

- **¿Las cláusulas de no competir que son parte de concentraciones horizontales (notificables o no) pueden actualizar la definición de alguna de las prácticas monopólicas absolutas prohibidas en el art. 53 de la LFCE?**

Al respecto, se sugiere que la Autoridad Investigadora participe y avale la elaboración de las modificaciones a la guía.

La definición de las prácticas monopólicas absolutas es suficientemente amplia como para que una cláusula de no competencia en una concentración horizontal entre competidores esté cubierta bajo dicha “definición” o “tipo legal”, por lo que resulta indispensable para dar seguridad jurídica que la Comisión defina una postura al respecto.

En la práctica, las empresas suelen tener las siguientes preguntas:

(i) ¿Las cláusulas de no competir celebradas como parte de una concentración horizontal no podrían actualizar la definición en ningún caso? Los supuestos de división de mercados y limitación de la oferta parecen suficientemente amplios como para incluirlas.

(ii) ¿Las cláusulas de no competir en efecto actualizan la definición de las prácticas monopólicas absolutas cuando se trata de concentraciones horizontales, pero las mismas pueden justificarse cumpliendo con los parámetros planteados por la Cofece en términos de sujetos, tiempo, objeto y geografía?

En la práctica, los agentes económicos tienen poca certeza sobre si el objeto de una cláusula de no competir –aunque su efecto sea propio de una práctica monopólica absoluta- no es considerado anticompetitivo por la Comisión cuando dicho objeto es la protección de la operación y del valor de los activos transferidos (en el derecho comparado esta postura es el de los llamados *ancillary horizontal agreements* o acuerdos horizontales accesorios).

Esto último parecería, a su vez, una excepción a la postura de que las prácticas monopólicas absolutas nunca admiten una justificación (se persiguen y sancionan “*per se*”). En otras jurisdicciones esta postura ha sido reconocida por las cortes y autoridades de competencia, que no niegan la potencialidad de una cláusula de no competir (horizontal) de actualizar los supuestos que configuran una colusión, pero las excluyen de la regla “*per se*” ya sea en virtud de alguna excepción legal expresa o al aplicarles un estándar de escrutinio bajo la regla de la razón, por considerarlas *ancillary*. En México, estas precisiones no existen, pero son necesarias para que los agentes económicos puedan guiar su actuar.

- **¿Cuál es la consecuencia jurídica de incluir una cláusula de no competir fuera de los parámetros de “justificación” y limitación que prevé la Cofece?**

Es decir, ¿las cláusulas de no competir que forman parte de una concentración horizontal aprobada por la Comisión ya no serán investigadas en otro procedimiento por la Autoridad Investigadora, en particular, por prácticas monopólicas absolutas?

Al respecto, una postura sobre el alcance de lo previsto en el artículo 65, primer párrafo de la LFCE en relación con lo previsto en el artículo 90, fracción VIII de la misma proporcionaría seguridad jurídica.

Nuevamente, se considera que la participación de la Autoridad Investigadora es necesaria para reflejar una postura clara de la Comisión a este respecto y generar certeza. Los agentes económicos que se plantean celebrar una concentración horizontal que no es notificable, tiene poca certeza sobre la postura en materia de competencia económica si incluyen una cláusula de no competencia.

- **El anteproyecto indica que el “análisis que realice la Comisión sobre este tipo de cláusulas o acuerdos entre accionistas no prejuzga sobre la realización de conductas anticompetitivas que, en términos de la Ley, disminuyan, dañen o impidan la libre competencia o la competencia económica”. Al respecto, ¿esto significa que la Comisión podría dar vista a la Autoridad Investigadora sobre la existencia de una cláusula de no competir, incluso si cumple con los parámetros de justificación incluidos en el anteproyecto?**

En la práctica, es común que las empresas tengan dudas sobre el alcance de las cláusulas de no competir que pueden celebrar. El hecho de que las mismas sean notificadas en un procedimiento de concentración genera un cierto grado de certidumbre, pero éste no es absoluto (debido a lo previsto en el referido artículo 65, primer párrafo de la LFCE).

Sin embargo, esta advertencia parece restar seguridad jurídica puesto que parece indicar que aun cuando sí se notifique la celebración de una cláusula de no competir como parte de una concentración autorizada (y se cumpla con los parámetros de la guía), jurídicamente, la Comisión podría dar vista a la Autoridad Investigadora para que la analice si así lo desea (en vista de lo previsto en el referido artículo 95, fracción VIII de la LFCE)

En este mismo sentido, creemos conveniente que la COFECE aborde si habría diferencias en este análisis entre: (i) concentraciones horizontales parciales; (ii) concentraciones horizontales totales, y (iii) concentraciones verticales.

- **¿Los “acuerdos de accionistas” (de acuerdo con el anteproyecto, aquellos acuerdos entre socios de una coinversión para no competir en actividades similares a las de la coinversión) también incluyen acuerdos entre, por ejemplo, administradores externos y los agentes económicos administradas por éstos (en la práctica internacional, es común que los administradores de fondos tengan algún acuerdo de no competencia en beneficio del fondo administrado)?**

Existen casos en los que dos agentes económicos deben alinear intereses en beneficio de un proyecto conjunto en los que dichos agentes no son necesariamente socios, sino administradores externos.

Esto es común en fideicomisos y fondos de inversión. Dado que un administrador externo gestiona el patrimonio del fideicomiso, es posible que se incluyan cláusulas para que dicho administrador no compita con el negocio del fideicomiso aprovechando la información que conoce del mismo en virtud de su gestión.

Se sugiera que el concepto de “acuerdos de accionista” se amplíe para prever estos casos o bien, que se defina en atención al objeto de la justificación: alinear los intereses de agentes económicos que forman parte de un mismo grupo de interés.

Se hace la misma pregunta en el sentido de las anteriores, sobre si estas cláusulas entre socios de una coinversión que a su vez son competidores entre sí, serían analizadas de forma diferente en relación con los criterios de esta Guía.

- **El anteproyecto indica que si al cierre de una concentración autorizada, se detecta que se modificó la cláusula de no competir, se dará vista a la Autoridad Investigadora, ¿por qué?**

¿Significa que una cláusula de no competir –no justificada o fuera de los parámetros de la Guía- puede considerarse una posible práctica monopólica absoluta o bien, una prueba de una concentración ilícita?

Nuevamente se sugiere que la Autoridad Investigadora participe en la elaboración de la modificación.

- **El anteproyecto, en el apartado “1. Sujetos de aplicación” no prevé la posibilidad de una cláusula de no competir que aplique al comprador.**

Las operaciones en las que un vendedor transfiere sólo parte de su empresa y mantiene control sobre otra división o área de negocios son bastante comunes.

En dichos casos, el personal que pasó a estar bajo el control del comprador pudiera tener información sensible o privilegiada tanto del negocio transferido como del negocio que el vendedor mantuvo para sí.

En tales casos, una cláusula de no competir que aplique al comprador o a su personal, respecto de la división de negocios no transferida podría ser necesaria para proteger la información privilegiada de la división de negocios que el vendedor mantuvo para sí.