



EL RÉGIMEN DE LAS CLÁUSULAS DE NO-COMPETENCIA

CARLOS IGNACIO ARBOLEDA SUÁREZ¹

RESUMEN

Las cláusulas de no-competencia son pactos comúnmente incluidos en casos de fusiones y adquisiciones. Estos pactos consisten en una obligación exigible al vendedor en virtud de la cual éste se abstendrá de competir con el comprador en el mercado en el cual participaba la empresa objeto de la operación por un tiempo determinado. En la Unión Europea y Estados Unidos, estas cláusulas han sido analizadas a la luz de las normas de competencia y las autoridades han fijado unos lineamientos respecto de cuándo estas son aceptadas y cuándo se entienden como restrictivas de la competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio, en una decisión de 2010, quiso adoptar una teoría similar, aunque no la articuló tan claramente como hubiera podido. Este artículo busca presentar el régimen internacional y colombiano, junto con

¹ Abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá con especialización en Derecho de la Competencia y del Libre Comercio de la misma universidad, y LL.M. de University of Chicago. Actualmente es asociado del área de Competencia e Integraciones de la firma Brigard & Urrutia Abogados.

algunos interrogantes que quedan tras los pronunciamientos de la SIC al respecto.

Palabras clave: Cláusulas de no-competencia; restricciones accesorias; control de integraciones; acuerdos anticompetitivos.

NON-COMPETE CLAUSES IN COLOMBIAN ANTITRUST LAW

ABSTRACT

Non-compete covenants are clauses commonly found in mergers and acquisitions. These covenants take the form of an obligation imposed on the seller, upon which he agrees not to compete with the buyer in the market in which the sold undertaking was active during a certain period. In the European Union and the United States these clauses have been analyzed under the applicable competition laws and the authorities have set forth a series of requirements that determine in which cases they are lawful and in which they are restrictions of competition. The Superintendence of Industry and Commerce, in 2010, intended to adopt a similar theory, although it failed to articulate it clearly. This paper presents the international and Colombian treatment of these covenants, as well as some questions left open by the decisions of the SIC.

Key words: *Non-compete clauses; ancillary restrictions; merger control; anticompetitive agreements.*

I. INTRODUCCIÓN

En Inglaterra en 1711, Reynolds, un panadero de St. Andrew Holborn, arrendó su panadería a Mitchel, entregándole un bono por

50 libras que sería exigible si Reynolds volvía a ejercer su actividad durante el término del arriendo. Reynolds incumplió y abrió una panadería, Mitchel demandó. La decisión dio la razón a Mitchel, pues aun cuando existía una restricción en el pacto en virtud del cual Reynolds se comprometía a no competir, la misma era accesoria y necesaria para la realización del contrato principal².

Esta decisión, de más de 300 años de antigüedad, sentó las bases para el desarrollo de la teoría de las restricciones accesorias, y particularmente de las cláusulas de no-competencia pactadas en adquisiciones de empresas. Estas cláusulas funcionan como un seguro para el comprador, quien no estaría interesado en adquirir un negocio si su anterior dueño pudiera abrir otro el día después de la venta. La interpretación internacional ha seguido esta lógica, aceptando estas cláusulas sujetas a limitaciones específicas en cuanto a su alcance y duración.

En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio, en 2010, esbozó una teoría similar a la defendida en otros países, aunque su análisis desafortunadamente pudo haber sido más claro. En un entorno global donde las fusiones y adquisiciones son cada vez más comunes, la seguridad acerca del alcance permitido de este tipo de pactos es de gran utilidad.

Este artículo busca presentar el régimen generalmente aceptado internacionalmente y en Colombia para estas cláusulas, incluyendo algunas preguntas que quedan abiertas respecto de su aplicación. La Sección II presenta el régimen aplicable en la Unión Europea, y la Sección III en Estados Unidos. La Sección IV trata la interpretación que ha dado la SIC, especialmente en la Resolución 46325 de 2010. La Sección V desarrolla algunos de los principales aspectos que presentan retos e interrogantes en cuanto a la aplicación, investigación y sanción de las cláusulas de no-competencia.

2 *Mitchel v. Reynolds*, 1711.

II. LAS CLÁUSULAS DE NO-COMPETENCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea, las cláusulas de no-competencia se incluyen dentro de la categoría de “restricciones accesorias”. La doctrina europea de las restricciones accesorias tiene sus orígenes en tres casos analizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”)³.

En el caso *Remia/Nutricia*⁴, el TJUE reconoció que una cláusula de no-competencia puede ser una parte esencial de la compra de una empresa, toda vez que un comprador podría no estar dispuesto a comprar una empresa o negocio sin tener certeza de que el vendedor no competirá una vez la operación se realice. Sin embargo, limitó estas cláusulas a la restricción que sea apenas necesaria para hacer viable la transacción.

En *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*⁵, el TJUE avaló una serie de restricciones en un contrato de franquicia en el cual el franquiciado podía obtener beneficios de la reputación del franquiciante sin tener que incurrir en gastos propios. El franquiciante debía estar en capacidad, según el TJUE, de tomar las medidas de precaución necesarias para que la información que permitía dichos beneficios no fuera comunicada a la competencia.

Por último, en *Gottrup-Klim*⁶, una corte de Dinamarca consultó al TJUE si la restricción impuesta por DLG (una cooperativa formada por empresas agrícolas para la compra conjunta de insumos) a sus miembros de prohibirles participar en otras

3 De acuerdo con Jones & Sufrin. Ver JONES, A.; SUFRIN, B.; EU Competition Law; Cuarta Edición; Oxford University Press; 2011, pg. 227.

4 Asunto 42/84; *Remia BV y NV Verenigde de Bedrijven Nutricia v. CE*; 1985.

5 Asunto 161/84; *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*; 1986.

6 Asunto C-250/92; *Gottrup-Klim Grovvareforening y Otros v. Dansk Landbrugs Grovvaeselskab AmbA*; 1994.

cooperativas competidoras de DLG era anticompetitiva. La Corte decidió que no, siempre y cuando esta restricción fuera necesaria para asegurar el correcto funcionamiento de DLG y mantuviera su posición fuerte de negociación en la compra de insumos.

La Comisión Europea (en adelante, “CE”) se ha referido a las restricciones accesorias tanto en general en la Comunicación 101/08⁷, como específicamente en relación con concentraciones empresariales en la Comunicación 56/03⁸. Las restricciones accesorias son definidas de la siguiente manera:

*“En Derecho de competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias comprende cualquier supuesta restricción de la competencia que esté directamente relacionada con la realización de una operación principal no restrictiva y sea necesaria y proporcionada a la misma. Cuando un acuerdo, por ejemplo, de distribución o de empresa en participación, atendiendo a sus aspectos fundamentales, no tiene por objeto o por efecto restringir el juego de la competencia, tampoco se aplica el apartado 1 del artículo 81 a las restricciones directamente relacionadas con la realización de la operación y necesarias para la misma. Este tipo de restricciones se denominan accesorias. Una restricción está directamente relacionada con la operación principal cuando está subordinada a su realización e indisolublemente ligada a la misma. El criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma.”*⁹

Aun cuando la Comunicación 101/08 no se refiere explícitamente a cláusulas de no-competencia, lo que sí hace la Comunicación 56/03, sí se refiere de forma amplia a las “restricciones accesorias”, dentro de las cuales se incluyen estas cláusulas. Así,

7 Comisión Europea; Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado; 2004/C 101/08; 2004.

8 Comisión Europea; Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin; 2005/C 56/03; 2005.

9 Comunicación 101/08, párrafo 29.

una cláusula de no-competencia que cumpla con las características anteriores estará cubierta por la definición de restricción accesoria. Además, la Comunicación 56/03 se refiere expresamente a las restricciones accesorias e incluye a las cláusulas o pactos de no-competencia como una de ellas.

La Comunicación 101/08 complementa lo anterior más adelante:

“La evaluación de las restricciones accesorias se limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma.”¹⁰

La regla general sobre restricciones accesorias, como un amplio género que cubre cualquier tipo de pacto realizado para asegurar la efectiva realización de una operación principal, requiere (i) una operación principal, (ii) que dicha operación no sea restrictiva de la competencia, y (iii) que la restricción sea necesaria y proporcionada.

Sin embargo, la Comunicación 101/08 no es clara en establecer lo que se entiende por necesaria y proporcionada. Respecto de necesaria, establece, como se citó antes, que “[e]l criterio de necesidad implica que la restricción debe ser objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y proporcionada a la misma”¹¹. Así, explica sin mayor detalle que debe haber un análisis objetivo, no una consideración subjetiva de las partes, que soporte la necesidad de la restricción en el marco de la correcta realización de los objetivos de la operación principal. La

10 Comunicación 101/08, párrafo 31.

11 Ver 3 *supra*.

proporcionalidad no se encuentra específicamente definida como concepto desligado de la necesidad, sino que se encuentra junto con éste último según los apartes citados anteriormente.

A partir de lo anterior, parece que el criterio más importante para evaluar una restricción accesoria es su efecto a la luz de la operación principal no-restrictiva, específicamente al establecer que tales restricciones son objetivamente necesarias y proporcionadas cuando “*en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización*”¹².

Por su parte, la Comunicación 56/03 se refiere explícitamente a las cláusulas de no-competencia, llamándolas “cláusulas inhibitorias de la competencia”, tanto en las adquisiciones de empresas como entre empresas en participación, *joint ventures*, y sus matrices. Al respecto, la Comunicación 56/03 establece:

*“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 (...). 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.”*¹³

La redacción anterior es similar a la de la Comunicación 101/08 respecto de restricciones accesorias en general, incluyendo los conceptos de operación principal (en este caso la concentración), relación directa entre operación principal y restricción (accesoriedad), y el criterio de necesidad.

¹² Ver 4 *supra*.

¹³ Comunicación 56/03, párrafo 18.

Sin embargo, la Comunicación 56/03 incluye limitaciones a las cláusulas de no-competencia en términos específicos:

“Ahora bien, estas cláusulas sólo están justificadas por el objetivo legítimo de hacer posible la concentración cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.”¹⁴

Respecto de su duración, establece que las cláusulas de no-competencia *“sólo están justificadas por un máximo de tres años”¹⁵*. Acerca del ámbito geográfico, establece que el mismo *“debe limitarse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios (...) no es necesario proteger al comprador de la competencia del vendedor en territorios en los que no estaba presente”¹⁶*. En cuanto a su contenido, las cláusulas *“han de limitarse a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa traspasada”¹⁷*. Por último, la limitación en cuanto a las personas cubiertas se refiere a quién puede estar cubierto por las mismas, incluyendo al vendedor, sus filiales y agentes comerciales, excluyendo específicamente cualquier pacto que restrinja la acción de *“otras partes”¹⁸*.

La Comunicación 56/03 excluye específicamente las cláusulas de no-competencia, al considerar que no cumplen con el criterio de necesidad, en casos donde la adquisición verse únicamente sobre (i) activos materiales (terrenos, edificios y maquinaria), o

14 Comunicación 56/03, párrafo 19.

15 Comunicación 56/03, párrafo 20. El límite de 3 años aplica cuando se transfiere “la clientela fidelizada como fondo de comercio” y los “conocimientos técnicos”; aunque las limita a un máximo de dos años cuando se transfiera sólo el “fondo de comercio”.

16 Comunicación 56/03, párrafo 22.

17 Comunicación 56/03, párrafo 23.

18 Comunicación 56/03, párrafo 24.

(ii) derechos de propiedad industrial¹⁹.

Ahora bien, la Comunicación 56/03 también se refiere a las cláusulas de no-competencia pactadas entre empresas en participación y sus matrices:

*“Una cláusula inhibitoria de la competencia entre una empresa en participación y sus matrices puede considerarse directamente vinculada a la realización de la concentración y necesaria a tal fin si corresponde a los productos, servicios y territorios cubiertos por la empresa en participación o por sus estatutos. Las cláusulas inhibitorias de la competencia pueden responder, entre otros factores, a la necesidad de garantizar que las partes actúen de buena fe en las negociaciones; también pueden reflejar la necesidad de utilizar plenamente los activos de la empresa en participación o de permitir a ésta asimilar los conocimientos técnicos y el fondo de comercio aportados por las empresas matrices, o bien la necesidad de proteger los intereses de las empresas matrices en la empresa en participación frente a actos de competencia facilitados, entre otros factores, por el acceso prioritario de las empresas matrices a los conocimientos técnicos y al fondo de comercio traspasado a la empresa en participación o desarrollado por ésta. Estas cláusulas inhibitorias de la competencia entre las empresas matrices y una empresa en participación pueden considerarse directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin en la medida en que no tengan una duración superior a la de la propia empresa en participación.”*²⁰

En estos casos, la cláusula también debe estar limitada a la zona geográfica donde las compañías matrices competían, respecto de los productos o servicios que ofrecerá la empresa en participación, y sólo cubrirá a matrices que controlen a la empresa en participación²¹.

Así las cosas, la validez de las cláusulas de no-competencia en la Unión Europea está supeditada a la relación que éstas tengan con una operación principal, siempre que sean necesarias y

19 Comunicación 56/03, párrafo 21.

20 Comunicación 56/03, párrafo 36.

21 Comunicación 56/03, párrafo 37 y ss.

proporcionales a asegurar la realización de la misma. Los límites a este tipo de pactos están mucho mejor delimitadas en casos de concentraciones y empresas en participación; mientras que los límites a las restricciones accesorias en otras operaciones son mucho menos claros.

III. LAS CLÁUSULAS DE NO-COMPETENCIA EN ESTADOS UNIDOS

Para el derecho estadounidense, las cláusulas de no-competencia son consideradas como restricciones accesorias. El concepto de restricción accesoria en Estados Unidos fue utilizado en *antitrust* en 1898 en el caso *Addyston Pipe*, en el cual el Juez Taft determinó que “*no puede encontrarse una restricción del comercio cuando el pacto en el cual se encuentra tal restricción es accesorio al objeto principal de un contrato lícito, y es necesario para proteger a una parte en el goce legítimo de los frutos del contrato, o para protegerlo de los peligros de un uso injustificado de esos frutos por la contraparte*”²².

Las restricciones accesorias son secundarias y colaterales a una transacción lícita independiente cuando la restricción consigue la realización efectiva del objetivo de la operación principal²³. Así, se entiende que las restricciones accesorias promueven la materialización exitosa de un plan más grande²⁴. Por tal motivo, el análisis de una restricción accesoria se enfoca en encontrar un acuerdo subyacente que “*al menos tenga el potencial de reducir costos, ofrecer un producto nuevo o mejorado, o incrementar la oferta de alguna manera*”²⁵.

22 United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 1898. (Traducción libre)

23 Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc., 1986.

24 Polk Brothers v. Forest City Enterprises, 1985.

25 HOVENKAMP, H.; *Antitrust Law*; Segunda Edición; 2005. (Traducción libre)

Debido a esta relación entre operación subyacente o principal y restricción, ésta última será considerada accesorias cuando sea “razonablemente necesaria (...) para el goce por parte de los compradores de la propiedad, good will, o participación social adquirida”²⁶. Las guías de colaboración entre competidores de la Comisión Federal de Comercio (“FTC”) y el Departamento de Justicia (DOJ) siguen lo anterior, a pesar de no hacer referencia explícita a las restricciones accesorias²⁷, al establecer que una restricción es “razonablemente necesaria” cuando quiera que no haya alternativas significativamente menos restrictivas disponibles al momento en que se celebró el contrato²⁸.

Las restricciones accesorias son analizadas bajo la regla de la razón, y no bajo la regla *per se* desde 1978, cuando la Corte Suprema determina que éste es el estándar para el análisis de los pactos restrictivos que son accesorios a una operación lícita²⁹. En ese sentido, para que una restricción accesorias, como una cláusula de no-competencia, sea anticompetitiva se requiere demostrar que la misma genera un efecto negativo en la competencia en el mercado relevante³⁰.

Por ello, es difícil que una restricción accesorias sea sancionada por ser anticompetitiva, pues implicaría que tal restricción causa un daño a la competencia en el mercado, y no solamente a un competidor. En *Cole v. Champion*, 2007, el demandante, quien era accionista mayoritario de una empresa de construcción adquirida por Champion, demandó una cláusula de no-competencia

26 United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 1898. (Traducción libre)

27 WERDEN, G.; Rule of Reason v. Per Se: Where are the Boundaries Now? The Ancillary Restraints Doctrine”; American Bar Association Section of Antitrust Law; 2006.

28 Federal Trade Commission & Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000.

29 National Society of Professional Engineers v. United States, 1978.

30 Cole v. Champion Enterprises, Inc., 2007.

que Champion incluyó en su contrato laboral (Cole continuó vinculado a Champion como trabajador después de la venta de sus acciones). La corte decidió que el demandante debía probar la limitación de la competencia en el mercado, por lo que desestimó la pretensión al considerar que el efecto de limitar el acceso de una persona a un mercado competitivo y disperso no afecta a la competencia como tal³¹.

Las cláusulas de no-competencia en el marco de fusiones y adquisiciones son consideradas como la restricción accesoria “clásica”, la cual mejora el valor de un contrato o permite, en los términos de *Addyston Pipe*, “el goce de sus frutos”³². Por lo mismo, estas cláusulas deben ser accesorias a un contrato principal y deben ser “razonablemente necesarias” para lograr sus objetivos. Si, por el contrario, la cláusula va más allá afectando la competencia en el mercado relevante, ésta será anticompetitiva.

La FTC indica que las cláusulas de no competencia en la venta de un negocio son comunes y generalmente permitidas siempre y cuando sean accesorias a la transacción principal, razonablemente necesarias para proteger el valor de los activos vendidos y limitadas en tiempo y extensión geográfica³³.

Ahora bien, a diferencia de la Unión Europea no existe un límite expreso para la duración de las cláusulas de no-competencia, lo que hace que existan decisiones inconsistentes al respecto. En *Turek v. Tull*, la cláusula de no-competencia tenía una duración de 10 años y fue atacada por no ser razonable; la corte decidió que la misma sí lo era a pesar de esta larga duración debido a la naturaleza del negocio (la operación de casas de retiro)³⁴. Sin embargo,

31 *Cole v. Champion Enterprises, Inc.*, 2007.

32 *Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 1988.

33 Federal Trade Commission, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/market-division-or>.

34 *Turek v. Tull*, 1958.

en 1990 una cláusula también de 10 años de duración fue tenida como excesivamente amplia, con la corte estableciendo que estas cláusulas suelen tener una duración de entre 2 y 3 años y que, para el caso concreto, 5 años eran suficientes³⁵. Incluso han llegado a proponerse cláusulas de no-competencia de duración indefinida. En *Kunz v. Bock*, la corte del Estado de Iowa analizó una cláusula de no-competencia aplicable durante toda la vida del vendedor y que no estaba limitada territorialmente. Para evitar ser acusada de no ser una restricción razonable, el demandado intentó restringir la extensión geográfica de la misma, más no el tiempo, y la corte decidió que aun así era demasiado amplia al cubrir 423 ciudades y cerca de 13 millones de personas. Su decisión no se basó en la duración indefinida de la cláusula³⁶.

IV. LAS CLÁUSULAS DE NO-COMPETENCIA EN COLOMBIA

Las cláusulas de no-competencia han sido entendidas por la SIC como aquellas donde “una de las partes se obliga a no ser competidora de la otra o en general a no desarrollar determinada actividad económica”³⁷. Un pacto de no competencia, por sí mismo, es una práctica anticompetitiva, ya que no es más que el acuerdo entre dos partes para no competir; lo que es contrario al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, el cual prohíbe “los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.

La SIC analizó una cláusula de no-competencia en el marco de un contrato de venta de una compañía en la Resolución 46325 del 31 de agosto de 2010 (la “Resolución 46325”). En ese

35 *Rasmussen Heating Co. v. IDSO*, 1990.

36 *Kunz v. Bock*, 1968.

37 Concepto 2064111 de 2002 de la SIC.

caso, dos accionistas de las empresas AGROGEN y FADA, activas en el sector agroquímico, denunciaron a NUFARM, empresa del mismo sector y que había adquirido las acciones de las dos anteriores en 2005, por exigirles el cumplimiento de una cláusula de no-competencia incluida en los contratos de adquisición de acciones.

La cláusula de no-competencia era la siguiente:

“No competencia. Los Vendedores por medio del presente se comprometen por un periodo de cinco (5) años a partir de la fecha del Acuerdo y convienen en que no, al grado en que lo permitan las normas correspondientes, bien sea a su propio nombre o conjuntamente con terceros, directa o indirectamente, en el mercado Colombiano <sic>, iniciar un negocio o hacer una inversión en uno existente que directamente compita con los negocios de la Compañía, entendiéndose que el negocio de la Compañía se concentra en heroicidad, insecticidas, fungicidas y se circunscribe a los productos con respecto al cual la Compañía tiene registros a la Fecha del Acuerdo.”

La SIC procedió a analizar la legalidad de la cláusula partiendo de considerar este tipo de pactos como “cláusulas accesorias”, adoptando de entrada la categoría existente en la Unión Europea y Estados Unidos³⁸. Antes de desarrollar su análisis sobre la validez de estas cláusulas en Colombia, la SIC hace un recorrido por lo establecido en la Unión Europea, citando las Comunicaciones 101/08 y 56/03, y Estados Unidos, recogiendo la teoría mencionada antes de las restricciones accesorias.

Una vez presentado el marco internacional al respecto, la SIC comienza el análisis bajo la normativa colombiana citando la Sentencia C-535 de 1997 de la Corte Constitucional, la cual declaró la exequibilidad del artículo 19 de la Ley 256 de 1996, sobre pactos desleales de exclusividad. Para la Corte, “*carece de razonabi-*

38 Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 3.

lidad y proporcionalidad asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia (...) el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir (...) un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente”³⁹.

La SIC, a renglón seguido, interpreta que “[a]nálisis similar tendría que hacerse en el caso de las cláusulas de no competencia (...). Es por ello, que las cláusulas que no tengan la capacidad de obstruir o impedir la entrada de otros competidores al mercado, son lícitas y por el contrario, a través de las mismas el comprador tiene la posibilidad de aprovechar las ventajas que le proporciona la garantía de que podrá obtener el valor íntegro de la empresa adquirida de acuerdo con lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo”⁴⁰. Es interesante ver que la SIC adopta un estándar igual para las cláusulas de exclusividad en relaciones de distribución que para cláusulas de no-competencia en adquisiciones de compañías. El estándar, según la SIC, es la obstrucción de acceso de competidores al mercado. Este punto particular se desarrolla más adelante, pero es un paso necesario para llegar a la conclusión de la SIC:

“Se trata entonces, de una cuestión de derechos e intereses contrapuestos. El derecho del comprador a una competencia leal, el derecho del vendedor a competir, y el derecho del consumidor a la mayor cantidad de ofertas posibles.

De esta suerte, debe tenerse en cuenta que las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas sólo con el objeto de hacer posible la operación, cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación,

39 Sentencia C-535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

40 |Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 6.

*su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.*⁴¹

Esto último es claramente la adopción de la teoría de las restricciones accesorias de la Unión Europea. Además, la SIC agrega la consideración de los efectos en el mercado propios de la regla de la razón del derecho estadounidense al establecer que se debe analizar el contexto de la cláusula, teniendo en cuenta “*entre otros, los siguientes factores: (i) el tamaño del mercado relevante; (ii) el número de oferentes; (iii) la participación que cada una de las partes involucradas tienen en el mercado, con el fin de establecer si con las estipulaciones pactadas se vulnera el interés económico general*”⁴².

Respecto de la cláusula específica, la SIC la analiza revisando el nivel de concentración del mercado, incluyendo el cálculo del índice HHI, concluyendo que el mercado no está concentrado. Resulta curioso ver un análisis de este tipo en un caso fuera del control de integraciones, pues da la sensación que a la SIC le podría interesar el nivel de concentración de mercado para el análisis no de la integración misma, sino de la cláusula de no-competencia.

Al final, la SIC determina que la cláusula “*no se revela ajena al negocio principal por cuanto como se dijo en abstracto, el negocio comprende la venta de acciones de las mencionadas empresas y la transferencia del conocimiento*”⁴³ y ordena archivar la averiguación preliminar.

Parece entonces que el análisis de la cláusula no sigue el marco general desarrollado por la SIC un par de páginas atrás en la resolución. La SIC primero se refiere a un estándar de limitar u obstruir el acceso al mercado, tomado de las cláusulas de exclusi-

41 Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 6.

42 Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 7.

43 Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 9.

vidad, para luego adoptar el estándar de “razonablemente necesario” y finalmente hacer alusión al interés económico general, pero en últimas decide que la cláusula denunciada no amerita mayor investigación pues “no se revela ajena” a la transacción de adquisición de acciones y debido a que el mercado no está concentrado. La SIC no desarrolla si la limitación en tiempo, personas, extensión geográfica y actividad económica es razonablemente necesaria para lograr el objetivo de la transacción principal, ni si obstruye el ingreso al mercado.

Es decir, si la SIC adopta la teoría europea, como parece hacer, el análisis debería basarse en lo razonable de la cláusula al impedir que los vendedores participaran en negocios en el sector agroquímico por 5 años frente a lo que estaba adquiriendo NUFARM vía el contrato de adquisición de acciones.

V. LAS CLÁUSULAS DE NO-COMPETENCIA EN LA PRÁCTICA

A partir de lo establecido por la SIC en la Resolución 46325 es claro que bajo las normas colombianas es permitido pactar una cláusula de no-competencia en el marco de una compra de una compañía o negocio. No obstante, el análisis de la SIC hace difícil tener claros los límites de estos pactos. Para evitar el riesgo de que la SIC encuentre una cláusula de no-competencia como ilegal, las partes de una transacción deben limitar la misma siguiendo los lineamientos de la Unión Europea; aunque el estándar de revisión de la SIC tenga sus particularidades. Además, aún permanecen algunos interrogantes sobre cómo actuará la SIC cuando tenga conocimiento de estas cláusulas.

a. El fundamento jurídico para sancionar las cláusulas de no-competencia

En primera medida, es aún desconocido bajo qué conducta de las prohibidas por las normas de competencia colombianas sanciona-

ría la SIC una cláusula de no-competencia que encontrara ilegal. La Resolución 46325 archiva una averiguación preliminar, por lo que en ese caso no hubo una resolución de apertura de investigación en la cual se estableciera la norma presuntamente violada.

La denuncia presentada por los vendedores en ese caso acusaba a NUFARM, el comprador de incurrir en “*una práctica comercial restrictiva al exigirle a [los denunciantes] no participar directa o indirectamente en el mercado*”⁴⁴. Lo que se acusa no es la existencia de la cláusula, sino que el comprador esté exigiendo su cumplimiento como una práctica anticompetitiva unilateral. La denuncia así lo indica:

*“La cláusula transcrita es clara al señalar que dicho acuerdo de no competir estará supeditado “al grado que permitan las normas correspondientes”, es decir la ley colombiana (condición positiva). En este sentido, es claro y evidente que la cláusula per se no puede considerarse restrictiva de la competencia ni tampoco nula, pero su ejecución o su intención de ejecución es ilícita al contravenir las normas sobre competencia.”*⁴⁵

La SIC no se pronunció respecto de lo anterior, pero hubiera sido sorprendente que aceptara el argumento. Por una parte, es difícil entender el que una cláusula, un pacto acordado en su extensión y magnitud por dos partes, pueda ser considerado como una práctica anticompetitiva unilateral. Por otro lado, la escisión entre cláusula y aplicación llevaría a un absurdo: bajo esa teoría de los denunciantes, una cláusula de no-competencia podría pactarse sin limitación alguna en tiempo, personas, productos o extensión geográfica y ser válida (siempre que se incluya una frase como “hasta donde lo permita la ley”), pero resultar inexigible por el comprador pues eso sería ilegal. La cláusula allí perdería toda utilidad, pues el vendedor podría aceptarla para desconocerla al

44 Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 2.

45 Resolución 46325 de 2010 de la SIC, página 2.

día siguiente, y acusar al comprador de estar realizando una práctica anticompetitiva, siendo éste el único eventual sancionado así el vendedor supiera que la cláusula pactada era restrictiva de la competencia al momento de acordarla.

Así las cosas, una cláusula de no-competencia deberá ser investigada como un acuerdo contrario a la libre competencia, probablemente bajo la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Sin embargo, el que la SIC, en la Resolución 46325, haya sido enfática en que estas cláusulas son problemáticas en la medida en que limitan u obstruyen el acceso al mercado, podría investigarlas como este tipo de acuerdos listados en el numeral 10 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Además, el Concepto 15191960 de 2015 de la SIC establece que “[e]s posible pensar que las cláusulas de no competencia podrían constituir una infracción del numeral 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que señala que se considerarán como contrarios a la libre competencia aquellos acuerdos que tengan por objeto o como efecto abstenerse de producir un bien o servicio”⁴⁶.

La experiencia europea y estadounidense es la de considerar estas cláusulas como acuerdos anticompetitivos, los cuales son tratados de manera diferente a las restricciones puras y simples de la competencia por su naturaleza accesoria a un contrato principal. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) incluye las restricciones accesorias como operaciones exentas de la aplicación del Artículo 101.1 del TFUE. el cual prohíbe cualquier acuerdo que restrinja la competencia. En Estados Unidos, las restricciones accesorias, con las limitaciones indicadas anteriormente, son permitidas y por ende no se toman como contrarias a la sección 1 de la Ley Sherman.

Así las cosas, aun cuando una parte de un contrato que incluya una de estas cláusulas considere que la misma es anticompetitiva,

46 Concepto 15191960 de 2015 de la SIC, página 2.

y por lo mismo inaplicable, enfrentaría un problema: denunciar la misma ante la SIC sería, de una u otra manera, aceptar haber hecho parte de un acuerdo anticompetitivo. Por ello, aún si una de las partes sabe del carácter restrictivo del pacto, no tendrá incentivo alguno en denunciarlo, pues estará expuesta a la sanción imponible (a menos que, por ejemplo, se permitiera acceder a beneficios por colaboración con la SIC, lo cual traería sus propios problemas, siendo el principal el permitir al vendedor pactar la cláusula para luego delatarse, evitar su aplicación a futuro y lograr imponerle una multa al comprador).

Esto hace que la SIC no tenga muchas oportunidades de pronunciarse sobre este tipo de cláusulas, salvo en casos como el de la Resolución 46325, donde los vendedores denunciante se arriesgaron a intentar convencer a la SIC de que la cláusula era lícita, pero su exigibilidad era un acto unilateral restrictivo de la competencia. Si la SIC hubiera considerado la cláusula anticompetitiva, hubiera tenido que encontrar la misma como un acuerdo restrictivo, lo que hubiera significado una sanción a los propios denunciante.

Otra posible alternativa es que la SIC la conozca a través de noticias de un eventual proceso judicial. Es posible que entre comprador y vendedor haya un proceso judicial exigiendo el cumplimiento, o buscando la nulidad, de la cláusula de no-competencia. Si la SIC conoce de esto, podría iniciar una investigación de oficio, la cual podría llegar a una sanción eventual si se demuestra la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Dado que la SIC tiene esta facultad de iniciar investigaciones de oficio, las partes de un contrato podrían incluso llegar a pensar dos veces si acudir a un proceso judicial que trate su pacto de no-competencia, ya que aun si el riesgo de que la SIC se entere del mismo y decida iniciar una investigación es bajo, una potencial sanción de hasta

100.000 salarios mínimos no deja de ser considerable.

b. El análisis de las cláusulas de no-competencia en control de integraciones

Además del hecho que es altamente improbable que una parte de un contrato denuncie una cláusula de no-competencia ya que sería sujeto de sanción por haberla pactado, en el marco de fusiones y adquisiciones la SIC tampoco tiene oportunidad de conocerlas. Ante una adquisición de una empresa, existen dos opciones: (i) la operación no es una integración que debe ser informada a la SIC, o (ii) la operación sí es una integración que debe ser puesta en conocimiento de la SIC.

El primer caso es bastante claro: si la operación no debe reportarse a la SIC, por supuesto que no habrá lugar a que la autoridad se pronuncie sobre ningún aspecto de la misma. Esto puede pasar, por ejemplo, cuando una compañía extranjera sin presencia en un mercado en Colombia adquiere una compañía colombiana. El contrato entre ambas puede incluir una cláusula de no-competencia en virtud de la cual los propietarios de la compañía vendida se comprometen a no competir en el mercado relevante. Esta cláusula difícilmente será conocida por la SIC, especialmente si se tiene en cuenta que las partes no tienen incentivo alguno para ponerla en conocimiento de la autoridad.

El segundo caso, cuando la transacción se informa a la SIC, tampoco parece ofrecer mayor oportunidad a la autoridad de pronunciarse sobre ellas. La información que requiere la SIC no incluye ni una copia del contrato entre las partes, ni revelar la existencia de alguna cláusula de no-competencia. Pero además, sería innecesario que lo hiciera. Por una parte, tener que analizar y pronunciarse sobre todas las cláusulas de no-competencia en integraciones informadas sería agregar una tarea más a la autoridad en su análisis, lo cual implicaría una demora adicional en el ya complejo proceso de estudio de estas operaciones. De hecho,

la Comisión Europea estudiaba las restricciones accesorias antes de 2004 de manera independiente, y decidió cambiar su sistema a uno de “autoevaluación”, lo que “*refleja la intención del legislador de no obligar a la Comisión a evaluar y tratar individualmente las restricciones accesorias*” sino que éstas se entienden autorizadas a través de la decisión que apruebe la concentración, quedando en “*las propias empresas afectadas determinar en qué medida en una operación sus acuerdos resultan accesorios*”⁴⁷.

Por otro lado, el fin del control de integraciones es analizar el impacto de la operación en el mercado, lo que de por sí está justificado por la reducción de la competencia producto de la integración. Si la SIC autoriza una integración es porque la reducción de la competencia en el mercado relevante no es preocupante, independientemente de si el vendedor puede o no volver a entrar al mercado al día siguiente. Es decir, el análisis de la SIC es el análisis del peor escenario posible: una reducción de la competencia donde el vendedor sale definitivamente del mercado. Estudiar las cláusulas de no-competencia de las integraciones no tiene ningún efecto para el análisis de la SIC, ya que, de una u otra manera, el escenario post-integración que analiza la SIC es uno en el cual el vendedor desaparece.

En otras palabras, la aprobación u objeción de una integración no tendría por qué estar influenciada por la existencia o no de una cláusula de no-competencia. Si la operación es dañina para el mercado, la misma será objetada, así el vendedor pudiera volver a entrar al mercado sin restricción alguna; o una integración que no tenga efectos negativos no dejaría de ser aprobada por el hecho de que el vendedor pacta no competir en el mercado. Por ello, conocer la existencia de cláusulas de no-competencia es irrelevante en el procedimiento de control de integraciones.

47 Comunicación 56/03, párrafo 2.

Por último, el análisis que realiza la SIC en la Resolución 46325 sobre la cláusula de no-competencia a través de los índices de concentración de mercado es, a decir verdad, sorprendente. ¿En un mercado con un HHI alto se prohíben las cláusulas de no-competencia? Lo que perjudica la competencia en un mercado ya altamente concentrado es la integración entre agentes, la reducción directa de la competencia entre ellos, no la existencia de una cláusula de no-competencia. Si fuera así, un argumento válido en casos de integraciones problemáticas, en mercados altamente concentrados post-integración, sería la ausencia de una cláusula de no-competencia pues el vendedor podría volver a competir en cualquier momento. Probablemente la SIC desearía este argumento de entrada como irrelevante y especulativo, lo que parece contradictorio con su proceder en la Resolución 46325. Es decir, ¿hubiera realmente cambiado el análisis de la cláusula de no-competencia en ese caso si el mercado hubiera sido altamente concentrado?

c. El estándar de revisión de la SIC

A partir de la Resolución 46325 no queda claro el estándar de revisión de la SIC frente a las cláusulas de no-competencia. La autoridad parece primero adoptar el criterio de obstrucción o limitación del acceso al mercado, al relacionar el análisis de las cláusulas de exclusividad con las de no-competencia. De hecho, la SIC ha sostenido esta consideración en otras ocasiones, por ejemplo en competencia desleal, al determinar que “*en tratándose de cláusulas restrictivas de la competencia, como la de exclusividad y la de no competencia –que si bien tienen objetos distintos, comparten una naturaleza afín y, en esa medida, están gobernadas por principios idénticos (...)*”⁴⁸.

48 Sentencia 5137 de 2012 de la SIC, página 18.

Sin embargo, no parece claro que el estándar apropiado sea equiparar las cláusulas de exclusividad y las de no-competencia, así ambas puedan considerarse “accesorias”, debido a la naturaleza de los acuerdos principales. En el caso de una relación de distribución, la prohibición de cláusulas de exclusividad que obstruyan el acceso al mercado es razonable porque un distribuidor podría ser, al menos potencialmente, el canal a través del cual varios competidores acceden a un mercado. Cuando se pactan exclusividades con un distribuidor clave, o se pactan sucesivamente con varios distribuidores, se limita un canal de acceso al mercado. Pero esa limitación no está presente en cláusulas de no-competencia en fusiones y adquisiciones. En ese caso, el comprador no limita el acceso al mercado por el hecho de adquirir un negocio. Si se obstruye el acceso a alguien es al vendedor, quien claramente desea salir desde que esté vendiendo su negocio. O, yendo a un extremo, el acceso a terceros que quisieran comprar la compañía, lo que resultaría absurdo, pues la restricción de acceso sería la compra de la empresa, y no la cláusula de no-competencia.

El estándar de obstrucción o limitación de acceso al mercado no parece apropiado. De hecho, tanto en la Unión Europea como en Estados Unidos el criterio no es de limitación de entrada a un mercado, sino de la relación de necesidad entre restricción y objeto del contrato principal.

Esta teoría parece ser la realmente aceptada por la SIC en la Resolución 46325, a pesar de la asimilación al efecto restrictivo de las cláusulas de exclusividad, al decidir que se pueden pactar estas cláusulas “*sólo con el objeto de hacer posible la operación, cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo*”⁴⁹. No obstante, la SIC, a pesar de copiar el estándar de “razonablemente necesario”,

49 Resolución 46325 de 2010, página 6.

no lo desarrolló, por lo que no se sabe con certeza lo que la SIC entiende por este límite.

Sin embargo, el Concepto 161690 de 2015 revive la teoría de la obstrucción de acceso al mercado, al establecer que una cláusula de no-competencia está justificada cuando “*es necesaria y razonable para alcanzar el objetivo principal del contrato, si es accesoria y si no impide el acceso de terceros al mercado*”⁵⁰. Lo anterior parece confundir la teoría de las restricciones accesorias con el tratamiento propio de las cláusulas de exclusividad.

Sería útil, y daría mayor seguridad a las compañías al momento de llevar a cabo una compra de un negocio, que la SIC publicara un documento donde fije las guías para interpretar las cláusulas de no-competencia, como lo hace la Unión Europea. Eso permitiría tener unos parámetros claros sobre el estándar de revisión de las mismas, los límites en tiempo y extensión de las mismas, y aclararía el fundamento bajo el cual podrían considerarse restrictivas de la competencia.

d. La limitación temporal de las cláusulas de no-competencia

Por último, la tendencia clara en Estados Unidos y la Unión Europea, y por consiguiente de la SIC en Colombia, es que las cláusulas de no-competencia deben estar limitadas en cuanto a duración, personas, productos/servicios y área geográfica. Sin embargo, específicamente para aquellas incluidas en adquisiciones de compañías o negocios, no resulta evidente por qué una cláusula debidamente delimitada en los tres últimos criterios no podría ser de duración indefinida y aun así ser no resultar restrictiva de la competencia.

Antes de entrar en detalle a este análisis, parece que la limitación en cuanto a duración está justificada en casos donde la

50 Concepto 15191960 de 2015 de la SIC, página 4.

restricción es accesoria a otro tipo de contratos. Por ejemplo, una cláusula de no-competencia en un contrato de franquicia en el cual el franquiciado se compromete a no competir durante la duración del contrato y por un tiempo posterior a la terminación del mismo. En ese caso, si el contrato termina, el franquiciado, de estar atado indefinidamente, no podría volver a ejercer la actividad económica a la que se ha dedicado y en la que tiene experiencia. La pregunta obvia es: ¿no pasa lo mismo con el vendedor de un negocio? Aunque el efecto es igual, el franquiciado/vendedor no puede volver al mercado, la relación subyacente es distinta. En la franquicia el franquiciado puede “perder” su contrato en contra de su voluntad si, por ejemplo, el término expira o el franquiciante da aviso con la antelación requerida. El vendedor de una compañía no está “obligado” a vender su negocio (con la posible excepción, por ejemplo, de accionistas minoritarios).

La SIC tuvo la oportunidad de plantear esta distinción en el Concepto 15191960, donde la consulta se refería exactamente a una cláusula de no-competencia en un contrato de franquicia, pero el análisis del mismo no se basó en la naturaleza de la relación. Hubiera sido una buena oportunidad para que la SIC esclareciera un poco más su tesis sobre las restricciones accesorias.

La limitación temporal de las cláusulas de no-competencia es antigua, y vale la pena analizar su historia. El primero de los casos en los que aparece es el caso inglés *Mitchel v. Reynolds* de 1711. En ese caso, Reynolds era propietario de una panadería y decidió arrendarla a Mitchel por cinco años. El contrato tenía incluida la condición de que Reynolds se comprometía a no abrir otra panadería, es decir a no competir, durante ese tiempo. En caso de hacerlo, Mitchel podría cobrar un título valor como compensación. Reynolds incumplió y Mitchel cobró su título. La defensa de Reynolds se basó en que ese pacto de no competir era inexigible pues era una restricción al indebida comercio. La deci-

sión judicial dio la razón a Mitchel debido a que la restricción era razonable, aunque no explicó por qué lo era. *Mitchel v. Reynolds* después sirvió de base para *Addyston Pipe*, y los demás casos que desarrollaron la llamada “regla de la razón”⁵¹.

Resulta claro que en ese caso, la limitación temporal de la cláusula de no-competencia era aplicable, pues no hubiera sido razonable permitir que un panadero, Reynolds, arrendara su panadería por cinco años y no pudiera volver a ejercer su profesión una vez expirara el contrato. ¿Hubiera sido igual la decisión si Reynolds hubiera vendido la panadería a Mitchel y éste hubiera exigido una cláusula de no-competencia de duración indefinida?

Sin embargo, no parece que exigir una duración específica, la razonable para que el comprador obtenga todo el provecho de lo que está comprando, tenga sólo una explicación histórica. Si esa regla de la duración fuera sólo un vestigio de una decisión de 1711, seguramente ya habría sido revisada en numerosas ocasiones. Es decir, debe haber un interés protegido detrás de esta limitación.

Una opción es que sea el interés del vendedor, quien no puede renunciar definitivamente a ejercer una actividad económica, así esté vendiendo su empresa y, en la práctica, nunca la vaya a volver a ejercer. Pero, ¿es ese un derecho irrenunciable? Si el vendedor se siente suficientemente compensado por el valor que recibirá a cambio de su compañía comparado con el no tener que volver a ejercer la actividad que llevaba ejerciendo, ¿debe la ley prohibírsele? ¿Aún si el no poder pactar una cláusula indefinida de no-competencia significa un pago menor al vendedor que si tal cláusula se incluyera en el contrato?

Ahora bien, puede que la inclusión de una cláusula indefinida de no-competencia sea la consecuencia de la posición de dominio contractual del comprador en el marco del acuerdo de adquisi-

51 Hylton, K.; *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*; Cambridge University Press; 2003.

ción de la compañía. No obstante, aún si tal posición existiera, no resulta lógico pensar que sea a través de una limitación de competencia que se proteja al vendedor débil. De hecho, la SIC rechaza esta posibilidad en la Resolución 46325, estableciendo que “[l]as eventuales condiciones de contratación “impuestas” por una de las partes aprovechándose de su posición dominante en el contrato no son de conocimiento de esta Superintendencia. Las funciones de esta Entidad se limitan a sancionar y prevenir acuerdos, actos y abusos de posición dominante en el mercado”⁵².

En este orden de ideas, la protección que busca la limitación temporal de las cláusulas de no-competencia no parece ir dirigida a una de las partes del contrato, sino que es una protección más amplia, dirigida a proteger al mercado como tal, especialmente a los consumidores. La Resolución 46325 habla de tres intereses contrapuestos: “el del comprador a una competencia leal, el derecho del vendedor a competir, y el derecho del consumidor a la mayor cantidad de ofertas posibles”⁵³. Aunque el que el vendedor regrese al mercado a competir una vez se haya completado la transacción es puramente especulativo, parece que las autoridades de competencia prefieren mantener esa competencia potencial así un vendedor no regrese al mercado tras vender su empresa.

Si, en efecto, el vendedor no regresa al mercado por decisión propia, no hay ninguna manera de exigirselo. Claramente ninguna autoridad podría exigirle que vuelva a competir. Pero la resistencia de las autoridades a las cláusulas indefinidas se da porque el no regreso al mercado no es una consecuencia de una decisión del agente, sino que es una obligación frente a otro agente particular. Parecería que es esta renuncia acordada a volver a actuar en el mercado lo que es reprochable, y sólo puede ser pactada por un tiempo máximo para permitir al comprador obtener el valor del

52 Resolución 46325, página 9.

53 Resolución 46325, página 6.

contrato, pero no más que eso pues todo tiempo adicional es un acuerdo en el cual se paga a cambio de que otro no compita.

Es posible que una cláusula de no-competencia sea indefinida y que aun así no sea perjudicial para el mercado, siempre que las personas cubiertas, los productos o mercados afectados y la extensión geográfica estén debidamente limitados. Si la cláusula sólo cubre a los vendedores de la compañía y no a terceros que no están relacionados con la venta (por ejemplo, empleados o directivos que no vayan a continuar tras la adquisición), sólo aplica sobre el negocio en el cual competía la empresa vendida (para que la cláusula no limite la competencia en otros mercados), y delimita el área geográfica a aquélla en la cual estaba activa el negocio vendido (evitando una cobertura sobre mercados geográficos donde no se competía), la duración indefinida no tendría impacto negativo. Lo único que haría es evitar que el vendedor volviera a entrar al mercado, lo que no sólo es especulativo, sino que es la consecuencia esperada de cualquier venta de una compañía o negocio. De hecho, y como se mencionó antes, el análisis de una autoridad frente a una integración es exactamente un estudio del efecto de la reducción de competencia resultante de la eliminación de un competidor; esto es, el escenario que se analiza post-integración es uno donde el vendedor no vuelve a estar activo. Por otro lado, si la operación no es una integración simplemente se cambia un agente (vendedor) por otro (comprador) lo cual no afecta la estructura del mercado, haya o no una cláusula de no-competencia.

Entonces, parece que la obligación de limitar en el tiempo el efecto de las cláusulas de no-competencia no obedece estrictamente a que sean perjudiciales económicamente si son indefinidas. Tampoco es evidente que sea porque la competencia potencial de un ex-participante del mercado ejerza algún tipo de presión competitiva sobre el comprador, o vaya a corregir algún efecto negativo que exista en el mercado (al punto que no es te-

nido nunca en cuenta en los análisis de integraciones). Ni es el bienestar del consumidor el que está en juego, pues la reducción de la competencia producto de una integración puede no tener impactos negativos, o incluso ser beneficiosa para un mercado. De hecho, si no fuera así, toda integración, sin más, estaría prohibida.

Por el contrario, si todos los regímenes de competencia se basan sobre la premisa de prohibir los acuerdos con el objeto o efecto de no competir, una cláusula indefinida de no-competencia sería incompatible con esa premisa básica. Sea en el contexto que sea, los pactos de no-competencia están prohibidos, a menos que busquen la efectiva realización de una operación lícita. Esa es la razón para exigir una accesoriedad a un contrato principal, contrario a un pacto cuyo único propósito sea no competir entre las partes.

Adicionalmente, puede haber casos en los cuales haya accionistas minoritarios quienes, a pesar de oponerse a la venta de la compañía, no tengan la posibilidad de evitarla. En ese caso, ellos quedarían cubiertos por la cláusula de no-competencia que, de ser indefinida, les impondría una carga desproporcionada, pues no podrían volver a ejercer una actividad económica a partir de una decisión a la cual se opusieron.

Fijar un límite para las cláusulas de no-competencia también es más eficiente para futuras transacciones y para la revisión que deba llevar a cabo la autoridad. Para las partes que están en proceso de negociación aumenta la seguridad al momento de pactar una cláusula de no-competencia. Para la autoridad, un límite por debajo del cual se entienda razonable una de estas cláusulas reduce la extensión de su análisis, contrario a dejar la limitación temporal completamente abierta. Una vez más, un pronunciamiento de la SIC al respecto sería de gran utilidad para reducir los riesgos de una eventual violación de las normas de competencia.

VI. CONCLUSIONES

Las cláusulas de no-competencia presentan retos importantes para las autoridades, pues son compromisos que, muchas veces, hacen posibles contratos y transacciones que no ocurrirían si las mismas no pudieran pactarse. No habría un incentivo para un comprador potencial si al día siguiente de adquirir un negocio el anterior dueño pudiera abrir uno igual. Tal situación es tan clara que es reconocida al menos desde 1711, cuando Reynolds arrendó su panadería a Mitchel, y éste último lo aceptó siempre que tuviera la seguridad que el primero no abriría otra poco después.

Sin duda, las transacciones del mundo actual son mucho más complejas que un arrendamiento en 1711. Además, las normas y autoridades de competencia son mucho más sofisticadas que hace 300 años. Pero las razones que sustentaron la decisión de permitir esa cláusula en 1711 siguen siendo válidas hoy en día. La necesidad de que estas cláusulas sean accesorias a una operación principal, limitadas en el tiempo (así sea posible encontrar casos en los que cláusulas indefinidas no sean necesariamente perjudiciales), y razonablemente necesarias para que se consiga la operación principal son requisitos aplicables.

Es importante tener en cuenta que gran parte, sino toda, la responsabilidad de elaborar una cláusula de competencia recae en las partes de una operación. Las autoridades de competencia no tienen la función de revisar toda cláusula o pacto entre particulares, sino investigar y sancionar aquellas conductas que restrinjan la competencia. De hecho, ni siquiera en integraciones se revisan las cláusulas de no-competencia. Sumado al hecho de que no hay incentivos para que las partes revelen la existencia de un pacto de este tipo (al arriesgarse a ser hallado parte de un acuerdo anti-competitivo), quedan pocas oportunidades para que las autoridades se pronuncien al respecto. La Unión Europea tiene sus guías

al respecto en las Comunicaciones 101/08 y 56/03. La SIC tuvo su oportunidad, desaprovechada en gran parte, en la Resolución 46325. En un mundo donde las transacciones son cada vez más frecuentes y cada vez más grandes, vale la pena que la SIC sienta su posición al respecto, permitiendo a los particulares mayor seguridad al momento de celebrar sus contratos.

BIBLIOGRAFÍA

- Business Electronics Corporation v. Sharp Electronics Corporation*, 485 U.S. 717 (1988)
- Cole v. Champion Enterprises, Inc.*, 496 F.Supp.2d 613 (2007)
- Comisión Europea; *Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado*; 2004/C 101/08; 2004
- Comisión Europea; *Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin*; 2005/C 56/03; 2005
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-535 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz
- Federal Trade Commission, <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/market-division-or>
- Federal Trade Commission & Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000
- Hovenkamp, H.; *Antitrust Law*; Segunda Edición; 2005
- Hylton, K.; *Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution*; Cambridge University Press; 2003
- Jones, A.; Sufrin, B.; *EU Competition Law*; Cuarta Edición; Oxford University Press; 2011
- Kunz v. Bock*, 163 N.W.2d 442 (1968)

- Mitchel v. Reynolds*, 1 P Wms 181, 24 ER 347 (QB 1711)
- National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679 (1978)
- Polk Brothers v. Forest City Enterprises*, 776 F2d 185 (1985)
- Rasmussen Heating Cooling v. IDSO*, 463 N.W.2d 703 (1990)
- Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 597 F. Supp. 217 (1986)
- Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 2064111 de 2002
- Superintendencia de Industria y Comercio, Concepto 15191960 de 2015
- Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 46325 de 2010
- Superintendencia de Industria y Comercio, Sentencia 5137 de 2012
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 42/84; *Remia BV y NV Verenigde de Bedrijven Nutricia v. CE*; 1985
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto 161/84; *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*; 1986
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-250/92; *Gottrup-Klim Grovwareforening y Otros v. Dansk Landbrugs Grovvarereselkab AmbA*; 1994
- Turek v. Tull*, 139 A.2d 368 (1958)
- United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 175 U.S. 211 (1898)
- Werden, G.; *Rule of Reason v. Per Se: Where are the Boundaries Now? The Ancillary Restraints Doctrine*; American Bar Association Section of Antitrust Law; 2006