

Ciudad de México a 26 de enero de 2017

Informe sobre la consulta pública del Anteproyecto de Modificaciones a la Guía para la Notificación de Concentraciones

Presentación

Este Informe se publica en cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 12, fracción XXII, tercer párrafo, inciso a) y 138, fracción II, de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), como parte del procedimiento de Consulta Pública al que la Comisión Federal de Competencia Económica (Comisión o COFECE) sometió el Anteproyecto de Modificaciones a la Guía para la Notificación de Concentraciones (ANTEPROYECTO), cuyo periodo de treinta días hábiles corrió del 21 de octubre al 2 de diciembre de 2016 (CONSULTA).

En dicho periodo se registraron cuatro opiniones en las que se presentaron sugerencias y comentarios al ANTEPROYECTO por parte de diversos profesionistas. Asimismo, se recibió la opinión del Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT).

La COFECE agradece a los participantes en la CONSULTA, pues con sus invaluable aportaciones podrán fortalecerse los instrumentos que serán emitidos y se favorece la colaboración entre sectores público y privado en materia de competencia económica. Con ello, la COFECE reafirma su inquebrantable compromiso con la transparencia y su cercanía con la sociedad.

Los objetivos del ANTEPROYECTO son dar a conocer a los agentes económicos involucrados en una concentración los elementos que utiliza la Comisión para llevar a cabo el análisis de cláusulas de no competencia y acuerdos entre accionistas. El ANTEPROYECTO, como parte de la Guía para la Notificación de Concentraciones (GUÍA), no busca constituirse en un documento vinculante, ya que no interpreta la LFCE o las demás disposiciones que regulen dicho procedimiento ni emite criterios técnicos o directrices en el desahogo del procedimiento.

El ANTEPROYECTO aborda los siguientes puntos:

1. Cláusulas de no competencia y acuerdos entre accionistas (definiciones)
2. Análisis de cláusulas de no competencia
3. Análisis de acuerdos entre accionistas
4. Consideraciones finales

A continuación se resumen los puntos más relevantes que fueron planteados en la CONSULTA y las consideraciones a las opiniones recibidas, las cuales pueden clasificarse dentro de los siguientes temas:

Sobre la delimitación del alcance jurídico del ANTEPROYECTO

Se recibió la sugerencia del IFT de hacer la mención explícita de que la aplicación de la GUÍA tendrá lugar sólo para notificaciones de concentraciones cuyo análisis sea facultad de la COFECE. Es decir, aclarar que ésta sólo aplicará respecto de las actividades económicas que se encuentran en el ámbito de competencia de la COFECE.

Sobre este particular, se hace la aclaración de que la GUÍA ya contempla esa mención explícita en su sección 1, en los siguientes términos: *“la presente guía contiene información sobre el análisis de las concentraciones que se lleven a cabo en tomo a las actividades económicas que se encuentran en el ámbito de competencia de la COFECE y se notifiquen ante esta autoridad, de conformidad con lo establecido en los artículos 28, párrafo décimo sexto, de la Constitución y 5 de la LFCE.”*

Sobre la redacción del texto y conceptos contenidos en el documento.

Algunos de los participantes indicaron la necesidad de precisar y/o aclarar la redacción de textos y conceptos específicos contenidos en la guía. Asimismo, presentaron comentarios para dar mayor congruencia entre el ANTEPROYECTO y el resto de la GUÍA, o bien entre distintas secciones del ANTEPROYECTO. Se agradece ampliamente a los participantes que presentaron este tipo de propuestas. Por otro lado, se recibieron también sugerencias en la redacción que eliminaban la precisión o el sentido de algunas frases del documento. Al respecto, se realizarán las adecuaciones que resulten pertinentes.

Asimismo, se recibieron comentarios que proponían modificar la redacción del documento a fin de utilizar un lenguaje de tipo normativo. Se valorarán estas propuestas. No obstante, se señala que la GUÍA no se trata de un documento vinculante que estipule obligaciones para los agentes económicos o para la autoridad.

Sobre la inclusión en el ANTEPROYECTO de diversos casos particulares en los que se negocian cláusulas de no competencia

Durante la CONSULTA se recibieron algunos comentarios sobre la necesidad de incluir en el ANTEPROYECTO diversos casos particulares que justifican la inclusión de cláusulas de no competencia, o algunos de sus términos, en el marco de una concentración. Los principales son los siguientes:

- Una cláusula de no competir que aplique al comprador podría ser necesaria en operaciones donde un vendedor transfiere sólo parte de su empresa y mantiene control sobre otra división o área de negocios.
- El análisis que realice la Cofece podría ser distinto en diversos casos particulares, como los siguientes: i) Acuerdos pactados entre administradores de fondos de inversión y sus inversores; ii) Acuerdos de colaboración entre competidores; iii)

concentraciones horizontales parciales; iv) concentraciones horizontales totales; y v) concentraciones verticales.

- Las modificaciones a una cláusula de no competencia ya autorizada por la Comisión, que tengan la finalidad de reducir su alcance (en términos de cobertura de producto, duración, etc.) podrían considerarse como modificación no sustancial.

Estos comentarios proponen contemplar casos particulares y específicos de concentraciones y términos de las cláusulas de no competencia en la GUÍA. Se valorarán todas estas propuestas. En efecto, se reconoce que pueden existir casos particulares en los que es necesario valorar toda la información que obre en el expediente y los argumentos que presenten los notificantes, a fin de determinar si una cláusula o un acuerdo entre accionistas resultan razonables. Así se señaló en la sección 7.9 del ANTEPROYECTO, que a la letra señala lo siguiente:

“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, 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.”

Por otro lado, se aclara que la GUÍA no pretende ser exhaustiva respecto de la totalidad de casos particulares que puedan surgir en el trámite de concentraciones. Además, como se señala en la página 66 de la GUÍA, se reitera que *“para atender situaciones particulares que puedan surgir en casos concretos, la Comisión tiene por política atender todas las consultas que le sean planteadas y aclarar las dudas que los particulares puedan tener para la tramitación de sus asuntos.”*

Sobre temas no sometidos a CONSULTA PÚBLICA

Se recibieron comentarios sobre la factibilidad y las implicaciones de notificar extemporáneamente una concentración y algunas dudas sobre concentraciones que no implican vínculos o adquisiciones patrimoniales.

Estos temas no fueron sometidos a CONSULTA. Sin embargo, se agradece ampliamente este tipo de propuestas y se valorará la posibilidad de incluirlos en el futuro en la GUÍA. Asimismo, se reitera que la Comisión está abierta para atender situaciones particulares que puedan surgir en casos concretos y aclarar las dudas que los particulares puedan tener para la tramitación de sus asuntos.

Sobre la eliminación de la necesidad de presentar justificación de la cláusula

Uno de los comentarios recibidos sugiere que la COFECE no debería solicitar la justificación de la duración de una cláusula cuando ésta se ajuste al parámetro de tres años.

Al respecto, se señala que la propuesta resulta contraria a lo estipulado por el artículo 89, fracción III, de la LFCE, el cual establece que los Agentes Económicos deben presentar las razones de la cláusula de no competencia.

Preguntas sobre una posible interpretación de las cláusulas de no competencia como prácticas monopólicas absolutas

Una de las contribuciones señala que, por los alcances que tienen, las cláusulas de no competencia previstas en una concentración entre competidores podrían actualizar la definición de una práctica monopólica absoluta. En este contexto, plantea diversos temas que generan incertidumbre a los Agentes Económicos y sugiere que se atiendan en la GUÍA. Estos temas se resumen a continuación:

- El ANTEPROYECTO señala que el análisis de la Comisión no prejuzga sobre la realización de conductas anticompetitivas. En este contexto, ¿Podría la Comisión 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?
- El ANTEPROYECTO indica que en caso de que la Comisión detecte una modificación a la cláusula de no competir, se dará vista a la Autoridad Investigadora. ¿Por qué? ¿Una cláusula de no competir no justificada puede considerarse una posible práctica monopólica absoluta o una prueba de concentración ilícita?
- Considerando lo anterior, ¿Podría establecerse una manifestación expresa de que, a pesar de que tienen alcances similares a una práctica monopólica absoluta, las cláusulas se analizan con la regla de la razón? Además, para contribuir a brindar certeza, ¿Podría la Autoridad Investigadora participar en la elaboración de la GUÍA?

En el ANTEPROYECTO se señaló que una cláusula de no competencia puede ser necesaria para proteger activos intangibles que, en ciertos escenarios, carecen de un derecho de propiedad o de protección normativa. Asimismo, se señaló que estas cláusulas están encaminadas a proteger al adquirente, para que logre un conocimiento del mercado y tome control de la empresa, conforme a la buena fe y las buenas costumbres. Por esta razón, el ANTEPROYECTO proporciona diversos elementos de análisis que toma en consideración la Comisión para considerar si una cláusula está justificada, a la luz de los principios de competencia y libre concurrencia.

Además, como ya se indicó previamente, el Anteproyecto expresamente señala lo siguiente:

“(...) 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 competencia.”

De conformidad con lo anterior, con las modificaciones que se proponen en el ANTEPROYECTO, la GUÍA brindaría mayor certeza jurídica a los agentes económicos al especificar que las cláusulas de no competencia se analizan caso por caso.

Ahora bien, por lo que hace a sus señalamientos de que se dé vista a la Autoridad Investigadora para que participe en la elaboración de esta sección de la GUÍA, se valorará la posibilidad de aclarar las secciones conducentes de la GUÍA. No obstante, se recuerda que la GUÍA no constituye un documento vinculante, ya que no interpreta la LFCE o las demás disposiciones vigentes, ni emite criterios técnicos o directrices en el desahogo del procedimiento que se tramita ante la COFECE.

Comentarios que recomiendan modificar los parámetros empleados por la Comisión en el caso de las coberturas de producto y geográfica y temporalidad

Se recibieron múltiples comentarios encaminados a incrementar los parámetros de análisis de las cláusulas de no competencia señalados en el ANTEPROYECTO. Por ejemplo:

- Que la cobertura de producto y geográfica puedan contemplar los productos que ofrece y las regiones que atiende el vendedor, y no sólo aquéllos del negocio objeto de la operación.
- Que la cobertura de producto pueda contemplar también productos similares o sustitutos a un producto en desarrollo.
- Que la cobertura de producto pueda contemplar, además de los productos que ya ofrece el negocio objeto de la operación, aquellos productos “*ofrecidos por el comprador y que se encuentren directamente relacionados con [ese negocio]*”
- Que la cobertura geográfica de un acuerdo entre accionistas pueda abarcar zonas no cubiertas por el negocio coinvertido.
- Tras la terminación de un acuerdo entre accionistas, permitir que la duración de la cláusula pueda ser mayor a tres años.

Sobre estos puntos, se valorará la posibilidad de incluirlas en la GUÍA.

Conclusión

Es interés de esta COFECE señalar que todas las consideraciones contenidas en este documento están siendo analizadas a la fecha de publicación del presente Informe, y que el documento definitivo objeto de este proceso de CONSULTA aún se encuentra en proceso de elaboración.