



Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

México, Distrito Federal, a veintinueve de enero de dos mil quince.- Visto el expediente administrativo al rubro citado, el Pleno de esta Comisión Federal de Competencia Económica ("Comisión"), en sesión celebrada el mismo día, con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto y vigésimo, fracciones I y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 4, 10, 12, fracciones I, X y XXX, 58, 59, 61, 63, 64, 86, fracción III, 87, 90, fracción V, y 91, párrafo segundo, de la Ley Federal de Competencia Económica ("LFCE");¹ 8, primer párrafo, de las Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica (DR);² 1, 4, fracción I, 5, fracciones I, VI y XXXIX, del Estatuto Orgánico de la Comisión Federal de Competencia Económica ("Estatuto"),³ resolvió de acuerdo a los antecedentes y consideraciones de derecho que a continuación se expresan.

I. ANTECEDENTES.

Primero.- El nueve de octubre de dos mil catorce International Container Terminal Services, Inc. ("ICTSI"), Grupo TMM, S.A.B. ("TMM") e Inmobiliaria TMM, S.A. de C.V. ("ITMM") (en su conjunto, "los promoventes") notificaron a la Comisión su intención de realizar una concentración.

Segundo.- El cinco de noviembre de dos mil catorce, los promoventes presentaron información complementaria.

Tercero.- El diez de noviembre de dos mil catorce se emitió el acuerdo de recepción a trámite, el cual fue notificado por lista el doce del mismo mes y año. De conformidad con el numeral Cuarto de dicho acuerdo, el presente asunto se tuvo por recibido a trámite a partir del cinco de noviembre de dos mil catorce.

Cuarto.- El dieciséis de diciembre de dos mil catorce con la comparecencia del representante común de los promoventes,⁴ en las oficinas de la Comisión, se comunicó de los posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia en la concentración notificada, a efecto de que estuvieran en posibilidad de presentar condiciones que permitieran corregir dichos riesgos. Lo anterior, de conformidad con el artículo 90, fracción V, párrafo segundo de la LFCE.

Quinto.- Por escrito del diecinueve de enero de dos mil quince, los promoventes presentaron información relacionada con la Notificación de Riesgos en la concentración notificada. No obstante, los promoventes no ejercieron su derecho de presentar condiciones que permitieran corregir los riesgos contenidos en la mencionada notificación.

II. CONSIDERACIONES DE DERECHO.

Primera. La Comisión tiene a su cargo la prevención de concentraciones cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia. Asimismo, está facultada para

¹ Publicada en el Diario Oficial de la Federación ("DOF") el veintitrés de mayo de dos mil catorce.

² Publicadas en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

³ Publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

⁴ "ACTA DE COMUNICACIÓN SOBRE POSIBLES RIESGOS AL PROCESO DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA" Expediente CNT-093-2014 a fojas 2304 a 2305.

impugnar y sancionar aquellas concentraciones y actos jurídicos derivados de éstas, cuyo objeto o efecto sea disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia, en la producción, distribución y comercialización de bienes y servicios en la República Mexicana.

Segunda. La operación notificada consiste en la adquisición indirecta por parte de ICTSI de la [REDACTED] de las acciones representativas del capital social de Terminal Marítima de Tuxpan, S.A. de C.V. ("TMT"), propiedad de TMM e ITMM, mediante un contrato de compraventa de acciones ("Contrato de Compraventa"). Como consecuencia de la operación, ICTSI concentrará:

(i)

(ii)

Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

ICTSI se dedica principalmente a la gerencia, operación y desarrollo de terminales portuarias a nivel mundial, especializándose en contenedores y operaciones generales de manipulación de carga.

Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

TMT se dedica a la prestación de servicios de atención a embarcaciones con maniobras de carga y descarga en puertos y, en general, servicios que auxilien al comercio marítimo.



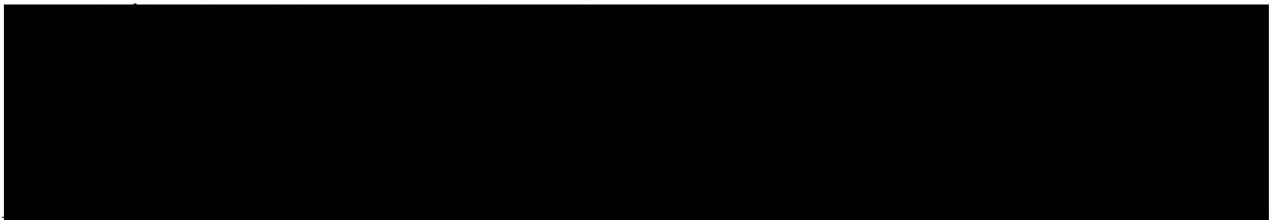
Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

La operación fue notificada de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86, fracción III y 87 de la LFCE, y tramitada conforme al procedimiento descrito en el artículo 90 del mismo ordenamiento.

ICTSI podría ser un nuevo oferente de servicios portuarios para las maniobras y almacenaje de contenedores y carga general, en el litoral del Golfo y, en particular, en el puerto de Tuxpan, donde competiría con Riberas del Pantepec (subsidiaria de SSAMarine), quien está desarrollando una terminal portuaria especializada de contenedores de carga general.

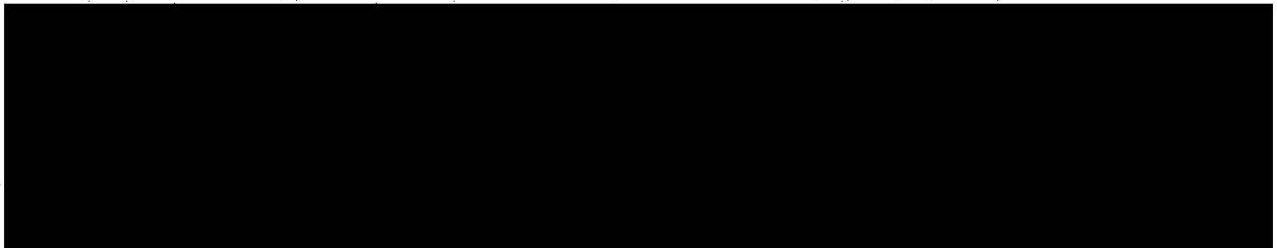
Si bien es cierto, la adquisición de las acciones de TMT, por parte de ICTSI, no tendría por objeto o efecto disminuir, dañar o impedir la concurrencia y la competencia económica; los promoventes pactaron una cláusula de no competir que no se encuentra justificada, en razón de las siguientes consideraciones.

De conformidad con el artículo 89, fracción III de la LFCE, los promoventes acompañaron a su escrito de notificación, el proyecto de una cláusula de no competencia, así como las razones por las cuales la estipularon. Dicha cláusula señala:



Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

En relación al [REDACTED] el contrato de compraventa lo define como:



Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

Los promoventes argumentan las siguientes razones para incluir dicha cláusula:





Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Redacted]

[Handwritten signature and initials]



Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

Ahora bien, como se señaló en el antecedente Cuarto de esta Resolución, derivado de que esta COFECE comunicó a los promoventes la existencia de posibles riesgos al proceso de competencia y libre concurrencia en la concentración notificada, los promoventes manifestaron mediante escrito presentado el diecinueve de enero de dos mil quince, lo siguiente:

“(...)

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Redacted text block]

[Handwritten signature and initials]

Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley
Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley
Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

(...)"

Previo al análisis de la cláusula de no competir y su justificación, es necesario realizar las siguientes precisiones.

Respecto de las cláusulas de no competencia, el Poder Judicial Federal⁵ señala:

"(...) Es común que en el traspaso o venta de la negociación o empresa, las partes para prevenir el ejercicio desleal de la competencia, adopten cláusulas ad hoc, donde determinan específicamente la obligación de no competir, las cuales deben ser analizadas cuidadosamente, a fin de advertir si en realidad tienen ese cometido, y para tal efecto, debe atenderse si es un acuerdo ilimitado, o si se sujetó a cierto plazo, territorio, clientes y actividad, productos o servicios. En el primer supuesto es indudable que se trata de un pacto ilícito, porque restringe de manera absoluta la actividad, y por ende, se enfrenta a las buenas costumbres de los comerciantes. El segundo caso no reviste tal ilicitud, toda vez que se orienta a preservar el valor tutelado dentro de este ámbito, consistente en la libertad de competencia, por ser medidas preventivas de prácticas desleales (...)

Ciertamente, como la empresa constituye una unidad económica, compuesta de bienes, derechos y obligaciones, con relaciones propias o exclusivas de ella, tales como la clientela, la propiedad

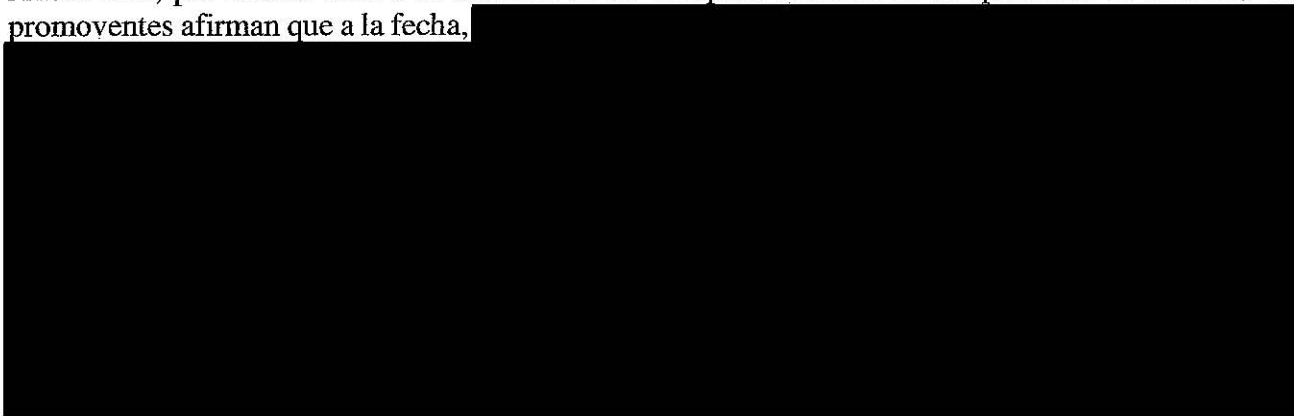
⁵ PACTOS DE NO COMPETENCIA EN LA ENAJENACIÓN O TRASPASO DE EMPRESAS. NO VIOLAN LA LIBERTAD DE OCUPACIÓN. Época: Novena Época, Registro: 165500, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XXXI, Enero de 2010 Materia(s): Civil Tesis: I.4o.C.240 C Página: 2171.

comercial, la actividad intelectual o industrial del empresario, como el nombre comercial, patentes, marcas, etcétera, la cesión o venta de la misma implica, precisamente, el de todos estos elementos, y de competir el vendedor o cedente frente a su adquirente, abusa de los secretos de la negociación, puesto que nadie mejor que él los conoce, pero ya no le pertenecen. Con tal actitud también resta valor al nombre comercial, reduce o acapara toda la clientela, y con ello perjudica al adquirente en el ámbito mercantil (...) [Énfasis añadido]

Como refieren los promoventes, esta autoridad analiza las cláusulas de no competir en su alcance sobre los sujetos obligados, la temporalidad y cobertura territorial de la concentración.⁶ El propósito de la cláusula es que el adquirente, pueda hacer uso de los bienes adquiridos en forma pacífica y que sean transferidos de buena fe, es decir evitar actos de competencia desleal.

Las cláusulas de no competir protegen generalmente los activos intangibles, como lo pueden ser la buena fama o el prestigio del negocio adquirido, el conocimiento de los clientes, las relaciones comerciales y los secretos industriales, entre otros. Este tipo de activos, en ciertos escenarios tienen el problema de carecer de un derecho de propiedad y de protección normativa, por lo que es necesario este tipo de cláusulas, que como se dijo, pretenden evitar actos de competencia desleal.

Ahora bien, por cuanto hace a la cláusula de no competir incluida en la operación en análisis, los promoventes afirman que a la fecha,



Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley
Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

⁶ Por ejemplo en la "Comunicación de la Comisión (Europea de Competencia) sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin" (2005/C 56/03) se señala "...que las cláusulas inhibitorias de la competencia impuestas al vendedor en el contexto de la cesión de toda o parte de una empresa pueden estar directamente vinculadas a la realización de la concentración y ser necesarias a tal fin. Para obtener el valor íntegro de los activos transferidos, el comprador debe gozar de algún tipo de protección frente a la competencia del vendedor que le permita fidelizar la clientela y asimilar y explotar los conocimientos técnicos. Las cláusulas inhibitorias de la competencia garantizan la cesión al comprador del valor íntegro de los activos transferidos, que, por lo general, comprende tanto activos materiales como inmateriales, como el fondo de comercio y los conocimientos técnico desarrollados por el vendedor. Estas cláusulas no sólo están directamente vinculadas a la concentración, sino que también son necesarias para su realización, porque hay buenos motivos para creer que sin ellas no sería posible la venta de la totalidad de la empresa o de parte de la misma."

⁷ Folio 000005 del expediente en que se actúa.

⁸ En términos del contrato de compraventa, página 11.

Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

Aducen los promoventes que los vendedores conocen la industria y el mercado de operación de terminales portuarias específicamente en [REDACTED] y que la obligación de no competir es esencial para preservar la continuidad y valor del negocio de TMT. Como se refirió anteriormente esta cuestión es infundada [REDACTED]

Por lo anterior, se considera que la cláusula de no competir [REDACTED]

10

Artículos 3, fracción IX y 125 de la LFCE, y 14 fracciones I y II de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental

Con base en las consideraciones anteriores, los promoventes no justifican que la cláusula de no competencia es necesaria para evitar la competencia desleal y por consiguiente el aprobarla en los términos que fue planteada implicaría una restricción injustificada al proceso de competencia y libre concurrencia, que actualizaría la fracción II del artículo 64 de la LFCE.

Por lo anteriormente expuesto, el Pleno de esta Comisión:

Resuelve

PRIMERO. La Comisión condiciona la autorización de la concentración notificada por International Container Terminal Services, Inc., Grupo TMM, S.A.B. e Inmobiliaria TMM, S.A. de C.V., relativa al expediente en que se actúa, de acuerdo con los antecedentes y consideraciones de derecho señalados a lo largo de la presente resolución, a que las partes eliminen la cláusula de no competencia.

SEGUNDO. Las partes no podrán realizar la concentración hasta en tanto acrediten a satisfacción de esta Comisión la eliminación de la cláusula de no competencia, para lo cual cuentan con un plazo de treinta días hábiles contados a partir del día siguiente en que surta efectos la notificación de esta resolución. En caso de no acreditar dicha modificación al contrato de compraventa, se tendrá por no autorizada la concentración.

TERCERO. Notifíquese personalmente.

⁹ Folio 000014 del expediente en que se actúa.

¹⁰ "En cambio, las cláusulas inhibitorias de la competencia no pueden considerarse necesarias si, en realidad, el traspaso se limita a activos materiales (como terrenos, edificios o maquinaria) o a derechos exclusivos de propiedad industrial y comercial (cuyos titulares pueden emprender de inmediato acciones legales contra las infracciones que pueda cometer el cedente de dichos derechos)." Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03).



Pleno de la Comisión Federal de Competencia Económica
Resolución
Expediente CNT-093-2014

Así lo resolvió por unanimidad de votos el Pleno de esta Comisión en sesión ordinaria de veintinueve de enero de dos mil quince, con fundamento en los artículos citados a lo largo de la presente resolución, y ante la fe del Secretario Técnico con fundamento en los artículos 4, fracción IV, 18, 19, 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI del Estatuto.- Conste.

Alejandro

Alejandra Palacios Prieto
Comisionada Presidenta

Jesús Ignacio Navarro Zermeno
Jesús Ignacio Navarro Zermeno
Comisionado

Martín Moguel Gloria
Martín Moguel Gloria
Comisionado

Benjamín Contreras Astiazarán
Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado

Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido
Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido
Comisionado

Francisco Javier Nuñez Melgoza
Francisco Javier Nuñez Melgoza
Comisionado

Eduardo Martínez Chombo
Eduardo Martínez Chombo
Comisionado

Roberto I. Villarreal Gonda
Roberto I. Villarreal Gonda
Secretario Técnico