

PRACTICAS RECOMENDABLES PARA PROCEDIMIENTOS DE NOTIFICACION DE CONCENTRACIONES

I. Nexo jurisdiccional

- A. Las autoridades deben ejercer sus competencias solamente sobre aquellas operaciones que mantengan un nexo adecuado con la jurisdicción afectada.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Septiembre de 2002)

Comentario: Las autoridades de cada jurisdicción son soberanas respecto de la aplicación de sus propias leyes a las operaciones de concentración. No obstante, en el ejercicio de dicha soberanía, la jurisdicción de que se trate debe recaer solamente sobre aquellas operaciones de concentración que mantengan un nexo adecuado con la misma.

- B. Los umbrales de notificación deben incorporar criterios sustantivos apropiados en relación con el nivel de “nexo local” exigido para la notificación de concentraciones.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Septiembre de 2002)

Comentario 1: Para determinar los umbrales de notificación aplicables, cada jurisdicción debe procurar excluir aquellas concentraciones poco susceptibles de producir efectos apreciables para la competencia dentro de su territorio. La notificación obligatoria de dichas concentraciones conllevaría innecesarios costes administrativos, así como una utilización de recursos que no se vería compensada por ninguna de las ventajas derivadas de la ejecución de las normas. Por consiguiente, los umbrales de notificación deberán incorporar criterios sustantivos apropiados en relación con el nivel de “nexo local” exigido, tales como el volumen de ventas o el valor de los activos en el territorio de la jurisdicción afectada.

Comentario 2: Este criterio del “nexo local” no debería impedir la utilización adicional de umbrales accesorios basados en la actividad de las partes a nivel mundial. En ausencia de un nexo local por encima de ciertos umbrales (por ejemplo, un nivel determinado de ingresos o activos en el territorio de la jurisdicción afectada), el volumen mundial de negocios o el valor mundial de los activos de las partes no deben determinar por sí solos la obligación de notificar una concentración.

Comentario 3: Los umbrales nacionales deben referirse únicamente a las empresas o entidades participantes en la concentración notificada. En particular, las ventas o activos de la parte adquirida deben referirse exclusivamente a las ventas o activos de la(s) empresa(s) que va(n) a ser adquirida(s) como consecuencia de la concentración.

- C. La determinación del nexo entre la operación de concentración y la jurisdicción afectada debe basarse en la actividad existente en dicha jurisdicción, en atención a las actividades de al menos dos de las partes de la concentración o a las actividades de la empresa adquirida en el territorio afectado.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)
Modificado (Junio de 2003)

Comentario 1: La notificación de las operaciones de concentración no debe resultar obligatoria a no ser que se trate de una concentración susceptible de producir un efecto significativo, directo e inmediato en la jurisdicción afectada. Este criterio se cumplirá cuando al menos dos de las partes de la concentración tengan cada una un volumen significativo de actividad en la jurisdicción afectada. Alternativamente, el criterio referido puede cumplirse si la empresa adquirida cuenta con una presencia significativa, directa o indirecta, en el territorio afectado mediante, por ejemplo, activos o ventas realizadas dentro de dicha jurisdicción.

Comentario 2: Muchas jurisdicciones requieren, como condición para notificar, que cada una de al menos dos de las partes de la concentración realicen actividades en el territorio de la jurisdicción afectada. Este criterio constituye un filtro adecuado para garantizar un “nexo local” apropiado, ya que la probabilidad de que se deriven efectos negativos de una concentración en la que tan sólo una de las empresas participantes tiene un nexo suficiente con la jurisdicción afectada es tan remota que las cargas asociadas con la obligación de notificar generalmente resultan desproporcionadas. Si bien el requisito de “nexo local” puede cumplirse teniendo en cuenta las actividades de la parte adquirida, el umbral de notificación establecido deberá ser lo suficientemente elevado como para garantizar que no resulte obligatorio notificar operaciones de concentración que carezcan de potenciales efectos materiales en la economía nacional.

Comentario 3: La obligación de notificar no debe basarse únicamente en el volumen de actividad nacional del comprador, por ejemplo, en atención al volumen conjunto de ventas o al valor conjunto de los activos que debe tener el comprador sin tener en cuenta la actividad a nivel nacional de la empresa que va a ser adquirida. Asimismo, las actividades relevantes de la empresa adquirida a nivel nacional deben ir referidas generalmente a las ventas o activos nacionales de la empresa o empresas que serán adquiridas como consecuencia de la concentración.

Comentario 4: Es posible que la adquisición por una empresa con posición de dominio a nivel nacional de un posible competidor extranjero que carezca de un volumen de ventas significativo en la jurisdicción plantee problemas en materia de competencia. No obstante, la aplicación de umbrales basados exclusivamente en el volumen nacional de actividad del comprador con el fin de cubrir estos casos excepcionales impondría costes administrativos innecesarios sobre un mayor número de operaciones que no presentan efectos anticompetitivos apreciables. En consecuencia, la utilización de umbrales de

notificación basados exclusivamente en las actividades nacionales del comprador debe reservarse únicamente para aquellos casos en los que, de no aplicar dichos umbrales, las autoridades de competencia se verían desprovistas de competencia sobre las concentraciones referidas (*i.e.* cuando la legislación aplicable prohíba a las autoridades cuestionar la legalidad de las concentraciones que no requieren notificación). Si una jurisdicción determinada opta por utilizar dichos criterios de notificación, los umbrales establecidos al efecto deberán tener un nivel muy alto. En el caso de que dichos umbrales resulten insuficientes para minimizar el número de notificaciones innecesarias, deberán adoptarse otros filtros basados en criterios objetivos.

II. Umbrales de notificación

A. Los umbrales de notificación deben ser claros y comprensibles.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)*

Comentario 1: La claridad y la simplicidad deben ser las principales características de los umbrales de notificación, de manera que las partes puedan determinar fácilmente cuándo una concentración es susceptible de ser notificada. Dado el aumento del número de concentraciones multijurisdiccionales y el número cada vez mayor de jurisdicciones en las que es preciso evaluar si la concentración entra en los umbrales de notificación aplicables, sólo unos criterios transparentes y fáciles de comprender y medir pueden servir mejor a los intereses de la comunidad empresarial y de las autoridades de la competencia, así como a la operación eficiente de los mercados de capital.

B. Los umbrales de notificación deben basarse en criterios objetivamente cuantificables.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)*

Comentario 1: Los umbrales de notificación deberán basarse exclusivamente en criterios objetivamente cuantificables. El valor de los activos o el volumen de ventas (o de negocio) constituyen ejemplos de criterios objetivamente cuantificables. En cambio, criterios como la cuota de mercado de las partes o los efectos potenciales de la concentración no resultan objetivamente cuantificables. La cuota de mercado de las partes y otros criterios valorativos pueden resultar de utilidad en estadios posteriores del procedimiento de control de concentraciones (al igual que las consideraciones relativas a la cantidad de información requerida en la notificación y a la legalidad de la operación propiamente dicha). Sin embargo, este tipo de criterios resulta menos adecuado para determinar con carácter previo si una concentración es susceptible de notificación.

Comentario 2: La determinación de criterios de notificación objetivos requiere que cada jurisdicción identifique explícitamente una serie de factores. En primer lugar, la jurisdicción debe identificar el parámetro aplicable –e.g. activos o ventas-. En segundo lugar, debe identificarse el ámbito de aplicación geográfico aplicable a dicho parámetro – e.g. nacional o mundial-. En tercer lugar, es necesario especificar el ámbito de aplicación temporal al que se refieren los parámetros anteriores. Para ciertos parámetros, como es el caso del volumen de negocios, el volumen de ingresos o de ventas, el ámbito de aplicación temporal irá referido a un período de tiempo –e.g. un año natural-. Para otros parámetros, como es el caso del valor de los activos, el ámbito de aplicación temporal irá referido a una fecha concreta a partir de la cual deben tenerse en cuenta dichos parámetros. En cualquier caso, los criterios referidos pueden definirse con base en los informes y cuentas consolidadas o estados financieros de las partes (e.g. cuentas anuales de ingresos y gastos o el balance anual).

Comentario 3: Los criterios específicos adoptados deben definirse en términos claros e inteligibles, incluyendo orientaciones pertinentes en cuanto a los elementos que deben incluirse o excluirse en su determinación, tales como los impuestos y las transacciones que hayan tenido lugar entre las partes y empresas vinculadas (por lo que respecta a las ventas), la depreciación (por lo que se refiere al valor de los activos), y hechos materiales u operaciones que hayan tenido lugar después de la fecha de las últimas cuentas consolidadas. Asimismo, debe ofrecerse orientación acerca de la localización geográfica de las ventas o los activos que se tendrán en cuenta. Con objeto de facilitar a las partes la posibilidad de reunir información multi-jurisdiccional de manera coherente, las jurisdicciones deben adoptar líneas directrices o definiciones uniformes respecto de los criterios comúnmente utilizados.

C. Los umbrales de notificación deben basarse en información accesible para las partes.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)*

Comentario 1: El tipo de información necesaria para determinar si una concentración entra en los umbrales de notificación establecidos debe resultar accesible para las partes en el curso de su actividad ordinaria.

Comentario 2: Sin perjuicio de lo establecido en el *Comentario 1*, puede solicitarse a las partes que aporten información relativa a sus ingresos o al valor de sus activos en cada jurisdicción, incluso si las partes no disponen de dicha información en el curso de su actividad ordinaria. Sin embargo, tal y como se indica anteriormente, las partes deben recibir las orientaciones pertinentes en cuanto a la metodología que deben emplear para obtener la información solicitada. Ello es de particular importancia en aquellos casos en los que las partes deben aportar la información solicitada en un formato que no es habitual en su actividad ordinaria.

Comentario 3: Generalmente, a efectos de establecer las medidas económicas en que deben ir expresados los criterios de notificación, debe tenerse en cuenta que la expresión de dichos criterios en referencia al valor de la divisa nacional resultará superior a su valor expresado en otros términos económicos –por lo general, la información contable de las partes figura en términos de valor y la información pública relativa a dichos valores es accesible a través de fuentes oficiales internacionales. Debe reconocerse, sin embargo, que para aquellas jurisdicciones cuya divisa presenta un comportamiento volátil, puede resultar conveniente adoptar medidas económicas más dinámicas, tales como múltiplos del salario mensual. La preferencia general por la utilización de valores económicos no debe impedir que una jurisdicción decida expresar los criterios de notificación aplicables utilizando otras divisas reconocidas globalmente. En cualquier caso, los criterios de notificación deben definirse con claridad (incluyendo las normas aplicables para la conversión de divisas), transparencia y deben resultar fácilmente accesibles para las partes independientemente de que éstas estén domiciliadas en la jurisdicción afectada.

III. Oportunidad de notificación

A. **Las partes deben tener la posibilidad de notificar una concentración aportando una declaración de buena fe de su intención de llevar a cabo la operación.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)

Comentario 1: Las partes deben tener la posibilidad de efectuar su notificación sin demora. Ello permitirá a las partes presentar la notificación en el momento en que lo estimen más oportuno y facilitará la coordinación de notificaciones multi-jurisdiccionales. No obstante, las autoridades de la competencia no deben aceptar la notificación de operaciones meramente especulativas y, por tanto, resultará razonable exigir a las partes, como requisito previo a la notificación, la aportación de pruebas suficientes de su intención de llevar a cabo la concentración. Asimismo, las autoridades de la competencia podrán condicionar la admisión a trámite de una notificación a su publicación o al cumplimiento de cualesquiera otros requisitos de publicidad aplicables en la jurisdicción afectada.

Comentario 2: Por lo que se refiere al momento para presentar la notificación, la práctica seguida en las distintas jurisdicciones difiere considerablemente. La convergencia de estas prácticas puede constituir un mecanismo adecuado para promover una mayor eficiencia a la hora de coordinar el proceso de examen multijurisdiccional. Algunas jurisdicciones no contemplan la notificación formal de una concentración hasta que no exista un acuerdo definitivo al respecto. Otras jurisdicciones, en cambio, permiten la notificación sobre la base de una declaración de intenciones, un principio de acuerdo o el anuncio de una oferta de adquisición (en algunos casos, se exige una declaración expresa de la parte notificante de su intención de buena fe de llevar a cabo la operación notificada), y estas jurisdicciones han podido comprobar que esta práctica no ha provocado un aumento en el número de notificaciones especulativas. El coste que conlleva el procedimiento de notificación (incluyendo las tasas o cuotas de notificación), así como las cargas derivadas de la aportación de información y la posibilidad de que dicha información se haga pública, tienden a desincentivar a las partes de notificar operaciones que son meramente especulativas.

Comentario 3: Para determinar el momento en que debe aceptarse la notificación, cada jurisdicción debe tener en cuenta si las solicitudes de confidencialidad que pueden presentar las partes a lo largo del procedimiento son susceptibles de entorpecer el desarrollo eficiente de la investigación por parte de las autoridades de competencia (por ejemplo, si ello puede dificultar el contacto con terceras personas) o resultar contrarias a las normas en materia de publicidad aplicables en la jurisdicción afectada.

Comentario 4: En aquellos casos en los que no está permitido notificar una concentración hasta que las partes hayan adoptado un acuerdo definitivo al respecto, las autoridades de la competencia deben otorgar a las partes la oportunidad de presentar una

consulta previa confidencial con el objeto de facilitar la presentación oportuna y el análisis de la notificación formal. Además, los criterios aplicables para determinar cuándo existe un “acuerdo definitivo” sobre la operación notificada deben definirse con claridad, de manera que las partes puedan saber a partir de qué momento se aceptará a trámite su notificación.

- B. Las jurisdicciones en las que se prohíbe llevar a cabo de la operación notificada hasta que las autoridades de competencia no la hayan analizado o durante un período de tiempo específico desde la presentación de la notificación no deben imponer plazos de notificación previa.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)

Comentario 1: En cuanto a la naturaleza y a la cantidad de información que debe presentarse en el momento de la notificación, los distintos regímenes de control de concentraciones difieren sustancialmente y hay circunstancias en las que las partes necesitan un período de tiempo considerable para preparar la notificación correspondiente una vez que se ha adoptado un acuerdo definitivo sobre la operación notificada. Aquellas jurisdicciones en las que se prohíbe la realización de la concentración hasta que la autoridad competente no haya analizado la operación notificada no deben imponer a las partes un plazo de notificación cerrado posterior a la fecha de la firma del acuerdo. La eliminación de los plazos de notificación facilitará asimismo la coordinación de notificaciones y análisis multi-jurisdiccionales.

- C. Las jurisdicciones en las que no se prohíbe la realización de la operación notificada durante el período de examen por las autoridades de competencia deben establecer un plazo razonable para la presentación de notificaciones, el cual se contará desde la fecha del hecho que dé lugar a la notificación, estando este hecho definido con claridad.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Septiembre de 2002)

Comentario 1: Algunas jurisdicciones requieren la notificación de concentraciones pero no prohíben su realización durante su investigación por las autoridades de competencia (jurisdicciones de “efecto no-suspensivo”). Estas jurisdicciones tienen una base legítima para solicitar la presentación de notificaciones en un plazo que permita a la autoridad de competencia llevar a cabo la investigación oportuna. En aquellos casos en que la notificación debe presentarse en un plazo determinado a partir de la fecha en que tiene lugar el hecho que da lugar a la notificación, dicho plazo debe permitir a las partes preparar la notificación en un tiempo razonable en función de la información solicitada.

Comentario 2: A efectos de calcular el plazo para la presentación de notificaciones, el hecho que da lugar a la notificación debe definirse con claridad, de manera que las partes puedan determinar con carácter definitivo los plazos de notificación aplicables.

Asimismo, el hecho que da lugar a la notificación debe definirse de manera que las partes no se vean obligadas a notificar operaciones de concentración cuyo proceso de negociación no haya alcanzado un nivel de desarrollo suficiente. Ello evitará la presentación de notificaciones antes de tiempo, promoviendo así una asignación eficiente de recursos, y evitando la imposición de cargas innecesarias para aquellas partes que contemplan la posibilidad de llevar a cabo una operación de concentración (y que todavía no han alcanzado un acuerdo al respecto).

IV. Plazos para el examen de notificaciones

A. El examen de las operaciones notificadas debe llevarse a cabo en un período de tiempo razonable.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: Las operaciones de concentración pueden plantear complejas cuestiones de naturaleza económica y jurídica. En estos casos, las autoridades de competencia necesitarán contar con un período de tiempo suficiente para llevar a cabo una investigación y un análisis adecuados que les permita adoptar una decisión fundada. Al mismo tiempo, la mayoría de las operaciones de concentración son vulnerables al paso del tiempo, y su revisión por las autoridades de competencia constituye, en ocasiones, una condición para su realización, ya sea esta legal o convencional. La demora del procedimiento de examen puede plantear ciertos problemas. Un retraso en el procedimiento de examen puede entorpecer la realización de la propia operación notificada debido a acontecimientos puntuales y otras circunstancias sometidas a plazos, como es el caso de los acuerdos para la financiación de la operación. Dicho retraso puede asimismo tener un efecto negativo en los planes de transición de cada una de las partes, así como en las operaciones comerciales pendientes en el momento de la notificación por causa del desgaste de la fuerza de trabajo y de la incertidumbre vigente en el mercado. Ello puede, además, posponer las eficiencias que, en otro caso, se derivarían de la operación notificada. El examen de las operaciones debe, por lo tanto, terminarse dentro de un tiempo razonable. La fijación de un plazo razonable para el examen de las operaciones de concentración debe tener en cuenta, entre otros aspectos, la complejidad de la operación notificada y posibles cuestiones en materia de competencia, la disponibilidad y la dificultad para obtener la información solicitada, así como los plazos en que las partes deben responder a las solicitudes de información.

Comentario 2: Algunas jurisdicciones prohíben la realización de la operación notificada en tanto que no hayan transcurrido los llamados “períodos de suspensión” o éstos no hayan terminado de forma anticipada (jurisdicciones de “efectos suspensivos”). Por el contrario, en las llamadas jurisdicciones de efectos “no suspensivos”, las partes pueden llevar a cabo la operación notificada aun cuando las autoridades no hayan efectuado el análisis correspondiente. No obstante, en aras de una mayor seguridad jurídica, las partes de la concentración deben tener la posibilidad de suspender voluntariamente la operación notificada hasta que la autoridad competente se haya pronunciado al respecto. En determinados casos, la financiación de la operación o el cumplimiento de las formalidades legales necesarias para que ésta se lleve a cabo pueden estar condicionadas a la obtención de todas las autorizaciones administrativas necesarias. En consecuencia, el examen de la operación notificada debe llevarse a cabo en un plazo razonable, tanto en las jurisdicciones de efectos suspensivos como en las de efectos no suspensivos.

Comentario 3: En las jurisdicciones de efectos no suspensivos, el desarrollo del procedimiento de control de concentraciones en un plazo razonable promueve igualmente

una aplicación más efectiva de las normas, ya que el paso del tiempo puede dificultar la imposición de medidas correctivas por parte de las autoridades de competencia una vez que se haya ejecutado la operación notificada.

- B. Los regímenes de control de concentraciones deben incorporar procedimientos que permitan el examen y la aprobación diligente de las operaciones que no planteen cuestiones de competencia materiales.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: Teniendo en cuenta que la mayoría de las operaciones notificadas no plantean problemas en materia de competencia, los regímenes de control de concentraciones deben estar diseñados de manera que dichas operaciones se examinen con fluidez. Muchas jurisdicciones han alcanzado tal objetivo empleando procedimientos de revisión que permiten que este tipo de operaciones poco problemáticas sean sometidas a un examen preliminar que se lleva a cabo durante un plazo de tiempo abreviado, sometiendo a plazos de revisión más amplios solamente aquellas operaciones de concentración que sí plantean problemas en materia de competencia.

Comentario 2: Algunos regímenes se refieren al período de suspensión inicial como “Fase I”, mientras que el período de revisión más amplio es referido como “Fase II”. Otras jurisdicciones emplean procedimientos con una única fase o con varias fases que, igualmente, permiten que las operaciones que no plantean problemas en materia de competencia sean autorizadas mediante una revisión abreviada o después de un periodo de espera.

- C. En las jurisdicciones de efecto suspensivo, los plazos de suspensión inicial deben finalizar en un período de tiempo determinado a partir de la fecha de la notificación y los plazos de suspensión prolongada deben finalizar en un período de tiempo determinado.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: En las jurisdicciones de efecto suspensivo, la operación notificada no podrá llevarse a cabo en tanto que no haya transcurrido el periodo de espera o suspensión aplicable. En consecuencia, los períodos de suspensión deben estar sujetos a plazos definitivos y fácilmente calculables para permitir que aquellas operaciones que no planteen problemas en materia de competencia sean analizadas con la demora y el trastorno mínimos. Si bien determinadas operaciones pueden ser objeto de un análisis más amplio, los plazos de suspensión aplicables deben tener una duración determinada, a contar, bien a partir de la fecha de recepción de la notificación, bien de la fecha de inicio de la Fase II o del procedimiento similar aplicable, o bien desde la fecha de recepción de la información solicitada por la autoridad competente, en su caso, para llevar a cabo un examen más amplio de la operación.

Comentario 2: Con el objeto de facilitar la coordinación del análisis y la aprobación de las operaciones de concentración, las jurisdicciones deben aspirar a la convergencia de los plazos de suspensión aplicables con los plazos empleados por las autoridades de otros países. En concreto, el plazo de suspensión inicial debe tener una duración máxima de seis semanas, mientras que el análisis más amplio o Fase II debe completarse en un plazo máximo de seis meses desde la recepción de la notificación inicial.

Comentario 3: La inseguridad derivada de los plazos de suspensión solo puede evitarse si las partes tienen la posibilidad de calcular fácilmente las fechas de inicio y terminación anticipada de los mismos. Por consiguiente, las autoridades de competencia deben informar a las partes con tiempo suficiente sobre cualquier deficiencia que hayan detectado en la información suministrada, así como de los detalles específicos de dichas deficiencias con el fin de garantizar que las partes puedan presentar las correcciones oportunas a la mayor brevedad posible. En aquellas jurisdicciones en las que la solicitud de información adicional a las partes tenga como efecto la interrupción de los plazos de suspensión, las autoridades de competencia deberán consolidar el procedimiento de solicitud de información con el fin de permitir una mayor previsibilidad en la duración del plazo de suspensión.

Comentario 4: Una vez transcurridos los plazos de suspensión aplicables, las partes deben tener la posibilidad de llevar a cabo aquellas concentraciones que han sido notificadas correctamente, salvo en el caso de que la autoridad de competencia decida formalmente prorrogar dichos plazos (por ejemplo, mediante el inicio de la Fase II del procedimiento), imponer condiciones para llevar a cabo la operación notificada, o prohibir o impugnar la concentración. En algunas jurisdicciones, la finalización de los plazos de suspensión aplicables no impide que las autoridades impugnen posteriormente la operación notificada y, sin embargo, las partes pueden llevar a cabo la operación una vez que han transcurrido dichos plazos.

Comentario 5: Los plazos de suspensión no deben impedir que las autoridades de competencia pongan fin al procedimiento anticipadamente, una vez que hayan comprobado que la operación notificada no plantea problemas en materia de competencia. En consecuencia, los procedimientos vigentes en las distintas jurisdicciones deben permitir a las autoridades terminar anticipadamente los plazos de suspensión aplicables.

Comentario 6: En ocasiones, los plazos de suspensión aplicables pueden resultar insuficientes para que la autoridad de competencia adopte una decisión. Así, puede resultar necesario prorrogar dichos plazos cuando se trate, por ejemplo, de operaciones particularmente complejas o con el fin de que las partes puedan dar cumplimiento a condiciones aceptadas mutuamente para la aprobación de la operación. Con el objeto de adaptarse a este tipo de situaciones, los procedimientos de investigación deben ser suficientemente flexibles, de manera que los plazos de suspensión puedan prorrogarse con carácter limitado y con el consentimiento de las partes notificantes, evitando así el inicio de la Fase II o la adopción de una resolución desestimatoria o adversa. Las

autoridades de competencia no deben fomentar la prórroga de los plazos, salvo que existan razones suficientes para entender que dicha prórroga puede evitar una prolongación formal del plazo de suspensión o una decisión desestimatoria o adversa.

- D. En las jurisdicciones de efecto no suspensivo, el análisis inicial de las operaciones notificadas debe llevarse a cabo en un plazo determinado a partir de la recepción de la notificación, así como el examen más amplio debe llevarse a cabo en un plazo determinado.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)*

Comentario 1: En las jurisdicciones de efecto no suspensivo, si bien no resulta legalmente prohibido que las partes lleven a cabo la operación notificada con posterioridad a la presentación de la notificación, el procedimiento de examen es, sin embargo, susceptible de afectar a la facultad de las partes y/o a su disposición a llevar a cabo la operación antes de contar con la aprobación de la autoridad competente. Por consiguiente, muchos de los factores temporales considerados en los Comentarios a la Practica Recomendable C en relación con los plazos de suspensión aplicables en las jurisdicciones de efecto suspensivo resultan asimismo aplicables en relación con los plazos correspondientes en las jurisdicciones de efecto no suspensivo. Así, entre otros factores, los períodos correspondientes al examen inicial deben estar sujetos a plazos definitivos y fáciles de calcular de cara a facilitar la autorización de operaciones que no planteen problemas en materia de competencia con la demora y trastorno mínimos, así como los períodos correspondientes a un análisis más amplio deben estar sujetos a plazos de duración determinada.

Comentario 2: Las jurisdicciones de efecto no suspensivo deben promover la convergencia de sus plazos de examen con los plazos aplicados por las autoridades de otros países con el fin de facilitar la coordinación de los procedimientos de examen y autorización. Así, los plazos derivados del procedimiento de examen previo deben tener una duración máxima de seis semanas, y los plazos del procedimiento de examen más amplio o Fase II deben tener una duración máxima de seis meses a partir de la fecha de recepción de la notificación inicial.

- E. Las jurisdicciones deben adoptar procedimientos adaptados a las circunstancias particulares que se derivan de las operaciones en las que no medie acuerdo entre las partes y de las operaciones de compra-venta en procesos de quiebra.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)*

Comentario 1: Aquellos procedimientos de notificación diseñados principalmente para abarcar operaciones de concentración que tienen lugar mediante el acuerdo de las partes pueden resultar inadecuados para el examen de operaciones en las que no media dicho acuerdo, tales como las ofertas públicas o las adquisiciones a través de bolsa. En este

tipo de operaciones, es posible que la empresa que va a ser adquirida no esté interesada o incluso sea hostil a la operación propuesta y se muestre, por tanto, reacia a cooperar en el procedimiento de notificación. Estas dificultades pueden resultar especialmente significativas en aquellas jurisdicciones en las que se exige la notificación conjunta del adquirente y del adquirido en la operación o la presentación de una notificación por cada una de las partes. Asimismo, las operaciones de concentración en las que las partes no están de acuerdo pueden ser muy vulnerables al paso del tiempo, ya que dichas operaciones pueden estar sujetas a plazos derivados de la legislación aplicable en materia de valores y la presentación de posibles ofertas competidoras no susceptibles de ser publicadas podría verse afectada. Las jurisdicciones deben establecer procedimientos adecuados que tengan en cuenta la particular naturaleza de estas operaciones. Por ejemplo, determinadas jurisdicciones han adoptado las siguientes medidas diseñadas para abordar las cuestiones específicas que se derivan de estas operaciones en las que no existe acuerdo entre las partes: plazos de revisión abreviados (o, en su caso, plazos de suspensión abreviados); inicio formal del procedimiento una vez que la operación ha sido notificada por una de las partes (en aquellos casos en los que se requiere la notificación por ambas partes); exención de la obligación de las partes de aportar la información solicitada en relación con la empresa adquirida en situaciones de compra hostil; y/o exenciones que permiten la realización de la operación notificada durante el período de examen, a condición de que el comprador no ejerza sus derechos de voto o ejerza dichos derechos exclusivamente con el objeto de mantener el valor de las acciones adquiridas.

Comentario 2: Las jurisdicciones deben considerar la posibilidad de adoptar procedimientos de revisión acelerada para aquellas operaciones entre empresas con dificultades económicas y que son objeto de un procedimiento judicial (*e.g.* quiebra o procesos de reestructuración similares). Los riesgos derivados del posible deterioro de los activos de las empresas mencionadas hacen que resulte aconsejable considerar la adopción de un procedimiento de revisión o de plazos de suspensión abreviados, bien a través de normas específicas, bien a través de la terminación discrecional y anticipada del procedimiento. Las operaciones de venta por los síndicos en procesos de quiebra son asimismo susceptibles de plantear las dificultades referidas en el Comentario anterior.

V. Requisitos para la notificación inicial

- A. Los requisitos para la notificación inicial de concentraciones deben limitarse a la información necesaria para verificar que la operación excede los umbrales de notificación aplicables, para determinar si dicha operación plantea problemas en materia de competencia que requieran una investigación más amplia, así como para adoptar las medidas necesarias para finalizar el procedimiento de revisión de aquellas operaciones que no requieren una investigación más detallada.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)*

Comentario 1: Dado que la mayoría de las operaciones notificadas no plantean problemas en materia de competencia, la notificación inicial debe aportar la mínima cantidad de información que resulte necesaria para iniciar el procedimiento de examen. Dicha notificación inicial debe utilizarse para comprobar que la operación ha sido debidamente notificada ante las autoridades de competencia a la vista de los criterios jurisdiccionales y de los umbrales de notificación aplicables, así como para determinar si la operación notificada plantea dudas en materia de competencia que sean susceptibles de una investigación más detallada. Asimismo, la notificación inicial puede servir para que la autoridad competente obtenga la información necesaria para la aprobación de la operación o para preparar cualquier otra documentación necesaria para poner fin al procedimiento.

Comentario 2: La cantidad de información requerida en la notificación inicial puede variar en función de los criterios utilizados por cada jurisdicción en relación con los umbrales de notificación. Los regímenes que examinan concentraciones de escasa importancia, o concentraciones con un nexo jurisdiccional limitado o que, debido al establecimiento de umbrales de notificación bajos, obligan a analizar un gran número de operaciones, pueden provocar cargas desproporcionadas en relación con los requisitos de notificación inicial.

- B. Los requisitos y prácticas relacionadas con la notificación inicial deben aplicarse de manera que no impongan cargas innecesarias para las partes en relación con aquellas operaciones que no plantean problemas en materia de competencia.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)*

Comentario 1: Dado que la obligación de notificar recae sobre operaciones que abarcan una amplia variedad de posibles efectos sobre la competencia, no existe ningún conjunto de requisitos de notificación previa que resulte idóneo para todas las operaciones. Con el objeto de permitir que la autoridad competente cumpla con su cometido sin imponer cargas innecesarias a las partes, las jurisdicciones deben establecer mecanismos que permitan cierta flexibilidad en el contenido de la notificación inicial y/o respecto de la obligación de aportar información adicional durante la fase inicial del procedimiento.

Comentario 2: Existen distintas formas de introducir flexibilidad en el procedimiento de examen inicial. Muchas jurisdicciones utilizan una de las siguientes medidas:

- *Formatos de notificación alternativa:* Utilización de distintos formatos de notificación en función de la complejidad que plantee el análisis de la operación; cabe citar como ejemplo: (a) los certificados de aprobación preliminar, que permiten a las partes utilizar un procedimiento simplificado en lugar de la notificación formal; y (b) formularios largos o abreviados, de manera que las partes tengan la opción de presentar información abreviada en relación con aquellas operaciones que no plantean problemas en materia de competencia.
- *Exención discrecional:* Utilización de requisitos de notificación exhaustivos junto con procedimientos que otorgan discrecionalidad a la autoridad de competencia para dispensar a las partes de su obligación de aportar la información solicitada cuando no resulte lo suficientemente relevante como para justificar la carga que su presentación supone para las partes.
- *Solicitud de información adicional:* Utilización de requerimientos simplificados aplicables a la notificación inicial junto con procedimientos que otorgan discrecionalidad a la autoridad de competencia para solicitar información adicional durante el período de examen inicial.

Comentario 3: Cualquiera que sea el mecanismo de flexibilidad empleado, las autoridades de competencia deben limitar la cantidad de información solicitada a las partes en aquellas operaciones que no parecen plantear problemas en materia de competencia. No obstante, las autoridades podrán solicitar a las partes que aporten información suficiente para demostrar que la operación notificada no plantea problemas en materia de competencia. Al mismo tiempo, las autoridades de competencia deben mostrarse flexibles por lo que respecta a las formalidades aplicables en aquellos casos en que las partes pueden demostrar que la operación no plantea dudas en materia de competencia aportando información objetivamente cuantificable obtenida en el curso normal de actividad de la empresa afectada, a diferencia de la información detallada sobre el mercado que en ocasiones se solicita a las partes cuando notifican.

Comentario 4: Las autoridades de competencia que solicitan información adicional deben considerar la posibilidad de proporcionar orientación a las partes acerca del tipo de información solicitada habitualmente con el objeto de determinar si la operación notificada plantea problemas en materia de competencia (e.g. cuentas o reportes y planes anuales, documentos relativos a la operación, listas de clientes).

Comentario 5: Las autoridades de competencia tienen derecho a esperar que las notificaciones presentadas contengan la información material original correspondiente a la jurisdicción de que se trate. Cuando, en virtud de los requisitos aplicables, se

establezca un formato de notificación específico, la autoridad de competencia podrá aceptar toda información que responda sustancialmente a lo solicitado, aunque ésta figure en un formato distinto previamente preparado por las partes en el curso de su actividad diaria o para su presentación en otras jurisdicciones. Estas consideraciones deben ser tenidas en cuenta, por ejemplo, en: (a) casos en los que las partes dispongan de información contable en relación a ejercicios fiscales y deban notificar en una jurisdicción que requiere que la información suministrada vaya referida a años naturales; y (b) casos en los que las partes dispongan de información en relación a ámbitos geográficos que no se correspondan precisamente con el formato exigido en el formulario de notificación de la jurisdicción correspondiente.

Comentario 6: Las autoridades de competencia deben permitir que las partes proporcionen por voluntad propia información adicional a la solicitada en la notificación inicial con el fin de ayudar a las autoridades en la identificación o resolución de las posibles cuestiones que puedan suscitarse en materia de competencia o bien para centrar la investigación correspondiente en dichas cuestiones.

- C. Con carácter previo a la notificación, las autoridades de competencia deben proporcionar a las partes orientación acerca de la obligación de notificar una operación y del contenido de dicha notificación.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: Generalmente es del interés de las agencias de competencia y de las partes involucradas el que se aclaren oportunamente dudas de hecho y de derecho relacionadas con la operación que se prevé notificar. Esta labor de orientación resulta particularmente útil en relación con aquellas operaciones que plantean cuestiones complejas, ya sean jurídicas o en materia de competencia. Las jurisdicciones deben tener en cuenta la posibilidad de establecer consultas previas a la notificación a petición de las partes con el objeto de aconsejarles si la operación debe ser notificada y, en ese caso, indicarles qué tipo de información será necesario aportar con la notificación.

Comentario 2: En aquellas jurisdicciones que utilicen exenciones discrecionales como medida de flexibilidad, las consultas previas a la notificación deben proporcionar a las partes la posibilidad de que se les exima de la obligación de aportar la información solicitada cuando la carga que conlleva recabar y entregar dicha información es mayor que el valor que esta pueda tener para la autoridad de competencia.

D. Las jurisdicciones deben limitar los requisitos de traducción y otras cargas relacionadas con la verificación de documentos oficiales.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)*

Comentario 1: Si bien resulta apropiado exigir que las notificaciones sean presentadas en un idioma oficial (aunque las autoridades puedan aceptar notificaciones en otros idiomas), no debe exigirse la traducción de los documentos anexos, tales como la documentación relativa a la operación notificada, las cuentas anuales u otros documentos presentados como parte de la notificación. Las autoridades de la competencia deben aceptar traducciones abreviadas, extractos, y otros medios que sirvan para reducir las cargas derivadas de la traducción, sin perjuicio de su autoridad para solicitar traducciones completas si la operación plantea problemas en materia de competencia.

Comentario 2: Las autoridades tienen derecho a asegurarse de modo razonable de la validez de las notificaciones presentadas y de la documentación que acompaña a las mismas. Ello puede llevarse a cabo sin exigir que las partes presenten documentos compulsados o verificados notarialmente. Determinados regímenes permiten que la notificación se presente con la firma de los representantes y personal apoderado de las empresas afectadas. Los regímenes que exigen verificación formal, deben permitir que la notificación sea presentada por personas debidamente autorizadas con residencia en la jurisdicción de que se trate.

VI. Procedimiento para el análisis de concentraciones

- A. El análisis de concentraciones debe realizarse de forma que constituya un procedimiento eficaz, eficiente, transparente y predecible.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)*

Comentario 1: Eficacia, eficiencia, transparencia y certidumbre son atributos de un control de concentraciones sólido y bien fundamentado. Tales atributos deben tomarse como objetivos que guíen todas las etapas del examen de concentraciones. Durante la investigación, el logro de dichos objetivos puede facilitarse mediante la adopción de procedimientos que atiendan aspectos a los que la autoridad y las partes de la concentración se enfrentan en forma recurrente durante el examen correspondiente; asimismo deberán adoptarse prácticas diseñadas para centrar la investigación en aspectos relevantes de tipo legal o de otra índole a la mayor brevedad posible y prácticas que resuelvan en forma expedita obstáculos que presumiblemente afectan a la competencia.

Comentario 2: Estos objetivos pueden alcanzarse más fácilmente si existe un diálogo franco y abierto entre la autoridad de competencia y las partes de la concentración. La cooperación de estas últimas es un factor clave en la capacidad de la autoridad para que alcance eficazmente dichos objetivos.

- B. Los procedimientos para realizar el examen de concentraciones deben brindar oportunidades para que la autoridad de competencia y las partes de la concentración se reúnan e intercambien puntos de vista en momentos claves de la investigación.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)*

Comentario 1: La autoridad de competencia deberá estar dispuesta a atender consultas de las partes de la concentración e informarles de cualquier aspecto legal o de otra índole que surja durante el curso de la investigación. Aunque en asuntos sencillos generalmente no es necesario realizar reuniones, en casos relevantes las partes de la concentración deberán tener la oportunidad de reunirse con la autoridad de competencia en momentos claves de la investigación. Por ejemplo, cuando sea posible, las partes de la concentración deberán tener la oportunidad de reunirse con la autoridad de competencia previamente a que dicha autoridad tome la decisión de iniciar una investigación más amplia en una segunda etapa (en jurisdicciones con procedimientos de examen de dos etapas), o previamente a que la autoridad imponga condiciones, o decida impugnar o prohibir la operación.

Comentario 2: En cuanto sea factible, la autoridad de competencia deberá estar lista para discutir la evaluación que ha realizado de la operación con las partes de la concentración y si es posible identificar aspectos potencialmente críticos. Algunas jurisdicciones consideran de utilidad mantener sesiones de orientación previas a la notificación de

asuntos relativamente importantes; por ejemplo, cuando la autoridad de competencia tiene experiencia en un sector o cuando las partes han proporcionado información suficiente antes de notificar, permitiendo a la autoridad expresar una opinión preliminar. Si bien la autoridad de competencia debe tratar de identificar tales aspectos tan pronto como sea posible, ciertos temas pueden no hacerse evidentes sino hasta más tarde en el transcurso del examen. Las discusiones mencionadas, por lo tanto, no deberán restringir la capacidad discrecional de la autoridad para aplicar razonamientos nuevos o adicionales sobre efectos anticompetitivos que surjan durante la investigación correspondiente.

- C. Las partes de una concentración deben ser informadas, a más tardar en el momento en que se inicie una segunda etapa de la investigación, de las razones por las cuales la autoridad de competencia no resolvió la operación dentro del periodo de revisión inicial.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: La autoridad de competencia debe proporcionar a las partes de una concentración una explicación (verbal o escrita) de los obstáculos a la competencia que dieron origen a una investigación más amplia. En aquellas jurisdicciones que utilizan un procedimiento de revisión en dos etapas, tal explicación debe ofrecerse a más tardar cuando se inicie la segunda etapa. En jurisdicciones que aplican una sola etapa para su investigación, la autoridad deberá informar a las partes de la concentración, tan pronto como sea posible, de los aspectos que presumiblemente dañan a la competencia. La explicación deberá consistir, cuando menos, en una manifestación breve y clara de estos últimos aspectos. Tal manifestación no deberá restringir la capacidad discrecional de la autoridad para aplicar razonamientos nuevos o adicionales sobre los efectos anticompetitivos que puedan surgir durante la investigación.

Comentario 2: Al proporcionarse tal explicación se consiguen varios efectos benéficos. Primero, se promueve la transparencia y certidumbre sobre la actuación de la autoridad. Segundo, se promueve la eficiencia y se reducen los costes de transacción correspondientes al examen, pues así se permite que las partes se centren en los temas identificados como problemáticos; en consecuencia se facilita resolver dichos temas en forma expedita. Tercero, se reducen las probabilidades de retrasos innecesarios.

- D. Cuando la investigación no esté sujeta a periodos de vencimiento preestablecidos, deberán adoptarse procedimientos que aseguren que la investigación habrá de completarse sin retrasos indebidos.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Cuando el periodo de investigación no esté sujeto a una fecha de vencimiento, deberán establecerse plazos (e.g. estándares de servicio) para el desarrollo de las investigaciones o, en casos particulares, las autoridades de competencia y las partes

de la concentración deberán acordar el establecimiento de “agendas de trabajo”. Tales acuerdos fijarían un plan prospectivo y un calendario para la investigación de ciertas operaciones. Cuando el acuerdo resulte apropiado, se pueden incluir compromisos como los siguientes: (i) establecer fechas de reuniones entre la autoridad de competencia y las partes de una concentración; (ii) plazos para la posible modificación o cumplimiento de requerimientos de información; (iii) fechas para declaraciones o entrevistas de representantes de la empresa; (iv) fechas para el intercambio de información económica y su interpretación teórica; (v) fechas para discusiones entre economistas; (vi) fechas para la entrega de informes u otra documentación; (vii) plazos para sugerir recomendaciones a funcionarios de alto nivel de la autoridad; (viii) un calendario de propuestas de remedios y reacciones a las mismas; y, (ix) fecha límite hasta la cual las partes se comprometen a no cerrar la operación.

Comentario 2: Cuando el periodo de investigación se establece en función de la fecha en la que las partes de la concentración cumplimentan requerimientos obligatorios de información, la autoridad de competencia, conforme sea posible, debe evitar la formulación en serie de tales requerimientos; así, se ofrece certidumbre respecto a la duración del examen correspondiente y se evita incrementar los costes de las partes de la concentración.

Comentario 3: Los periodos de investigación no deben establecerse en función del tiempo transcurrido hasta que los terceros proporcionan la información requerida por la autoridad, ya que éstos pueden no tener incentivos para cooperar en que el análisis sea dinámico e incluso pueden oponerse a la operación. Sin embargo, deberá requerirse a terceros que cumplimenten la información solicitada dentro de plazos razonables con la finalidad de que se realice la investigación en forma oportuna. Las autoridades de competencia también deben considerar la adopción de medidas específicas para limitar los retrasos que pueden causar las partes sujetas a una adquisición no consensuada, como en los casos de ofertas de adquisición hostiles.

Comentario 4: La existencia de periodos específicos para la investigación no deberá ser motivo para que la autoridad de competencia cierre su investigación con antelación a la fecha límite del periodo de revisión, una vez que haya determinado que una operación no ofrece motivos de preocupación para la competencia –ya sea en su forma planteada originalmente o una vez que ha sido modificada conforme a ciertos compromisos expresados por las partes de la concentración-. A estos efectos, las autoridades de competencia deben tener procedimientos que les permitan otorgar resoluciones expeditas dentro de plazos razonablemente cortos.

E. Las autoridades de competencia deben evitar la imposición de costes innecesarios o injustificados a las partes y a terceros derivados del análisis de una concentración.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Teniendo en cuenta que el análisis de una concentración frecuentemente requiere de cantidades sustanciales de información, las autoridades de competencia deberán evitar la imposición de costes innecesarios o injustificados a las partes de la concentración y a terceros, para la realización de la investigación. Los requerimientos de información deben ser adecuados para cubrir las necesidades de investigación de la autoridad de competencia y para que ésta dicte las resoluciones correspondientes. Tales requerimientos deben centrarse en los aspectos de la operación que pudieran ser contrarios a la competencia. Deberán omitirse requerimientos de información que no tengan relación con tales aspectos. Los requerimientos formales de información deberán ser sometidos a la adecuada revisión interna antes de ser emitidos.

Comentario 2: La legislación y su reglamentación deberán permitir que el grupo de trabajo encargado de un asunto o caso (i.e. el grupo responsable de realizar el análisis) modifique los requerimientos de información cuando sea conveniente para evitar costos innecesarios o poco razonables. El grupo de trabajo debe estar dispuesto a considerar propuestas de modificaciones formuladas por las partes. Cualquier controversia que surja por tales propuestas deberá resolverse ágilmente para evitar retrasos y la recopilación de información innecesaria.

Comentario 3: En la medida en que no se afecte el desarrollo del examen, las autoridades de competencia deben considerar el permitir a las partes que aporten información y documentos en la misma forma en que la compañía los utiliza regularmente. No deberá requerirse a las partes que aporten información que no está en su control o que no les sea accesible con relativa facilidad. Bajo tales circunstancias, se puede requerir a las partes que aporten una declaración en la que expliquen las razones que les impiden proporcionar la información solicitada.

Comentario 4: Debe reconocerse que ciertos documentos que obran en idioma extranjero deben ser traducidos en su totalidad para que la autoridad pueda realizar su investigación; sin embargo, las autoridades deben tener en consideración los elevados costos que conlleva la traducción de documentación voluminosa y por lo tanto ser selectivas en cuanto a los requerimientos de traducciones completas. Las traducciones deben ser requeridas, excepto en circunstancias especiales, para aquellos documentos que son relevantes por su contenido de aspectos legales o de otra índole necesarios para la evaluación correspondiente. Si los costes de la traducción resultan excesivos aun observando la restricción señalada, las autoridades de competencia deben estar dispuestas a considerar propuestas razonables ofrecidas por las partes para reducir los costes, tales como la aportación de traducciones de resúmenes o secciones relevantes de documentos voluminosos. Esta práctica no deberá afectar la discrecionalidad de la autoridad para posteriormente exigir traducciones completas cuando sean necesarias para completar el

examen correspondiente, para dictar resolución, o para cumplir con sus obligaciones legales.

Comentario 5: Los desacuerdos entre el grupo que lleva el caso y una de las partes de la concentración, con respecto a si las solicitudes de información están justificadas o son excesivas, o si las partes han respondido a ellas de forma adecuada, deberán someterse a mecanismos y plazos de revisión determinados. En algunas jurisdicciones tales mecanismos incluyen la participación de un tribunal independiente; sin embargo, las controversias pueden ser resueltas a través de procedimientos de revisión dentro de la misma autoridad de competencia, por ejemplo, permitiendo a la parte de la concentración que presente sus argumentos ante funcionarios de superior nivel jerárquico. Los mismos mecanismos de solución de controversias deben ofrecerse a terceros sujetos que estén sujetos a requerimientos de información.

F. Las investigaciones de concentraciones deben desarrollarse respetando los privilegios y doctrinas de confidencialidad legales.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Cuando las partes respondan a los requerimientos de información, no se les debe exigir que aporten información sujeta a salvaguardias o privilegios legales u otras doctrinas de confidencialidad aplicables en la jurisdicción donde se originan los requerimientos. Cuando estos requerimientos se dirigen a personas o sociedades en otras jurisdicciones, la autoridad de competencia debe considerar los principios legales y doctrinas aplicables en esas jurisdicciones, a menos que se lo impida la legislación de la jurisdicción de la autoridad solicitante o ello impida a la autoridad cumplir con sus responsabilidades legales.

Comentario 2: Se puede exigir a las partes que identifiquen y describan aquellos materiales e información retenida con base en un privilegio legal y doctrina relacionada de confidencialidad, con la finalidad de permitir a la autoridad de competencia corroborar la legitimidad de los privilegios esgrimidos. Los procedimientos relacionados con identificación de la documentación señalada, no deberán imponer costos innecesarios a las partes.

Comentario 3: Las autoridades de competencia también deben establecer y mantener políticas relativas al tratamiento de información y material sujetos a confidencialidad cuando se compartan con otras autoridades de competencia, incluyendo el intercambio basado en el permiso de las partes. Las autoridades de competencia deben promover la transparencia en cuanto a sus políticas y prácticas administrativas concernientes a salvaguardias o privilegios legales y doctrinas de confidencialidad relacionadas.

VII. Equidad procesal

A. Las partes involucradas en una concentración así como terceros con interés legítimo en la concentración examinada deben disfrutar de equidad procesal.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)*

Comentario 1: La equidad procesal debe ser un atributo básico en todos los procedimientos de examen de concentraciones. Esta comprende diversos factores, incluyendo elementos que son planteados en las Prácticas Recomendables (e.g., transparencia, oportunidad en la revisión, formas de análisis de una concentración). En particular, esta Práctica Recomendable se refiere a la equidad procesal en cuanto que ésta implica ofrecer a las partes de la concentración, así como a terceros con interés legítimo en la concentración bajo revisión (de aquí en adelante “terceros”), la oportunidad de expresar sus puntos de vista, en la medida en que lo permitan las leyes aplicables en la jurisdicción en la que se realiza el análisis.

Comentario 2: Las leyes y prácticas relativas a la equidad procesal pueden ofrecer salvaguardias a lo largo de las distintas etapas del examen de una concentración, según sea que la jurisdicción utilice un sistema de examen de tipo penal o administrativo. En un sistema penal, la autoridad de competencia generalmente investiga la concentración y decide si suspende la ejecución de la operación, pero un ente judicial decide si se debe prohibir la concentración. En un sistema administrativo, los poderes de investigar y prohibir una concentración generalmente son adjudicados a una o dos autoridades administrativas, con la posibilidad de que la decisión sea revisada por una entidad independiente.

Comentario 3: En igualdad de circunstancias, las empresas extranjeras deberán ser tratadas en términos no menos favorables que las empresas nacionales, en todos los aspectos del examen de una concentración, incluida la equidad procesal.

B. Antes de dictaminar una decisión final adversa con base en las características de la operación, se deberá ofrecer a las partes de la concentración información suficiente y oportuna de los elementos y obstáculos a la competencia que sustentan la decisión adversa propuesta y deberá concedérseles la oportunidad de opinar sobre tales aspectos.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)*

Comentario 1: Si la autoridad de competencia que examina una concentración identifica obstáculos efectivos a la competencia derivados de la operación, la autoridad deberá ofrecer a las partes la oportunidad de aportar explicaciones sobre tales obstáculos con antelación a la ejecución de una decisión final adversa –i.e., en un sistema administrativo, la decisión de prohibir la operación o de autorizarla sujeta a condiciones o remedios; en

un sistema penal, la decisión de iniciar una acción legal para impugnar o suspender la operación. Ofrecer a las partes tal oportunidad contribuye al interés público ya que se asegura la ejecución de decisiones bien informadas, y asimismo se atienden los intereses de las partes de la concentración.

Comentario 2: Las partes de una concentración deberán tener suficiente información sobre los riesgos de obstaculizar la competencia derivados de la operación. La información aportada a las partes de la concentración deberá permitir a éstas precisar los elementos legales, económicos y otros factores que sustentan tales riesgos. El intercambio de información deberá sujetarse a medidas razonables y legales de protección de confidencialidad.

Comentario 3: Las partes de una concentración deberán ser informadas de los posibles indicios de obstáculos a la competencia en un plazo prudencial. Sin comprometer la efectividad o resultado de una investigación, la autoridad de competencia deberá considerar informar a las partes de una concentración sobre los indicios mencionados en cuanto sea posible durante el transcurso de la investigación, de tal forma que las partes puedan manifestar sus opiniones. En cualquier caso, deberá concederse a las partes un plazo suficiente para contestar a las preocupaciones de efectos restrictivos sobre la competencia y considerar y proponer los remedios que compensen tales efectos antes de emitir una decisión final.

Comentario 4: Los distintos sistemas de examen o control de concentraciones pueden presentar diferencias en cuanto al momento en que una autoridad de competencia obtenga la información precisa que sirva de base a una decisión final adversa. Por ejemplo, en algunos sistemas las partes de una concentración tienen derecho a revisar el expediente de la investigación que lleva la autoridad antes de su suspensión o de su denegación. En otros sistemas, las partes tienen derecho a tal información únicamente en el transcurso del trámite en los tribunales.

C. Se deberá permitir a terceros manifestar sus opiniones durante el proceso de examen de una concentración.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Para obtener las opiniones de terceros, las autoridades de competencia han utilizado, entre otros, los siguientes métodos complementarios: (a) la publicación de una invitación a terceros para que expresen sus opiniones, e.g., en un periódico oficial o en una página electrónica (website); (b) estableciendo contacto con terceros que pudieran ser afectados por la concentración, tales como clientes, proveedores, o competidores de las partes en la concentración; (c) formular requerimientos de información a terceros que potencialmente puedan ser afectados por la operación; (d) brindando a terceros la oportunidad de comentar sobre condiciones o remedios sugeridos; y (e) permitiendo a terceros ser parte del procedimiento.

- D. La autoridad de competencia debe llevar a cabo el proceso de examen de una concentración de tal forma que el mismo sea aplicado con equidad, eficiencia y consistencia.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: La autoridad de competencia debe garantizar la existencia de salvaguardias o sistemas de control, asegurando que los exámenes de concentraciones sean realizados con equidad, eficiencia y consistencia, tanto en los aspectos procesales como sustantivos. Una aplicación consistente del procedimiento de examen de concentraciones es importante para fortalecer el carácter predecible y de equidad del examen así como su aceptación.

Comentario 2: Teniendo en cuenta la diversidad de procedimientos para el examen de concentraciones entre autoridades, se puede recurrir a diferentes métodos para alcanzar estos objetivos. Algunos ejemplos de salvaguardias que han sido utilizados incluyen: (a) que una unidad específica sea asignada para revisar los elementos de legalidad y la consistencia de las decisiones sugeridas; (b) establecer una sección de analistas económicos en el interior de la autoridad de competencia para asesorar sobre los temas correspondientes a las personas que habrán de tomar las decisiones; (c) establecer directrices de funcionamiento interno; (d) establecer mecanismos para la supervisión de los analistas que realizan las revisiones; (e) asegurar una revisión paralela de los resultados preliminares o de los resultados de una investigación exhaustiva; (f) crear unidades de investigación que estén separadas de las unidades de decisión; y (g) que la toma de decisiones sea realizada por un cuerpo colegiado.

- E. Los sistemas de examen de concentraciones deberán ofrecer la oportunidad de que un órgano ejecutor independiente revise oportunamente los elementos de una concentración sobre los que la autoridad de competencia ha tomado una decisión final adversa.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Con frecuencia se torna difícil que una operación de concentración continúe siendo viable una vez que se ha tomado una decisión adversa al respecto. En consecuencia, la revisión judicial de las concentraciones deberá realizarse en un plazo que permita, en su caso, la viabilidad de la concentración. Las autoridades de competencia deberán tomar medidas en el marco de sus responsabilidades legales para facilitar que la revisión judicial tenga en cuenta dicho plazo. Tales medidas pueden incluir la de colaborar en procedimientos expeditos de revisión o de acumulación de evidencias.

VIII. Transparencia

- A. La legislación en materia de control de concentraciones debe aplicarse con un alto grado de transparencia, garantizando la protección adecuada de la información confidencial.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: El término “transparencia” se refiere a la capacidad de los interesados para comprender la dinámica del procedimiento de control de concentraciones. La transparencia es importante para lograr consistencia, previsibilidad y, finalmente, imparcialidad en la aplicación de la legislación, mejorando así la credibilidad y efectividad del sistema de control de concentraciones. Asimismo, la transparencia ayudará a las partes a comprender y prever el posible resultado de cada caso, así como los plazos y los costes inherentes al procedimiento.

Comentario 2: La aplicación transparente de las leyes en materia de control de concentraciones supone poner oportunamente a disposición del público las normas y reglamentos vigentes, así como cualquier documentación relevante en relación con la legislación, la política y la práctica aplicables.

Comentario 3: Los requisitos de transparencia se hallan limitados por el deber de proteger la información confidencial. Cuando una autoridad de competencia u otra institución publique información relativa a una concentración, deberá proporcionar la protección adecuada a la información confidencial.

- B. Los regímenes de control de concentraciones deben ser transparentes, al menos, por lo que se refiere al alcance de la legislación aplicable, el procedimiento de toma de decisiones de la autoridad de competencia, así como en relación con los principios y criterios utilizados por las autoridades en la aplicación del principio de revisión sustantiva.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: Por lo que se refiere al ámbito de aplicación jurisdiccional de la legislación en materia de control de concentraciones, la documentación publicada debe permitir a los interesados la determinación expedita de: (i) tipos de operaciones a los que se aplica la legislación en materia de concentraciones; (ii) las exenciones o excepciones en la aplicación de dicha legislación; y, (iii) los umbrales y criterios específicos aplicables para determinar si las partes están obligadas a notificar o si la autoridad tiene competencia sobre una operación determinada.

Comentario 2: En cuanto a los procedimientos aplicables al examen de las operaciones de concentración, la información publicada al efecto debe permitir a los interesados la

determinación de: (i) la identidad y datos de contacto de las autoridades de la competencia; (ii) los plazos de notificación; (iii) los procedimientos de notificación, incluyendo la información que debe aportarse en la notificación inicial; (iv) las tasas o cuotas de notificación; (v) plazos de revisión por las autoridades; (vi) plazos de suspensión, así como cualquier limitación para llevar a cabo la operación antes su aprobación; (vii) procedimientos de investigación; (viii) los plazos aplicables a las partes, a terceros, y a las autoridades de competencia durante el procedimiento de revisión; (ix) procedimiento y plazos para la apelación de las decisiones para decisiones adversas o para impugnar una concentración; (x) garantías procedimentales de las partes y de los terceros; (xi) procedimientos aplicables como consecuencia de la violación de las normas (*e.g.*, incumplimiento de la obligación de notificar), y de las decisiones adoptadas (*e.g.*, incumplimiento de las condiciones u obligaciones impuestas); y, (xii) mecanismos para la protección de información confidencial.

Comentario 3: Frecuentemente, las leyes y reglamentos en materia de control de concentraciones emplean términos generales, y los principios y criterios aplicados en el procedimiento de análisis establecido en la legislación respectiva son generalmente desarrollados por la práctica administrativa y la jurisprudencia. En consecuencia, en aras de una mayor transparencia, la información publicada debe incluir no sólo la legislación general aplicable, sino también la jurisprudencia más relevante, así como información sobre la política y la práctica administrativa seguida en aplicación y desarrollo del régimen legal aplicable. En particular, esta información complementaria debe proporcionar una idea de los principios sustantivos y criterios aplicables (*e.g.*, el marco analítico empleado por las autoridades con base en la legislación). En el caso que se tengan en cuenta factores ajenos a la competencia, la interrelación entre estos factores y las consideraciones a tener en cuenta en materia de competencia también debe llevarse a cabo de manera transparente.

C. Las autoridades de la competencia deben promover la transparencia poniendo a disposición del público la información relativa al estado de la legislación vigente, así como de la política y la práctica aplicables en materia de control de concentraciones.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: Existen diversas medidas mediante las cuales las autoridades de competencia pueden promover la transparencia. Éstas incluyen, entre otras: la adopción de directrices generales y comunicaciones en materia de legislación y procedimiento; la publicación de decisiones individuales sobre la aplicación de las normas; la publicación de notas de prensa sobre las decisiones más relevantes; la adopción de comunicaciones explicando las acciones u omisiones que sean susceptibles de modificar el procedimiento de aplicación de las normas; la publicación de discursos y de documentación informativa. Para una mayor efectividad, estos mecanismos pueden adoptarse de forma conjunta.

Comentario 2: Las decisiones mediante las que se cuestiona, se prohíbe o se condiciona la aprobación de una concentración, así como las decisiones susceptibles de sentar un

precedente o un cambio en la práctica o política seguidas hasta entonces deben ir acompañadas de una explicación motivada. Algunas autoridades de competencia publican una decisión motivada una vez realizado el análisis de la operación, mientras que otras lo hacen sólo cuando se impone una sanción. A estos efectos, lo importante es que la información disponible permita a los interesados seguir de cerca la consistencia, previsibilidad e imparcialidad del procedimiento de revisión de las concentraciones.

Comentario 3: Una vez adquirida la experiencia suficiente, las autoridades de la competencia deberán considerar la posibilidad de publicar directrices en relación con el estudio de las concentraciones, el procedimiento y la jurisdicción aplicables con el objeto de ayudar a las partes en el tratamiento de futuros casos de concentración. Determinadas autoridades de competencia consideran útil recopilar la opinión pública antes de adoptar dichas directrices. En el caso de que las autoridades se sirvan de las directrices, políticas, precedentes y prácticas aplicables en otras jurisdicciones, deben revelar públicamente el alcance y la naturaleza de dichas referencias. Una vez emitidas las directrices, éstas deberán ser objeto de revisión periódica de manera que reflejen la práctica vigente en todo momento.

Comentario 4: La información publicada con el objeto de conseguir una mayor transparencia, debe estar disponible en una página web accesible al público. Asimismo, dicha información debe publicarse oportunamente y debe actualizarse regularmente de manera que refleje el estado de la legislación vigente, así como de la política y la práctica aplicables en cada momento.

Comentario 5: Con el objeto de proporcionar transparencia a las empresas extranjeras, se invita a las autoridades de la competencia para que, en la medida de sus posibilidades, pongan a disposición del público versiones inglesas de las principales normas, reglamentos, directrices y notas interpretativas aplicables en materia de control de concentraciones.

IX. Confidencialidad

- A. La información confidencial sobre secretos de negocios, y cualquier tipo de información confidencial aportada por las partes y por terceros en relación a un examen de concentración, deberá sujetarse a la apropiada protección de confidencialidad.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Hacer pública la información sobre secretos de negocios y otro tipo de información confidencial recibida por las autoridades de competencia para el examen de una concentración, puede dañar importantes intereses comerciales y generar efectos adversos a la competencia. La posibilidad de que la información se haga pública puede desanimar a las partes en cuanto a la entrega de información y actitud de cooperación con la autoridad. La información confidencial aportada por las partes de una concentración y por terceros debe por lo tanto sujetarse a medidas apropiadas de protección de confidencialidad. Si no existe una regulación normativa sobre protección, las autoridades de competencia deberán establecer políticas y procedimientos que aseguren que la información confidencial estará sujeta a las salvaguardias de confidencialidad apropiadas.

Comentario 2: Las reglas de confidencialidad deberán establecer el adecuado equilibrio entre los intereses comerciales y otras consideraciones, incluyendo la necesidad de asegurar equidad procesal para las partes de una concentración, el interés público que conlleva proteger el proceso de toma de decisiones, y la transparencia del examen de concentraciones.

Comentario 3: La información confidencial aportada por las partes de una concentración y por terceros no deberá ser utilizada para fines distintos a los de la investigación que realiza la autoridad de competencia y otros que conlleven un mandato legal. La autoridad de competencia no deberá revelar la información confidencial que utiliza en el examen de la concentración excepto cuando sea necesario para cumplimentar en forma efectiva dicho examen (incluyendo el inicio y trámite de procedimientos judiciales) y para ofrecer equidad procesal a las partes de la operación. Dicha información podría ser hecha pública fuera de la autoridad que realiza el examen de la concentración: (1) cuando lo permitan los tratados internacionales, acuerdos, o protocolos en los que se especifiquen esquemas recíprocos de protección a la confidencialidad; (2) en respuesta a solicitudes de asistencia para un procedimiento judicial que realicen otras autoridades de competencia, en tanto sea permitida tal revelación por la legislación nacional, asegurando que la autoridad solicitante habrá de brindar un trato confidencial a tal información; y (3) con el consentimiento de la parte que aportó la información –por ejemplo, cuando se proporcione información a otras autoridades con base en la autorización correspondiente-

Comentario 4: En la medida en que la autoridad de competencia sea responsable de decidir sobre las solicitudes de trato confidencial, se puede requerir a quienes entreguen la información que identifiquen los aspectos confidenciales de ésta y que demuestren que

cumple las condiciones que justifican el trato de confidencialidad. Cuando la autoridad de competencia rechace una solicitud de confidencialidad, deberá comunicárselo al solicitante con suficiente plazo, explicando las razones de la denegación. Esta comunicación puede ser formal o informal, pero debe permitir al solicitante adoptar las medidas apropiadas para rebatir la decisión previamente a que la información se haga de conocimiento público.

B. Las autoridades de competencia deben promover la transparencia de la normativa, políticas y prácticas sobre confidencialidad aplicables en sus procedimientos de control de concentraciones.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: Como ha sido extensamente discutido en la Práctica Recomendable VII, se puede lograr transparencia por diversos medios incluyendo declaraciones, directrices, informes, instrucciones relativas a los formularios de notificación y a las solicitudes de información, reglamentos o casuística, publicación de decisiones, y otras comunicaciones que sean de fácil acceso a las partes involucradas. Tales comunicaciones pueden incluir resúmenes de las políticas y prácticas respecto de temas de confidencialidad por parte de la autoridad de competencia (con base en la legislación de confidencialidad), incorporando los pasos a dar por los interesados en solicitar el trato de confidencialidad y las excepciones a la capacidad de la agencia de preservar la confidencialidad, tales como leyes de libertad de información, procedimientos judiciales, e investigaciones legislativas o administrativas. También se deberán hacer de conocimiento público las prácticas seguidas por la autoridad de competencia en cuanto a retener, destruir o devolver documentos confidenciales al finalizar una investigación.

Comentario 2: Las autoridades de competencia deben explicar con claridad la naturaleza y alcance de un posible levantamiento de la confidencialidad de la información relativa al análisis de una concentración, incluyendo condiciones de publicación, así como la naturaleza y el alcance de una posible revelación de información confidencial en el momento en que se entra en contacto con terceros.

Comentario 3: Las autoridades de competencia deben promover la transparencia en las políticas o prácticas de intercambio de información relativas a una concentración, con otras autoridades gubernamentales de la misma jurisdicción y con otras autoridades de competencia en el contexto de acuerdos de coordinación entre autoridades.

- C. Las autoridades de competencia deben tratar de aplazar el contacto con terceros hasta que la operación propuesta se haga pública, en tanto tal aplazamiento no afecte a la capacidad de la autoridad para realizar su investigación eficazmente o para terminar su examen dentro de los plazos preestablecidos.**

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)*

Comentario 1: La revelación pública prematura de una operación en curso puede afectar los intereses comerciales de las partes de la concentración –entorpecer negociaciones, desmoralizar a los empleados, poner en riesgo relaciones comerciales-. La posibilidad de que la autoridad de competencia entre en contacto con terceros sin que medie previo aviso público puede también reducir la voluntad de las partes para iniciar conversaciones previas con dicha autoridad respecto a las operaciones propuestas. En consecuencia, las autoridades de competencia deben tratar de diferir los contactos con terceros previos al anuncio público de la operación siempre y cuando no se afecte la eficacia de dichas autoridades para realizar su investigación y ésta se complete dentro de los plazos preestablecidos.

Comentario 2: En varias jurisdicciones, una vez que se recibe la notificación, la autoridad de competencia de forma sistemática publica un anuncio al respecto invitando a terceros a realizar comentarios. En tales jurisdicciones, dado que las partes saben que su notificación equivale al anuncio público de la operación, la importancia de esta Práctica Recomendable estriba en que la autoridad de competencia debe normalmente posponer contactos con terceros en lo que respecta a operaciones que no son públicas hasta que la notificación correspondiente haya sido hecha. Si las autoridades de competencia en tales jurisdicciones prevén entrar en contacto con terceros en lo concerniente a operaciones que no son públicas dado que no han sido notificadas, deben considerar avisar a las partes de la concentración su intención de llevar a cabo tales contactos; asimismo, la autoridad debe tener en cuenta las solicitudes razonables de las partes de la concentración para posponer dichos contactos hasta que haya ocurrido la notificación o la transacción haya sido hecha pública de algún otro modo.

Comentario 3: En aquellas jurisdicciones en las que no se hace pública una notificación, las partes de la concentración deben tener presente que la autoridad de competencia puede entrar en contacto con terceros a partir de la notificación, aun y cuando la operación en trámite no haya sido revelada públicamente. En consistencia con las consideraciones planteadas en el Comentario 1 precedente, sin embargo, las autoridades de competencia en tales jurisdicciones deben considerar solicitudes de los notificantes para posponer tales contactos durante un plazo limitado, siempre y cuando dichos aplazamientos no perjudiquen la eficacia de la autoridad de competencia para realizar su investigación y ésta se complete dentro de los plazos preestablecidos.

D. Las reglas de confidencialidad deben establecer un equilibrio apropiado entre las consideraciones de protección de confidencialidad a la información de terceros y la equidad procesal.

Comentario 1: Debido a que las partes de una concentración tienen limitaciones de acceso a la información de terceros, es necesario considerar las implicaciones que ello genera en términos de equidad procesal. Las reglas de confidencialidad aplicables a información de terceros deben establecer un equilibrio apropiado entre la equidad procesal y la necesidad de proteger la información confidencial que sea aportada.

Comentario 2: Entre los mecanismos utilizados para facilitar el acceso a información aportada por terceros, se puede solicitar a éstos que incluyan versiones no-confidenciales de cualquier información que pueda ser revelada, bajo el supuesto de que la revelación se haría con fines específicos. Alternativamente, se les puede sugerir que identifiquen, previamente a su revelación, aquellos datos de su información que deban ser considerados confidenciales.

Comentario 3: Pueden ser necesarias salvaguardias adicionales cuando un tercero desee proporcionar comentarios en forma anónima, o cuando la naturaleza del comentario, por sí misma, permita la identificación de la parte que solicitó el anonimato.

Comentario 4: En aquellas jurisdicciones donde la autoridad de competencia impugna las concentraciones por vía judicial, de forma que las partes pueden acceder a la información confidencial entregada por terceros con base en la legislación civil en materia de levantamiento de confidencialidad, el acceso a la información de terceros podría posponerse hasta que se inicie el procedimiento judicial.

E. Las autoridades de competencia deben evitar la innecesaria revelación de información confidencial en anuncios públicos, procedimientos judiciales o administrativos, resoluciones, o cualquier otro tipo de comunicación que haga referencia a una operación en trámite.

*COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)*

Comentario 1: Las autoridades de competencia deben evitar la innecesaria revelación de información confidencial. La información confidencial no relevante para el examen de concentraciones no deberá hacerse pública. Por ejemplo, aspectos financieros no-públicos que hayan sido acordados entre las partes de una concentración normalmente no son relevantes para la evaluación en materia de competencia y, por lo tanto, no deben publicarse como parte del proceso de examen de la operación.

Comentario 2: Cuando los procedimientos de la autoridad de competencia permiten que ciertos documentos se presenten en versión pública y versión no-pública, las partes deben tener la oportunidad de revisar la versión pública previamente a la publicación para asegurar que no se incluye información confidencial. Cuando las partes no tienen tal

oportunidad, las autoridades de competencia deben considerar otras medidas que permitan a la parte que aporta la información adoptar las medidas necesarias para evitar o limitar la revelación pública de información que dicha parte ha designado como confidencial, habida cuenta que ella no ha consentido previamente en la revelación prevista (por ejemplo, en seguimiento a una autorización voluntaria de levantamiento de confidencialidad). Tales medidas podrían incluir avisar a la parte que aporta la información que está prevista la revelación pública de cierta información o, en sistemas penales, avisarle que los expedientes en revisión contienen información sensible bajo reserva para que, como parte afectada, pueda solicitar la protección del tribunal que lleva el asunto.

X. Coordinación entre autoridades

A. Las autoridades de competencia deben intentar coordinar la investigación de aquellas concentraciones que puedan suponer obstáculos a la competencia que sean de común interés.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: La coordinación entre autoridades se produce en variados contextos. Esta Práctica Recomendable hace referencia a la coordinación de las autoridades de competencia en la investigación de aquellas concentraciones que pueden generar obstáculos a la competencia de común interés en las jurisdicciones involucradas.

Comentario 2: Los objetivos de la coordinación entre autoridades incluyen promover la eficiencia en el examen de concentraciones, la aplicación eficaz de la legislación de concentraciones, y resultados consistentes o al menos no contradictorios en las jurisdicciones involucradas, así como la reducción de duplicidades y cargas innecesarias tanto para las partes como para las autoridades.

Comentario 3: La convergencia hacia prácticas óptimas reconocidas en el examen de concentraciones puede facilitar una eficaz coordinación entre autoridades, por ejemplo, mediante una mayor consistencia en la planificación y en las normas de procedimiento.

Comentario 4: La coordinación entre autoridades es voluntaria; a las autoridades de competencia generalmente se les puede alentar, pero no obligar, a que coordinen una investigación de concentración. Las autoridades de competencia que acepten trabajar en forma coordinada conservarán la libertad de tomar sus decisiones en forma independiente. El que una autoridad acuerde tomar parte coordinadamente en una investigación de concentración no implica que tenga que considerar los efectos sobre la competencia que puedan tener lugar fuera de su jurisdicción.

B. La coordinación entre autoridades debe conducirse de acuerdo con la legislación aplicable y otros instrumentos y doctrinas legales.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: La coordinación entre autoridades debe conducirse en concordancia con la legislación nacional correspondiente, incluyendo reglas sobre el tratamiento de información confidencial e informes restringidos, y en conformidad con los acuerdos y tratados de cooperación aplicables.

Comentario 2: Cuando dos o más autoridades participen coordinadamente en investigaciones de concentraciones de forma continuada, puede ser útil que desarrollen acuerdos formales, convenios, u otros protocolos para la coordinación de sus

investigaciones. La formación de asociaciones regionales de autoridades de competencia también puede ser de utilidad para el desarrollo de tales instrumentos. En ausencia de estos últimos, pueden proporcionar orientaciones útiles los tratados internacionales de cooperación, acuerdos, convenios y recomendaciones que han sido desarrollados por otras jurisdicciones u organizaciones multilaterales.

- C. La coordinación entre autoridades debe adecuarse a la operación particular que está siendo examinada y a las necesidades de las autoridades que realizan la investigación.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: El alcance y profundidad de la coordinación entre autoridades dependerá de los temas que se originen en la operación que se examina. En consecuencia, la coordinación entre autoridades debe ser suficientemente flexible para incorporar distintos tipos de investigaciones.

Comentario 2: Cuando una autoridad de competencia detecta que una concentración puede ocasionar restricciones u obstáculos a la competencia, que también sean de interés para otras autoridades y por tanto considere apropiada la coordinación de los exámenes, deberá entrar en contacto con estas últimas en cuanto sea posible. Antes de llevar a cabo un trabajo coordinado, las autoridades deberán evaluar si la operación presenta riesgos a la competencia que sean de interés común.

Comentario 3: Con base en la complejidad de la investigación de la concentración, el marco legal aplicable y los aspectos de competencia que signifiquen una preocupación común, las autoridades pueden coordinarse mediante distintos métodos, tales como: identificación del personal de enlace que atiende el caso; discusiones previas a la toma de decisiones relevantes; coordinación de los plazos de revisión; coordinación de requerimientos de información; discusión de aspectos analíticos; y, en su caso, sostener entrevistas conjuntas con las partes de la concentración y terceros, así como coordinar visitas domiciliarias.

Comentario 4: Una autoridad de competencia no debe retardar su decisión sobre una concentración por el hecho de que otras jurisdicciones no hayan concluido su análisis, excepto cuando sea necesaria una coordinación continua para atender temas sustantivos o remedios de interés común.

D. La autoridades de competencia deben promover y facilitar la cooperación de las partes en el proceso de coordinación de investigación de una concentración.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: La cooperación de las partes de la concentración facilita la eficaz coordinación entre autoridades. Ejemplos de tal cooperación incluyen la notificación oportuna en las jurisdicciones que trabajan en coordinación así como el otorgamiento de autorizaciones para compartir información confidencial. Para promover dicha cooperación, las autoridades de competencia deben hacer transparente el proceso de coordinación informando a las partes sobre los beneficios de tal coordinación como es la atención de aspectos que pudieran ser preocupantes por sus efectos sobre la competencia y las ventajas de contar con autorizaciones que faciliten el intercambio de información. Por ejemplo, una autoridad de competencia puede considerar la publicación de una descripción breve de sus políticas y prácticas de coordinación, incluyendo los tipos de información que probablemente se intercambien con base en autorizaciones para compartir información confidencial otorgadas por las partes; la autoridad puede también considerar que las partes sean informadas del esquema básico de cooperación que puede tener lugar para evaluar su caso. Las autoridades de competencia deben fijarse el objetivo de desarrollar un modelo básico de autorización para compartir información confidencial que pueda adecuarse a circunstancias específicas.

Comentario 2: Cuando la coordinación se facilite gracias al análisis de información confidencial, la autoridad de competencia debe promover el otorgamiento de autorizaciones para compartir información confidencial, pero no debe presionar a las partes para que las concedan.

E. Las autoridades que llevan a cabo la investigación deben buscar remedios adecuados para resolver los obstáculos a la competencia de índole doméstico y a la vez tratar de evitar inconsistencias con los remedios aplicados en las otras jurisdicciones involucradas.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios Originales (Abril 2004)

Comentario 1: En tanto mantengan consistencia con sus responsabilidades para aplicar la correspondiente legislación, las autoridades que se coordinen deben tratar de asegurar que los remedios que acepten para eliminar obstáculos a la competencia de índole doméstico no impongan obligaciones inconsistentes sobre las partes de una concentración. Los remedios propuestos por las partes pueden no ser idénticos en cada jurisdicción, e.g., debido a que una operación puede tener efectos diferentes sobre la competencia en las distintas jurisdicciones en las cuales está siendo examinada. Sin embargo, debido a que un remedio aceptado en una jurisdicción puede tener impacto en otra jurisdicción, las autoridades de competencia deben invitar a las partes para que éstas propongan remedios que estén coordinados en cuanto a su oportunidad y contenido. Las

autoridades de competencia deben estar preparadas para discutir con las partes de la concentración las implicaciones transnacionales de los remedios que están siendo considerados.

Comentario 2: La coordinación entre autoridades puede evitar costos y cargas innecesarios que se originan por la duplicidad de remedios. Sujetas a las reglas de confidencialidad y de no revelación de información, las agencias que trabajen coordinadamente deben mantenerse informadas unas a otras en lo referente a los remedios bajo estudio cuando éstos puedan afectar a una de ellas en su examen de la concentración o evaluación de los remedios.

Comentario 3: En la medida de lo posible, las autoridades que trabajen en coordinación deben buscar que ésta abarque los aspectos administrativos de los remedios propuestos que sean de interés común, para evitar tanto la duplicidad de requisitos como costos y cargas innecesarios. Tales aspectos podrían incluir, por ejemplo, establecimiento de una planificación común para el cumplimiento de compromisos, nombramiento de agentes fiduciarios comunes para llevar a cabo desinversiones requeridas, y armonización de informes obligatorios.

XI. Remedios

A. El remedio debe atender el daño a la competencia que puede resultar de la operación propuesta.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios originales (Junio 2005)

Comentario 1: La finalidad de un remedio debe ser restaurar o mantener la competencia, eliminando el daño a ésta que la operación pudiera ocasionar. La aplicación de un remedio debe considerarse solamente cuando la autoridad tenga bases sólidas para concluir que la operación propuesta, si se llegara a efectuar, sería contraria a la normatividad aplicable al análisis de concentraciones. El remedio debe atender adecuadamente el daño potencial a la competencia que se ha identificado, pero no debe tener como objetivo mejorar las condiciones de competencia previas a la concentración.

Comentario 2: Se pueden presentar situaciones en las que solamente la prohibición total de la operación atendería los efectos nocivos sobre la competencia. Sin embargo, las partes de una concentración deberán tener la posibilidad, de proponer ajustes alternativos que permitan llevar a cabo la operación mediante modificaciones, condiciones u obligaciones que restauren o mantenga la competencia con arreglo a la normatividad aplicable al análisis de concentraciones. Con antelación a dictar una prohibición total, las autoridades deben tener en cuenta tales ajustes alternativos. Adicionalmente, la autoridad puede tomar la iniciativa para proponer ajustes alternativos.

Comentario 3: La propuesta, discusión y adopción de remedios deberán ser acciones llevadas a cabo en forma consistente con otras Prácticas Recomendables, en particular con las tituladas Procedimiento para el análisis de concentraciones, Equidad procesal, Transparencia y Coordinación entre autoridades.

B. El sistema de análisis de concentraciones debe ofrecer un marco transparente para llevar a cabo las acciones relativas a la propuesta, discusión y adopción de remedios.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios originales (Junio 2005)

Comentario 1: La información sobre los procedimientos de la agencia para proponer, discutir y adoptar remedios debe estar disponible para todas las partes involucradas en el análisis de la concentración. Tal información debería incluir, si es posible, cuándo, cómo y a quién deberán presentarse las propuestas de remedios, los tipos de remedios que generalmente prefiere la autoridad según las características del caso, y los términos comunes o formas de implementación del remedio.

Comentario 2: Cuando la autoridad de competencia identifique aspectos preocupantes que pudieran afectar la competencia, deberá ofrecer a las partes de la concentración

información oportuna sobre tales aspectos para que éstas puedan considerar y proponer remedios que atiendan tales preocupaciones, con antelación a que se emita una resolución definitiva. Los procedimientos para el análisis de concentraciones deben ofrecer mecanismos para asegurar que la autoridad de competencia y las partes de una concentración dispongan de suficiente tiempo para discutir y evaluar los remedios adecuados. La autoridad puede consultar a terceros sobre la efectividad del remedio.

C. Deberán establecerse procedimientos y prácticas para asegurar que los remedios sean efectivos y de fácil administración.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios originales (Junio 2005)

Comentario 1: Los remedios deben ser de fácil administración y efectivos para restaurar o mantener la competencia. Los remedios no deben exigir una intervención administrativa significativa por parte de la autoridad una vez que la operación sea llevada a efecto.

Comentario 2: Los remedios pueden adoptar dos formas básicas: (a) remedios estructurales, los cuales implican un cambio en la estructura del mercado (tales como compromisos para desinvertir activos), y (b) remedios de conducta, los cuales implican restricciones sobre la conducta futura del agente objeto de la concentración (tales como compromisos con respecto a determinadas cláusulas de los contratos). Algunos remedios, tales como compromisos que implican el licenciamiento de derechos de propiedad intelectual o acceso a instalaciones, pueden ser tipificados como estructurales o de conducta, según las circunstancias. Los remedios aplicables a una operación propuesta pueden contener elementos estructurales y de conducta. Los remedios estructurales son más fáciles de administrar que los de conducta debido a que su cumplimiento no requiere supervisión continua en el medio o largo plazo.

Comentario 3: Un remedio efectivo y de fácil administración, deberá especificar las obligaciones de las partes en forma clara y precisa. Por ejemplo, deberá identificar los negocios o activos que el remedio contempla así como los términos para llevar a cabo la desinversión, las características específicas de un comprador aceptable, así como fechas límite aplicables.

Comentario 4: La efectividad del remedio puede también depender de la identidad del comprador potencial de los activos que serán desinvertidos. Para que sea efectivo el remedio, éste deberá permitir al potencial comprador convertirse en un competidor viable y perdurable en el mercado en el cual se preveía un daño a la competencia. En consecuencia, la autoridad debe mantener la facultad y disponer de procedimientos apropiados para aprobar al comprador potencial.

Comentario 5: Los remedios deben implementarse oportunamente. En algunas operaciones puede ser apropiado implementar el remedio a más tardar en el momento en que se efectúe la operación principal, por ejemplo, cuando una desinversión rápida

evitaría la pérdida de valor de los activos o cuando no haya certeza de encontrar un comprador aceptable.

- D. Deberán establecerse medios apropiados para asegurar que un remedio sea implementado, se supervise su cumplimiento satisfactorio y atienda lo instruido oficialmente.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios originales (Junio 2005)

Comentario 1: Los términos de un remedio deberán identificar y obligar a las partes que deben implementarlo. Los términos deben ser suficientemente claros y precisos para ofrecer a las partes una orientación adecuada en la implementación del remedio, así como facultar a la autoridad para verificar que el remedio haya sido implementado adecuadamente. El remedio debe comprender medios apropiados para asegurar tanto su implementación como su cumplimiento satisfactorio.

Comentario 2: Para mantener el potencial competitivo de los activos por desinvertir, normalmente deberán establecerse medidas que permitan su salvaguarda y operación independiente. Puede ser también apropiado incluir términos bajo los cuales la autoridad aprobaría uno o más fideicomisos que administren los activos, siendo independientes de las partes.

Comentario 3: La autoridad de competencia deberá disponer de medios para investigar el cumplimiento satisfactorio de las obligaciones de las partes, tales como la capacidad de inspeccionar y copiar registros o realizar revisiones o requerir que las partes o el fideicomiso entreguen informes obligatorios, periódicos o únicos sobre la implementación de uno o más de los elementos del remedio.

Comentario 4: Deberá establecerse un mecanismo que permita ajustes a un remedio por eventos imprevistos o cambios sustanciales de circunstancias.

Comentario 5: En caso de que las partes incumplan la implementación de un remedio, los términos del remedio deberán hacerse cumplir obligatoriamente por parte de la autoridad de competencia directamente o a través de los tribunales.

Comentario 6: Los términos y medios para la implementación, supervisión y cumplimiento de obligaciones deben especificarse en la normativa o en el convenio relativo a los remedios, o en la resolución correspondiente.

XII. Facultades de la autoridad de competencia

A. Las autoridades de competencia deberán tener facultades y herramientas necesarias para la aplicación efectiva de las normas sobre el análisis de concentraciones.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO *Comentarios originales (Junio 2005)*

Comentario 1: El análisis de concentraciones requiere de un análisis intensivo de hechos y documentos; en consecuencia las autoridades de competencia deben estar facultados para obtener información relevante para evaluar operaciones propuestas. Las autoridades de competencia deben contar con herramientas de investigación apropiadas y mecanismos mediante los cuales puedan obligar a las partes de una concentración y a terceros a proporcionar información relevante, por ejemplo, la autoridad debería tener facultades para exigir sanciones efectivas a quienes no cumplan con requerimientos formales de documentos, testimonios u otra información.

Comentario 2: Para que el proceso de evaluación de concentraciones sea efectivo, la autoridad de competencia debe tener la facultad de iniciar acciones legales para el cumplimiento de obligaciones respecto de concentraciones propuestas, así como exigir sanciones cuando no se atiendan sus requerimientos legales, decisiones o instrucciones.

Comentario 3: Las autoridades de competencia deben estar facultadas para permitir que operaciones propuestas sean realizadas sujetándose a condiciones que atiendan problemas de competencia en la jurisdicción correspondiente. Cuando se emita una autorización condicionada, la autoridad debe disponer de medios efectivos para asegurar el cumplimiento de las condiciones estipuladas y exigir sanciones cuando no se dé dicho cumplimiento.

Comentario 4: El procedimiento de análisis de concentraciones deberá sujetarse a salvaguardas procesales que rijan la conducta de las autoridades de competencia en el ejercicio de sus facultades de investigación y de sus poderes para exigir el cumplimiento de las normas aplicables.

B. Las autoridades de competencia deben contar con personal suficiente y cualificado para el desarrollo efectivo de sus responsabilidades en la aplicación de la normativa

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO *Comentarios originales (Junio 2005)*

Comentario 1: Las autoridades de competencia deben contar con recursos financieros, personal y experiencia congruentes con sus responsabilidades legales en el examen de concentraciones, incluyendo la detección de operaciones anticompetitivas, la ejecución de acciones orientadas al cumplimiento de la normatividad, y la imposición de costos y retrasos innecesarios con respecto a operaciones que no violan preceptos legales.

Comentario 2: Con la finalidad de emplear un número suficiente de personal cualificado y realizar investigaciones y otras actividades, orientadas a hacer cumplir en forma eficiente y efectiva la normativa, las autoridades de competencia requieren recursos financieros adecuados. Las autoridades deben tratar de utilizar en forma óptima los recursos disponibles, dando prioridad a la evaluación de concentraciones por su impacto potencial en la competencia.

Comentario 3: El personal debe incluir profesionales con formación y experiencia en la legislación de competencia y en economía, incluyendo análisis de concentraciones. Las autoridades de competencia, atendiendo salvaguardias de confidencialidad aplicables, deberán estar facultadas para realizar consultas con expertos de la industria, en materia legal y en materia económica, que sean independientes, pudiendo trabajar con otras autoridades o en el sector privado.

Comentario 4: Las autoridades de competencia deben fomentar la formación continua en materia legal y económica, de su personal profesional. Esto puede lograrse mediante programas de formación ya sean internos o con otras autoridades, así como a través de instituciones académicas y actividades de capacitación financiadas por organizaciones del sector privado (tales como colegios y asociaciones de abogados).

C. Las autoridades de competencia deben tener suficiente independencia para garantizar la aplicación objetiva y el cumplimiento de la legislación sobre examen de concentraciones.

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO

Comentarios originales (Junio 2005)

Comentario 1: La aplicación objetiva de las normas de competencia al llevar a cabo un análisis de concentración promueve consistencia, resultados previsibles y certidumbre legal. La falta de objetividad –o inclusive la percepción de ausencia de objetividad– tiende a frustrar estos objetivos y, adicionalmente, puede minar la confianza pública en la autoridad y en el examen de concentraciones. Las políticas y prácticas gubernamentales así como la legislación aplicable deben garantizar que las autoridades de competencia son suficientemente independientes para hacer cumplir sus responsabilidades legales, con base únicamente en la aplicación objetiva de la normativa relevante y los precedentes judiciales.

Comentario 2: Las autoridades de competencia deben también tratar de evitar que se generen percepciones de que actúan por motivos distintos a los establecidos en la legislación sobre control de concentraciones. Los medios para alcanzar este objetivo incluyen la transparencia en el procedimiento de examen de concentraciones y la facultad para que un ente de decisión independiente revise oportunamente, en sus argumentos, la decisión final de la autoridad de competencia.

XIII. Revisión de las normas en materia de control de concentraciones

- A. Las jurisdicciones deben revisar periódicamente sus normas en materia de control de concentraciones, asegurando así una continua mejora en el procedimiento de revisión de las concentraciones.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: Tanto la legislación como el procedimiento aplicables en materia de control de concentraciones deben ser revisados periódicamente con el fin de garantizar una mejora continua en el proceso de examen de las operaciones de concentración. Dichas revisiones deberán abarcar los aspectos materiales y formales del procedimiento de examen, incluyendo los umbrales de notificación, el procedimiento para la presentación de notificaciones, y las prácticas vigentes en materia de aplicación de las normas. La frecuencia y la naturaleza de estas revisiones dependerán del objeto de las mismas.

Comentario 2: En algunas jurisdicciones, la revisión periódica del procedimiento de control de concentraciones se prevé expresamente en la legislación aplicable, por ejemplo, requiriendo a la autoridad competente la realización de evaluaciones periódicas y con carácter público sobre la eficacia de la legislación y el procedimiento vigentes. En otras jurisdicciones, la legislación obliga a la revisión periódica de los umbrales de notificación expresados en términos de valor económico en función de la inflación u otros factores económicos. Esta revisión automática resulta particularmente útil en aquellas jurisdicciones cuya divisa está expuestas a fluctuaciones inflacionarias.

- B. Las jurisdicciones deben considerar una reforma de sus normas y procedimientos en materia de control de concentraciones a fin de promover la convergencia con prácticas óptimas reconocidas.**

COMENTARIOS DEL GRUPO DE TRABAJO
Comentarios Originales (Junio de 2003)

Comentario 1: La convergencia de los regímenes de control de concentraciones hacia prácticas óptimas reconocidas promoverá la cooperación internacional, la eficiencia, y la eliminación de innecesarios costes operativos en el proceso de revisión multijurisdiccional. Las jurisdicciones deberán, por tanto, aspirar a la reforma de sus leyes y procedimientos en materia de control de concentraciones a fin de promover la convergencia hacia prácticas óptimas reconocidas.