

MEMORANDUM

FECHA: 2 de diciembre de 2016

PARA: Comisión Federal de Competencia Económica

DE: Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C.

RE: Comentarios al Anteproyecto de Modificaciones a la Guía para la Notificación de Concentraciones.

Se acompaña al presente como "Anexo Único", un documento que contiene los comentarios, por parte de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez, S.C., en relación con el Anteproyecto de Modificaciones a la Guía para la Notificación de Concentraciones, publicado en el Diario Oficial de la Federación el pasado 21 de octubre de 2016.

* * *

Sin más por el momento, quedamos a sus órdenes para cualquier duda o aclaración al respecto.

Atentamente,

“ANEXO ÚNICO”

CREEL.MX

PASEO DE LOS TAMARINDOS 60
COL. BOSQUES DE LAS LOMAS
CIUDAD DE MÉXICO, MÉXICO 05120
+52 (55) 4748 0600

TORRE COMERCIAL AMÉRICA OF. 1802
BATALLÓN DE SAN PATRICIO 111, COL. VALLE ORIENTE
SAN PEDRO GG, NUEVO LEÓN 66269
+52 (81) 8363 4221

ANTEPROYECTO DE MODIFICACIONES A LA GUÍA PARA LA NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIONES

ÚNICO.- Se adiciona la sección 7.9 en el Capítulo 7 de la Guía para la notificación de Concentraciones, en los siguientes términos:

7. ASPECTOS VARIOS

(...)

7.9 Cláusulas de no competencia y acuerdos de accionistas

Esta sección tiene por objeto explicar a los agentes económicos involucrados en una concentración las características de las cláusulas de no competencia u otros acuerdos restrictivos que las partes pactan en los instrumentos jurídicos por virtud de los cuáles pretendan llevar a cabo la operación. Así como las referencias que utiliza la Comisión al analizar sus efectos. Lo anterior, a fin de determinar si son razonables a la luz de los principios en materia de competencia económica y libre concurrencia.

Existen distintos tipos de acuerdos que pueden pactarse en el marco de una concentración, entre otros, los siguientes:

1. **Cláusula de no competencia:** acuerdo de voluntades por virtud del cual alguno de los participantes en un contrato o convenio (generalmente la parte vendedora) asume la obligación de no competir con la parte adquiriente, que es a quien le enajena activos o acciones. Es decir, a no vender o producir ciertas mercancías o prestar determinados servicios durante cierto tiempo, en una zona geográfica delimitada.

En términos generales, la cláusula de no competencia tiene la finalidad de proteger activos intangibles (como puede ser la buena fama o el prestigio del negocio adquirido, el conocimiento de los clientes, las relaciones comerciales y los secretos industriales, entre otros) yu otros conceptos que, en ciertos escenarios, tienen el problema de carecer de un derecho de propiedad o de protección normativa, por lo que su protección mediante este tipo de cláusulas es necesaria. De esta forma, estas cláusulas están encaminadas a proteger al adquiriente y su inversión, para que logre un conocimiento del mercado y tome control de la empresa y sus operaciones, conforme a la buena fe y las buenas costumbres. Con ~~ello~~, las cláusulas pretenden inhibir posibles conductas oportunistas por parte del vendedor.

2. **Acuerdo de accionistas:** acuerdo de voluntades por virtud del cual los accionistas o socios de una coinversión se comprometen a no participar, por cuenta propia, en actividades iguales o directamente relacionadas con las que desarrolla la coinversión. Su racionalidad se encuentra en generar incentivos para que los participantes de la coinversión realicen su mejor esfuerzo en el desarrollo del negocio.

3. **Acuerdo de no contratación o no solicitud:** acuerdo de voluntades por virtud del cual una de las partes (generalmente la vendedora) se compromete a no contratar a aquellas personas que ya laboran o prestan sus servicios profesionales en la sociedad objeto de la transacción. Estos acuerdos tienen como finalidad proteger el conocimiento, el capital humano y el valor del negocio transferido.

La Comisión valorará la justificación presentada por los notificantes, a fin de analizar, en cada caso, los efectos de una cláusula de no competencia y/o los acuerdos de accionistas [y/o los acuerdos de no contratación](#), que los agentes económicos pacten. Sin embargo, a continuación se explica la manera en la que la Comisión ha llevado a cabo el análisis de este tipo de cláusulas o acuerdos, para determinar si resultan razonables a la luz de los principios de competencia económica y libre concurrencia.

7.9.1 Análisis de cláusulas de no competencia

Por regla general, el primer elemento a considerar para determinar si una cláusula de no competencia se encuentra justificada es verificar si, en efecto, existen activos intangibles [u otros conceptos que así lo justificaren](#) que deben protegerse a través de la misma.

Ahora bien, cuando los agentes económicos justifican la necesidad de incorporar una cláusula de no competencia, la Comisión toma en consideración diversos elementos para llevar a cabo su análisis, entre ellos, los siguientes: sujetos obligados, cobertura de producto y geográfica, así como duración de la cláusula de no competencia.

La Comisión ha considerado como justificada una cláusula de no competencia en los casos siguientes:

1. **Sujetos obligados:**

Cuando los sujetos obligados sean el vendedor y [el/ las sociedades parte del](#) grupo económico al que éste pertenece [así como sus respectivos sucesores y cesionarios](#). Adicionalmente, también puede incluir como sujeto obligado a un agente económico que no exista pero que sea creado para realizar la operación notificada [quien tendría el mismo trato que el vendedor y las sociedades parte del grupo económico del vendedor](#).

2. **Cobertura del producto o servicio:**

- i. Cuando se encuentre acotada a los productos o servicios ofrecidos mediante el negocio objeto de la transacción [o aquellos productos y/o servicios ofrecidos por el comprador y que se encuentren directamente relacionados con el negocio objeto de la transacción](#).
- ii. Cuando se incluyan productos que se encuentren en desarrollo por el negocio objeto de la transacción [o productos similares o sustitutos que pudieren competir directamente con dichos productos en desarrollo](#).

En operaciones que se lleven a cabo a nivel internacional e involucren productos y/o servicios fabricados en múltiples jurisdicciones, la cláusula de no competencia podría estar negociada a nivel global. En este caso, podría incluir la totalidad de los productos y/o servicios que ofrece el negocio objeto de la operación a nivel mundial, aunque en México las actividades de la vendedora se limiten sólo a algunos de ellos.

La cláusula de no competencia que incluya productos fabricados por el adquirente de los activos transferidos, siempre y cuando estos sean productos completamente distintos sin relación alguna con los activos adquiridos, al no encontrarse directamente relacionada con la concentración ni ser necesaria para llevarla a cabo, no se considerará justificada.

3. Duración:

- Cuando la vigencia sea hasta por tres años después del cierre de la operación ~~y esta duración se encuentre justificada~~;
- En casos excepcionales y siempre que se acredite debidamente su necesidad, se podría considerar justificada una vigencia mayor. Por ejemplo, la Comisión ha considerado justificada una cláusula de no competencia por cinco años cuando han concurrido simultáneamente dos de las siguientes circunstancias:
 - i. El negocio transferido se caracteriza por una alta complejidad técnica;
 - ii. El adquirente no tiene experiencia significativa en el negocio transferido;
 - iii. El vendedor mantiene negocios similares o relacionados con el negocio adquirido, de manera que continúe el contacto con clientes del negocio objeto de la operación y pueda ingresar al mercado rápidamente; y
 - iv. Existe una alta lealtad de los clientes a la marca y ésta no forme parte de la operación notificada.

Estas referencias no son rígidas. La Comisión ha considerado el contexto de mercado específico de cada caso y las razones para determinar si la duración de la cláusula se encuentra justificada o no.

4. Cobertura geográfica:

- i. Cuando abarque el territorio atendido por el vendedor o la sociedad objeto de la transacción o por los activos objeto de ~~adquisición~~ la transacción de forma previa a la operación;
- ii. Cuando incluyan regiones en las que el negocio objeto de la operación tenga planes ~~avanzados~~ de expansión, se hayan realizado inversiones o se haya ejecutado cualquier otra acción tendiente a la ampliación del territorio.

En todos los casos, la Comisión únicamente se ~~pronunciará~~ podrá pronunciar sobre los efectos que la cláusula de no competencia pueda tener sobre el proceso de competencia y libre concurrencia en el territorio nacional.

7.9.2 Análisis de acuerdos de accionistas

Al igual que en el caso del análisis de la cláusula de no competencia, la Comisión considera múltiples aspectos en su análisis, entre los que destacan: sujetos obligados, cobertura de producto y geográfica, así como duración de la cláusula de no competencia.

La Comisión ha considerado justificado un acuerdo de accionistas cuando se ajustan a lo siguiente:

1. Sujetos de aplicación:

Cuando las restricciones se apliquen a los integrantes de la coinversión, así como ala las sociedades parte del grupo económico al que cada uno de éstos pertenezca, ~~siempre y cuando estén vinculados con los bienes o servicios materia de la concentración.~~

2. Cobertura del producto:

Cuando se incluyan bienes o servicios que actualmente ofrezca el negocio de la coinversión, así como aquellos que se desarrollen durante el tiempo en que los accionistas permanezcan como socios.

3. Duración:

Cuando aplique a los socios durante toda la vigencia de la coinversión o hasta el momento en que la participación accionaria de alguno de los ~~obligados~~ co-inversionistas se reduzca a un porcentaje determinado por las partes;

Tras la terminación de la coinversión, se ha considerado razonable que se establezca un plazo adicional en el que las partes se obliguen a no competir. Este plazo será equiparable al establecimiento de una cláusula de no competencia, es decir, de hasta tres años y en casos debidamente justificados por un periodo mayor.

4. Cobertura geográfica:

- Cuando abarquen el territorio atendido por la coinversión al momento de crearse, así como a aquellos territorios a los que el negocio objeto de dicha coinversión se expanda con posterioridad a la creación de la misma y durante el tiempo en que los co-inversores permanezcan como socios;
- Si se trata de regiones geográficas más amplias, cuando la coinversión tenga planeado incursionar en ellas o cuando, derivado de las características del negocio, sea factible atenderlas.

En todos los casos, la Comisión únicamente podrá pronunciarse sobre los efectos que la cláusula de no competencia pueda tener sobre el proceso de competencia y libre concurrencia en el territorio nacional.

7.9.3. Análisis de cláusulas de no contratación o no solicitud

Generalmente, la Comisión sólo se pronuncia sobre los acuerdos de no contratación o no solicitud cuando se trate de acuerdos entre competidores y se equiparen a las cláusulas de no competencia y serán evaluados conforme a los criterios previstos para este tipo de cláusulas.

7.9.4. Consideraciones finales

Los parámetros citados en esta sección no abarcan la totalidad de los elementos que pueden ser considerados para el análisis de una cláusula de no competencia ~~o~~, un acuerdo entre accionistas y/o un acuerdo de no contratación, ya que se podrá considerar además, las particularidades del mercado, de la operación o de las partes. En este contexto, la Comisión valora la información que obre en cada expediente, así como los argumentos presentados por los notificantes, a fin de determinar, caso por caso, si estos acuerdos resultan o no razonables en materia de competencia económica y libre concurrencia.

Asimismo, la dirección General de Concentraciones ~~podrá~~deberá brindar retroalimentación a los agentes económicos en caso de que detecte que una cláusula o acuerdo de este tipo podría no encontrarse justificada, a fin de que los notificantes tengan la posibilidad de modificarla o fortalecer su motivación.

El análisis que realice la Comisión sobre este tipo de cláusulas ~~o~~, acuerdos entre accionistas y/o acuerdos de no contratación no prejuzga sobre la realización de conductas anticompetitivas que, en términos de la Ley, disminuyan, dañen o impidan la libre concurrencia o la competencia económica.

Finalmente, una vez emitida la resolución de concentración, los notificantes no podrán modificar de manera sustancial los términos de la cláusula de no competencia a una provisión más restrictiva. De ocurrir así, tendrán que notificar nuevamente. ~~Ahora bien, si, en el entendido de que las partes sí podrán modificar la cláusula de no competencia a una provisión menos restrictiva sin necesidad de notificar la operación nuevamente. Si~~ al momento en que los agentes económicos presenten a la Comisión la información para acreditar el cierre de la concentración se detecta que hubo una modificación a los términos de la cláusula que correspondan a una provisión más restrictiva, se dará vista a la Autoridad Investigadora.