producción nacional y consumo aparente. En los casos en que sea posible, conviene presentar también el desglose de las importaciones por empresa y país de procedencia, así como hacer la distinción entre importaciones temporales y definitivas.

Para la Comisión es deseable que esta información se presente en formato electrónico, para efectos de facilitar el manejo y análisis de la misma.

- **Costos de transporte**. En el caso de producción que se destina al mercado nacional, se recomienda presentar los costos de transporte de tal manera que

²⁴ En algunos casos, la Comisión podría solicitar información sobre los márgenes de utilidad.

sea posible identificar áreas de influencia por planta. Para el caso de importaciones y cuando los promoventes argumenten que el mercado tiene una dimensión geográfica mayor a la nacional, por ejemplo el área del TLCAN o internacional, además de los costos de transporte, es importante identificar otros costos relacionados con la movilización de las mercancías, distinguiendo las importaciones provenientes de países de distintas regiones del mundo (por ejemplo, Norteamérica, Sudamérica, Europa o Asia). En este caso, será necesario identificar puntos de origen y destino, el modo de transporte, así como evidencia que respalde esta información.

- **Acceso a importaciones.** Es posible que se requiera identificar: proveedores ubicados en otros países; particularidades en el transporte; posibles alteraciones en la consistencia y propiedades físicas o químicas de los productos relevantes derivadas del manejo y transporte; logística; tiempo de abasto; restricciones normativas y ambientales; condiciones internacionales de abasto; y límites en la capacidad productiva de proveedores, entre otros aspectos.
- **Aranceles, cuotas compensatorias y otras restricciones a la importación.** Habría que identificar las fracciones arancelarias bajo las cuales son importados los productos relevantes y sus posibles sustitutos, así como los aranceles y cuotas compensatorias aplicables por país. También se debería informar sobre la existencia de restricciones no arancelarias a la importación, como por ejemplo, cupos de importación, requerimientos de certificación y normalización, etc.
- **Barreras a la entrada.** Por barreras a la entrada no solo debe entenderse el costo y tiempo de instalación, sino el conjunto de elementos económicos, técnicos y normativos que determinan la entrada al mercado y, en particular, aquellos costos extraordinarios (en relación con los costos de expansión de un competidor establecido) en los que deben incurrir los nuevos competidores para lograr el acceso al mercado. El análisis de barreras requiere que la Comisión sea informada, entre otros aspectos, sobre:
 - Los costos financieros o de desarrollar canales alternativos, el acceso limitado al financiamiento, a la tecnología o a canales de distribución eficientes;
 - El monto, indivisibilidad y plazo de recuperación de la inversión requerida, así como la ausencia o escasa rentabilidad de usos alternativos de infraestructura y equipo;
 - La necesidad de contar con concesiones, licencias, permisos o cualquier clase de autorización gubernamental, así como con derechos de uso o explotación protegidos por la legislación en materia de propiedad intelectual e industrial;
 - La inversión en publicidad requerida para que una marca o nombre comercial adquiera una presencia de mercado que le permita competir con marcas o nombres ya establecidos;
 - Las limitaciones a la competencia en los mercados internacionales;
 - Las restricciones constituidas por prácticas comunes de los agentes económicos ya establecidos en el mercado relevante; y
 - Los actos de autoridades federales, estatales o municipales que discriminen en el otorgamiento de estímulos, subsidios o apoyos a

ciertos productores, comercializadores, distribuidores o prestadores de servicios.

Cuando la entrada en un mercado resulta relativamente fácil, es improbable que una concentración vaya a plantear un riesgo anticompetitivo importante. Para que pueda considerarse esta entrada de nuevos competidores como factor compensatorio del poder de mercado de la entidad resultante, ha de mostrarse que dicha entrada es probable, que puede producirse con prontitud y que será suficiente para disuadir o impedir los efectos anticompetitivos potenciales de la concentración.

ANTEPROYECTO

5. Resoluciones

La Comisión puede: i) autorizar una concentración; ii) objetarla; iii) sujetarla al cumplimiento de condiciones; o iv) sancionarla.

5.1. Autorización y objeción

La resolución por la cual se autoriza una concentración se refiere a situaciones en las que la Comisión no encontró que, como resultado de la transacción, pudiera suscitarse una afectación a la competencia en algún mercado.²⁵

Una vez autorizada la operación, las partes deberán presentar la documentación que la acredite dentro de un plazo de treinta días hábiles contados a partir de la fecha en la que ésta se haya consumado, de conformidad con el artículo 23 de las Disposiciones Regulatorias. Es importante señalar que los términos finales bajo los cuales se llevó a cabo la transacción deben ser verificables en los documentos de cierre presentados y, en caso de no estarlo, la Comisión podrá requerir a los promoventes información y documentos que estime convenientes a efecto de verificar el cumplimiento y ejecución de las resoluciones de la Comisión. Lo anterior, de conformidad con lo señalado en el artículo 120 de las Disposiciones Regulatorias.

Toda vez que la notificación se realiza antes de cerrarse la transacción, es evidente que algunos detalles de la transacción puedan variar de aquellos señalados al momento de hacer la notificación. Sin embargo, la modificación de puntos clave en la concentración, tales como los agentes involucrados, las cláusulas de no competir o el alcance de la operación, entre otros, podría conllevar alguna de las sanciones contenidas en el artículo 127 de la Ley.

En el caso de la no autorización, la Comisión debe valorar, conforme a lo señalado en los artículos 63 y 64 de la LFCE, los indicios de que la operación pueda conferir poder de mercado al adquirente para fijar precios o restringir el abasto en el mercado relevante, sin que los competidores puedan contrarrestar dicho poder; que la concentración pueda dar lugar a un desplazamiento o impedimento de entrada de otros agentes económicos al mercado relevante, a mercados relacionados o a insumos esenciales; y que la operación pueda facilitar el ejercicio de prácticas monopólicas prohibidas por la Ley, tales como que las empresas activas en un mercado pueden coordinarse o reforzar la coordinación en su comportamiento y adoptar decisiones comerciales conjuntas.

5.2. Condicionamientos

En el caso de operaciones que pudieran representar riesgos al proceso de competencia y libre competencia, es posible sujetar la realización de la concentración al cumplimiento de condiciones, en términos del artículo 91 de la LFCE. Estos condicionamientos deben estar vinculados con los efectos de la concentración y deben

²⁵ La autorización también podría ser obtenida mediante la figura de la afirmativa ficta, en caso de que la Comisión no emitiera su resolución dentro de los plazos establecidos en los procedimientos señalados en los artículos 90 y 92 de la Ley.

ser proporcionales con la corrección pretendida.

La Comisión puede imponer estos condicionamientos, o bien los particulares pueden ofrecer una propuesta de condiciones. En la práctica, la Comisión prefiere que los condicionamientos sean ofrecidos por los particulares, puesto que ellos tienen un mayor conocimiento de la manera en que operan los mercados.

Entre las condiciones que puede establecer la Comisión se encuentran las siguientes:

- "I. Llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla;*
- II. Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones;*
- III. Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar;*
- IV. Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos, o*
(...)"

Es posible que los agentes económicos presenten propuestas de condiciones desde su escrito de notificación y hasta un día después de que se liste el asunto para sesión del Pleno.

Asimismo, cuando una concentración presente posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia, la Secretaría Técnica lo comunicará a los notificantes con al menos con diez días de anticipación a la fecha en que se fuera a listar el asunto para la resolución del Pleno, a efecto de que éstos puedan presentar condiciones que permitan corregir los riesgos.

De conformidad con el artículo 21 de las Disposiciones Regulatorias, dicha comunicación se realizará mediante acuerdo a efecto de citar a los notificantes para que el Secretario Técnico les exprese los posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia que se detecten. Esta comunicación no prejuzga sobre la resolución de la concentración.

En caso que los agentes económicos presenten una propuesta de condiciones o cualquier modificación a las mismas, el plazo quedará interrumpido y volverá a contar desde su inicio. Solamente podrán modificarse una sola vez las propuestas que presenten, y esto podrá hacerse hasta antes de que se liste el asunto para sesión del Pleno.

Al respecto, la Comisión podrá realizar requerimientos de información y demás diligencias para contar con todos los elementos necesarios para analizar las condiciones propuestas.

Asimismo, la LFCE prevé que en caso de que las propuestas de condiciones no se presenten de manera conjunta con el escrito de notificación, el plazo que tiene la Comisión para resolver quedará interrumpido y volverá a contar desde su inicio.

En algunos casos, en sus resoluciones, la Comisión puede solicitar a los promoventes la aceptación de las condiciones y un programa que incluya plazos para su cumplimiento. En el programa quedan establecidos el alcance, la calendarización de las actividades y los mecanismos específicos de implementación.

De acuerdo con sus implicaciones, los condicionamientos pueden ser clasificados en dos tipos: i) de comportamiento y ii) estructurales. Los condicionamientos de comportamiento se refieren a la obligación de comportarse de determinada manera. Los condicionamientos estructurales son aquellos como la enajenación de activos a terceros.

Normalmente, los condicionamientos estructurales se imponen para remediar problemas derivados de concentraciones horizontales y éstos se pueden complementar con condicionamientos de conducta. Por su parte, las condiciones de comportamiento pueden resolver problemas distintos, como los que se presentan en operaciones de índole vertical, directorios cruzados o cuando la operación pueda dar lugar a comportamientos coordinados en otros mercados, por citar unos ejemplos.

5.2.1. Propuestas de condicionamientos en el escrito de notificación

Conforme a lo señalado en el artículo 90 de la LFCE, los promoventes podrán presentar, en su escrito de notificación, propuestas de condiciones para evitar que como resultado de la concentración, se disminuya, dañe o se impida el proceso de competencia y libre concurrencia.

Las condiciones podrán consistir, entre otras, en:

- Llevar a cabo una determinada conducta o abstenerse de realizarla.
- Enajenar a terceros determinados activos, derechos, partes sociales o acciones.
- Modificar o eliminar términos o condiciones de los actos que pretendan celebrar.
- Obligarse a realizar actos orientados a fomentar la participación de los competidores en el mercado, así como dar acceso o vender bienes o servicios a éstos.

La Comisión evaluará las condiciones propuestas para determinar si corrigen los efectos negativos que la concentración pudiera tener y, en su caso, las aceptará o podrá imponer otras condiciones para asegurar el proceso de competencia y libre concurrencia.

5.2.2. Propuestas de condicionamientos durante el procedimiento

Además de lo señalado en la sección anterior, los agentes económicos podrán presentar propuestas de condiciones en cualquier momento del proceso de notificación y hasta un día antes de que el asunto sea listado para sesión en el Pleno.

En estos casos, el plazo para resolver quedará interrumpido en el momento en que las condiciones sean presentadas y volverá a contar desde su inicio.

5.3. Sanciones

El artículo 127 de la LFCE enlista cuáles son las sanciones que la Comisión puede aplicar, al respecto se enuncian aquellas en materia de concentraciones.

La fracción I, del artículo 127 de la LFCE faculta a la Comisión a ordenar la corrección o supresión de la concentración ilícita de que se trate. Es decir, aquellas concentraciones que tengan por objeto o efecto obstaculizar, disminuir, dañar o impedir la libre

conurrencia o la competencia económica.

La fracción II, permite ordenar la desconcentración parcial o total de una concentración ilícita, la terminación del control o la supresión de los actos, según corresponda, sin perjuicio de la multa que en su caso proceda.

La fracción III, nos señala que cuando los promoventes declaren falsamente o proporcionen información falsa es factible sancionar hasta por el equivalente a ciento setenta y cinco mil veces el SMGVDF. Lo anterior, se tramitará en la vía incidental, de conformidad con la Sección Décima, de las Disposiciones Regulatorias, sin que repercuta en el procedimiento principal, a saber, la notificación de concentración, salvo que éstos obstaculicen la continuación del procedimiento principal se sustanciarían en la misma pieza de autos suspendiendo el procedimiento principal. En estos casos se dará vista al Ministerio Público para los efectos legales que correspondan.

La fracción VII, establece la posibilidad de multar hasta por el equivalente a ocho por ciento de los ingresos del agente económico, por haber incurrido en una concentración ilícita, con independencia de la responsabilidad civil en la que se incurra.

La fracción VIII, permite multar por el equivalente de cinco mil salarios mínimos y hasta por el equivalente al cinco por ciento de los ingresos del agente económico, por no haber notificado la concentración cuando legalmente debió hacerse. Lo anterior, derivado de que la LFCE establece que las concentraciones deberán ser autorizadas por la Comisión antes de que se lleven a cabo, es decir, los agentes económicos deberán obtener la autorización para realizar la concentración.

La fracción IX, faculta a multar hasta por el equivalente al diez por ciento de los ingresos del agente económico, por haber incumplido con las condiciones fijadas en la resolución de una concentración, sin perjuicio de ordenar la desconcentración. El procedimiento para la verificación del cumplimiento a condiciones se llevará en la vía incidental conforme al procedimiento previsto en la Sección Décima de las Disposiciones Regulatorias.

La fracción X, permite sancionar con la inhabilitación para ejercer como consejero, administrador, director, gerente, directivo, ejecutivo, agente, representante o apoderado en una persona moral hasta por un plazo de cinco años y multas hasta por el equivalente a doscientas mil veces el SMGVDF, a quienes participen directa o indirectamente en concentraciones ilícitas, en representación o por cuenta y orden de personas morales. Esta facultad es nueva en sus términos, derivada de la reciente reforma a la LFCE.

La fracción XI, establece la posibilidad de multar hasta por el equivalente a ciento ochenta mil veces el SMGVDF, a quienes hayan coadyuvado, propiciado o inducido en la comisión de concentraciones ilícitas o demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados en términos de esta Ley.

La fracción XIII, señala una multa hasta por el equivalente a ciento ochenta mil veces el SMGVDF, a los fedatarios públicos que intervengan en los actos relativos a una concentración cuando no hubiera sido autorizada por la Comisión. Esta sanción también es nueva derivado de la reciente reforma a la LFCE.

6. Aspectos varios

6.1. Denuncias y derechos de terceros

En términos del artículo 90 fracción III, la Comisión puede requerir información adicional a terceros que se encuentren relacionados con la concentración, tales como competidores, consumidores y otras autoridades en casos que lo ameriten. Estos requerimientos no les confieren el carácter de parte en el procedimiento a los particulares requeridos. En caso de que la información adicional no sea proporcionada en el plazo de diez días hábiles, la Comisión puede ejercer la medida de apremio correspondiente contra los particulares. Estos requerimientos a terceros no interrumpen el conteo de plazos para resolver.

El artículo 67 de la LFCE establece que cualquier persona puede presentar denuncia por concentraciones ilícitas (en términos de lo establecido en el artículo 64 de la LFCE). Su escrito de denuncia deberá contener, al menos, la información a que hace referencia el artículo 68 de la Ley.

En caso de que la denuncia sea desechada por notoria improcedencia por tratarse de una concentración que ya fue notificada y no ha sido resuelta, los denunciantes pueden coadyuvar con la COFECE mediante la presentación de datos y documentos pertinentes para que sean tomados en consideración para resolver. Además, la información de la denuncia es glosada al expediente de la concentración. Sin embargo, el denunciante no tiene acceso al expediente, no es considerado como parte en el procedimiento ni puede impugnarlo.

6.2. Tratamiento de operaciones previas no notificadas

Si en el desahogo de un expediente de notificación la Comisión detecta que alguno de los involucrados en la concentración realizó previamente una operación que no fue notificada no obstante que existía la obligación de hacerlo, la Comisión podría resolver el expediente en curso si considera que la operación previa no afecta el análisis de efectos en la competencia. En este caso, la decisión de la COFECE no prejuzga ni exime a los agentes económicos de la obligación de notificar la primera concentración ni de las sanciones correspondientes.

6.3. No realización de la concentración

En términos del artículo 24 de las Disposiciones Regulatorias, el agente económico notificante puede desistirse del procedimiento hasta antes de que sea votado en sesión del Pleno.

De igual forma, una vez emitida la resolución que autorice la concentración o la sujete al cumplimiento de condiciones, los notificantes podrán renunciar al derecho derivado de la misma.

Para ambos casos será necesaria la ratificación ante la Comisión de las personas que tengan facultades legales para ello.

Para efectos de lo anterior, los comparecientes a ratificar el desistimiento o la renuncia del derecho derivado de la resolución favorable, deberán contar con poder o cláusula especial para tales efectos.

6.4. Prescripción de las obligaciones

De acuerdo con el artículo 137 de la Ley, las facultades de la Comisión para iniciar investigaciones que pudieran conllevar responsabilidad y sanción se extinguen en el plazo de diez años contado a partir de que se realizó la concentración ilícita.

En el caso de concentraciones en las que no existía la obligación de notificar, en términos del artículo 65 de la LFCE, no pueden ser investigadas una vez transcurrido un año desde su realización. Tampoco pueden ser investigadas concentraciones que hayan obtenido resolución favorable, excepto que hubieran sido autorizadas con base en información falsa o bien no se hubieran cumplido las condiciones a las que quedaron sujetas.

6.5. Publicación de resoluciones

Las resoluciones de la Comisión, con excepción de la información confidencial, son publicadas en la página de internet de la institución, dentro del plazo máximo de veinte días posteriores al surtimiento de efectos de la notificación que se haga a los agentes económicos involucrados.

El plazo para la publicación de la versión pública puede ser ampliado a petición de los notificantes en casos debidamente justificados, en cuyo caso se publicará dentro de los cinco días siguientes a que se acredite ante la Comisión el cierre de la transacción.

En este caso, si la concentración no se lleva a cabo, la resolución se publicará a los cinco días siguientes al vencimiento del plazo para acreditar la realización de la transacción o que se informe esta situación a la Comisión.

6.6. Cotejo y emisión de copias certificadas

El Secretario Técnico y el Director General de Concentraciones tienen facultades para certificar documentación. Las copias certificadas se expedirán y la certificación de los cotejos se realizará previo pago de derechos respectivos y acuse de recibido que se asiente en autos.

En caso de requerir la devolución de documentos originales ingresados, el promovente deberá solicitar que una copia certificada sea ingresada al expediente, para lo cual deberá cubrirse el pago de derechos correspondiente.

En caso de solicitar la devolución de los documentos originales o testimonios que se exhiben para acreditar la personalidad, los mismos se pueden solicitar en cualquier momento, previo cotejo y certificación a efecto de dejar en su lugar copia certificada de

dicho documento.

6.7. Notificaciones

Los artículos 163 al 175 de las Disposiciones Regulatorias establecen las condiciones y modalidades de notificación de las actuaciones de la Comisión.

Por lo general, en materia de concentraciones, las resoluciones, requerimientos de información y ampliaciones de plazo para resolver se notifican personalmente. En la mayor parte de los casos, las notificaciones personales se realizan por comparecencia, en las instalaciones de la Comisión. En este último caso, el compareciente debe presentar identificación oficial, ya sea credencial de elector vigente, pasaporte vigente, cédula profesional, licencia de conducir vigente o la cartilla del servicio militar, de la cual se dejará copia simple en el expediente. La Comisión solo notifica por esta vía a quienes se encuentran autorizados para ello en el expediente.

Otro tipo de acuerdos se notifican por lista. Entre ellos se encuentran los acuerdos de recepción a trámite de una notificación de concentración, recepción de documentación complementaria que coadyuva al análisis de la notificación y los que tienen por acreditado el cierre de una operación.

La lista de notificaciones por lista se pone a disposición del público en las oficinas de la Comisión y en su sitio de Internet. La lista se publica todos los días y en ella se expresa el número de expediente; el nombre, denominación o razón social del Agente Económico involucrado en el procedimiento; la unidad administrativa que la emite; y un extracto de lo acordado. Esta es la única información que se publica, antes de que se emita una versión pública de la resolución.

6.8. Colaboración con autoridades de otros países

La Comisión ha establecido diversos convenios de colaboración con autoridades de competencia de otros países. En el marco de dichos convenios, es posible que los servidores públicos de la Comisión sostengan conversaciones con sus contrapartes de otras jurisdicciones sobre aspectos generales de alguna concentración.

La Comisión preserva la confidencialidad de la información que recibe en sus procedimientos y no la divulga a otras autoridades, a menos que cuente con el consentimiento de los agentes económicos involucrados para compartir la información con ellas.

6.9. Comunicación entre COFECE y notificantes

La Comisión mantiene una política de apertura, diálogo y comunicación con los agentes económicos que notifican una concentración, o aquellos que desean hacerlo. En este sentido, los notificantes pueden solicitar, en cualquier momento, entrevistarse con los servidores públicos de la Secretaría Técnica, la Dirección General de Concentraciones e incluso el Pleno de la Comisión.

Para ello, el artículo 56 del Estatuto estipula las reglas básicas que deben observarse cuando servidores públicos de la Comisión diferentes a los Comisionados, se entrevisten con los agentes económicos para el despacho de sus asuntos:

- Siempre deberán estar presentes al menos dos servidores públicos;
- Las solicitudes de reunión se realizarán vía correo electrónico institucional en la que se asentará la identificación del expediente, los agentes económicos, o representante legales que solicitan la reunión, personas que asistirán, servidores públicos con quienes pretenden reunirse y el motivo de la reunión; y
- El servidor público guardará constancia de la entrevista, a fin de integrarla al registro de la Comisión, y deberá señalar fecha y hora de la reunión y comunicarlo al solicitante vía correo electrónico institucional.

Por la utilidad que han mostrado en términos de hacer más eficiente el análisis que realiza la COFECE y la presentación de la información por parte de los agentes económicos, la Comisión recomienda que se solicite una reunión con la DGC antes de presentar una notificación de concentración, durante el procedimiento y antes de presentar alguna propuesta de condiciones.

Por su parte, los Comisionados pueden tratar asuntos con los agentes económicos únicamente mediante entrevista. El artículo 25 de la LFCE señala que, para tal efecto, se deberán seguir las siguientes formalidades:

- Se debe convocar a todos los Comisionados, pero la entrevista podrá celebrarse con la presencia de uno solo de ellos.
- En cada entrevista se deberá llevar un registro en el que se señale el lugar, la fecha, la hora de inicio y conclusión de la entrevista. Asimismo, deberán constar los nombres completos de todos los asistentes y los temas tratados. Esta información se publicará en el sitio de internet de la Comisión.
- Las entrevistas serán grabadas y almacenadas en medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología. Estas grabaciones tendrán el carácter de información reservada y estarán a disposición de los demás Comisionados.