



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRESA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprensa.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXX - N° 926

Bogotá, D. C., martes, 3 de agosto de 2021

EDICIÓN DE 5 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariassenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PONENCIAS

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN SENADO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 90 DE 2020 SENADO

por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia - Ley de Protección de Inversiones.

INFORME DE PONENCIA PARA SEGUNDO DEBATE EN SENADO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 090 DE 2020 SENADO "POR MEDIO DEL CUAL SE REGULAN LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA – LEY DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES"

1. PRESENTACIÓN Y ANTECEDENTES:

El día 20 de julio 2020, la honorable Senadora Emma Claudia Castellanos y la honorable Representante Angela Sánchez Leal, presentaron ante el Congreso de la República el proyecto de ley "Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia – Ley de protección de inversiones"

Al proyecto se le asignó el número "090 de 2020 de senado" y fue publicado en la gaceta 589 de 2020.

Posteriormente el día 18 de agosto de 2020 me fue asignada la ponencia para primer debate en Comisión y que se debatió el 10 de noviembre de 2020 en la comisión tercera donde fue aprobado por unanimidad. Y donde me asignaron nuevamente como ponente única para segundo debate.

2. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto fue aprobado con 6 artículos en su primer debate los cuales en un principio fueron considerados necesarios para que de manera transversal y se regule adecuadamente las cláusulas de no competencia en las relaciones negociales

Es por esta razón, que la presente iniciativa será un gran aporte que se articula así:

- El artículo primero incluye el objeto del proyecto.
- El segundo artículo, define la cláusula de no competencia.
- El artículo tercero, establece los límites a la cláusula de no competencia.
- El artículo quinto. Establece el análisis de la cláusula desde la perspectiva de libre competencia.
- El artículo final establece la vigencia
- Fue aprobado un artículo nuevo estableciendo un límite de 3 años a la cláusula de no competencia.

3. CONSIDERACIONES AL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley tiene como objeto regular las cláusulas de no competencia como medidas excepcionales que tienen el fin de facilitar de promover la actividad comercial y la protección de inversiones.

"Las cláusulas de no competencia han sido definidas por parte de la doctrina como; *medidas accesorias, dentro de una obligación principal, tienen la función de restringir de manera leve la competencia empresarial, para que el contrato cumpla su objeto.*

El derecho comparado ha sustentado la posibilidad de la existencia de esta cláusula como una medida válida dentro de la dinámica de los negocios, la cual cumple la función de blindar a una parte negociadora a través de una restricción leve de la competencia empresarial.

En el extranjero la cláusula de no competencia ha sido regulada de diferentes maneras.

a. Las cláusulas de no competencia en el derecho norteamericano.

En los Estados Unidos se comenzó a hablar de cláusulas de no competencia como una categoría individual dentro del ordenamiento jurídico desde 1978. Sin embargo, la estructura de práctica restrictiva está en la jurisprudencia norteamericana desde 1898, cuando el jurista y también 27^o presidente de los Estados Unidos William Howard Taft en el caso United States VS Addyston Pipe & Steel Co¹ en el que se determinó lo siguiente: "*las restricciones accesorias o parciales al comercio son legales cuando resultan razonablemente necesarias para el propósito principal del contrato, o cuando la restricción resulta razonable comparada con el beneficio que obtiene el público general.*"²

Desde esa sentencia la jurisprudencia norteamericana se inclinó a determinar que todo práctica restrictiva de la competencia cuando fuera principal debe ser analizada desde *la regla per se* y la cláusulas restrictivas accesorias desde la regla de la razón, esto determinado ya de manera obligatoria en *National Society of Professional Engineers vs United States, 1978*³, cuando la Corte Suprema de Justicia de ese país determinó que la regla de la razón era la encargada de determinar el alcance de la misma cláusula accesorias⁴, esto porque su creación no significa per se una conducta monopolística⁵.

En términos económicos, una cláusula de no competencia busca limitar los costes de transacción, es decir optimizar la transacción para que el comprador pueda obtener mayor valor del negocio en mención, esto de ninguna manera indica una tendencia que busque generar falla del mercado o posición dominante.

Para los norteamericanos la regla de Razón, determina que tan accesoria es una cláusula de no competencia, en principio porque existen cláusulas de no competencia en contratos

¹ United States Court of Appeals for the Sixth Circuit 1898

² Alfonso Miranda Londoño, Anotaciones sobre derecho de antimonopolístico en los estados unidos de Norteamérica, CEDEC

³ National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)

⁴ Ibidem Carlos Ignacio Arboleda PP 171

⁵ Abstract National Soc'y of Prof. Engineers v. United States 435 U. S. 696: "*While ethical norms may serve to regulate and promote competition in professional services, and thus fall within the Rule of Reason, petitioner's argument here is a far cry from such a position; and, although competition may not be entirely conducive to ethical behavior, that is not a reason, cognizable under the Sherman Act, for doing away with competition.*"

<p>laborales en los Estados Unidos las cuales son legales según la jurisprudencia de aquel país⁶, y también porque la estructura de la interpretación sobre la cláusula no es tan rígida.</p> <p>b. La cláusula de no competencia en la Unión Europea.</p> <p>Desde 1985 en Europa el tribunal de Justicia Europea (TJUE) ha estudiado las denominadas cláusulas de no competencia en casos como <i>Remia/Nutricia</i>⁷, <i>Pronuptia de Paris GmbH vs Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis</i>⁸ y <i>Gottrup-Klim</i>⁹. Sin embargo, los avances más significativos para tener una "legislación" unificada en "el Viejo continente" en materia de competencia, han sido aportados por la Comisión Europea (C.E) en las comunicaciones 101/08 y en la Comunicación 56/03, que desarrolla más allá artículo 101¹⁰ del tratado de funcionamiento de la Unión Europea, que viene siendo la prohibición general de prácticas anticompetitivas, tal y como lo es el artículo 1 de la ley 155 de 1959 en Colombia.</p> <p>Como norma general es claro que toda práctica anticompetitiva en el marco de la legislación europea es nulo de pleno derecho, sin embargo, las comunicaciones de la C.E, abrieron la</p> <hr/> <p>⁶ Cole v. Champion Enterprises, Inc., 2007: "until recently, there were few attempts to apply antitrust law to post-employment noncompetition agreements. There can be little doubt that the Sherman Act applies to such agreements. However, it appears that no such noncompetition agreement has ever been held to violate the Sherman Act. One explanation for this absence of precedent may be the difficulty involved in proving that a post-employment noncompetition agreement violates the Sherman Act. Such agreements are not per se violations of the Sherman Act but must be analyzed under the rule of reason. To establish a violation under the rule of reason, one must prove that the agreement has an adverse effect on competition in the relevant market. This is distinguished from the effect a post-employment noncompetition agreement has on the particular employer and employee involved. Rule of reason analysis under antitrust laws must not be confused with reasonableness analysis under the common law. Rule of reason analysis tests the effect of a restraint of trade on competition. By contrast, whether a noncompetition agreement is reasonable depends upon its effect on the parties, the competitors, as it were. The two standards are not directly related. An agreement may be reasonable as between the parties and nevertheless violate antitrust laws. Conversely, an agreement may be unreasonable as between the parties and yet not violate the rule of reason test under the antitrust laws".</p> <p>⁷ Ibidem Pag 163. Comenta Carlos Ignacio Arboleda lo siguiente frente al caso: "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"</p> <p>⁸ Ibidem Pag 163. Comenta Carlos Ignacio Arboleda lo siguiente frente al caso: "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."</p> <p>⁹ Ibidem Pag 164. Comenta Carlos Ignacio Arboleda lo siguiente frente al caso "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 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."</p> <p>¹⁰ (antiguo artículo 81 TCE)</p>	<p>posibilidad de tener un criterio similar al norteamericano estableciendo las restricciones accesorias, esto, 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. Por tanto, el examen de las restricciones accesorias es similar al examen recogido en el apartado 18. Sin embargo, el examen de las restricciones auxiliares se aplica en todos los casos en los que la operación principal no sea restrictiva de la competencia. No se limita a la determinación de los efectos del acuerdo en la competencia intramarca."¹¹</p> <p>La comisión europea, por lo tanto, determina que la restricción accesoria (cláusula non compete)¹² no es eficaz cuando la restricción sea determinada de la siguiente manera:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1- Que la restricción sea necesaria para la existencia de la transacción. 2- Que sea proporcional la restricción en virtud de la transacción realizada. 3- La inexistencia de la transacción implica la inexistencia de la restricción, es decir el objeto de la transacción no puede ser la restricción. 4- Que la transacción no sea per se contraria a lo determinado por el artículo 101. <p>c. La Cláusula de No competencia en México</p> <p>En México la validez de las cláusulas de no competencia es evidente. Desde una perspectiva del derecho de los contratos, del derecho constitucional y del derecho económico de este país latinoamericano las cláusulas tienen una aceptación legal amplia. En principio y como manifiesta el Jurista Mexicano Jorge Adame Goddard¹³ el artículo 1839¹⁴ del código civil federal y el 78¹⁵ del código de comercio operan como las bases para establecer la legalidad de la cláusula desde la perspectiva clásica del derecho privado.</p> <hr/> <p>¹¹ Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, Numeral 29</p> <p>¹² Denominada así de manera posterior en la comunicación 56/03.</p> <p>¹³ ¿deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano? Jorge Adame Goddard, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM pp 671.</p> <p>¹⁴ Artículo 1839.- Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieran a requisitos esenciales del contrato, o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas, aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciadas en los casos y términos permitidos por la ley.</p> <p>¹⁵ En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados.</p>
<p>La cláusula de no competencia se observa como una obligación de no hacer, susceptible de cláusula penal por incumplimiento, pero siempre constituida como un elemento accesorio a una obligación principal.</p> <p>Desde una mirada del derecho constitucional mexicano, al artículo de su carta política establece lo siguiente:</p> <p><i>Ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial¹⁶.</i></p> <p>Además, el mismo artículo agrega de manera posterior lo siguiente:</p> <p><i>El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa. Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio. El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles¹⁷.</i></p> <p>Esto parecería en principio que, en términos de derecho constitucional en México, las estipulaciones de no competencia serían ilegales, sin embargo, actualmente se siguen estipulando en diferentes contratos, ¿a qué se debe eso? En principio, a la evolución del derecho económico mexicano y a las nociones de interés general que ese país ha establecido, han permitido establecer criterios de legalidad frente a la cláusula Non Compete, si bien es ilegal que sea celebrada en contratos laborales tal y como pasa en Colombia, en los contratos de Joint Venture, adquisiciones y distribución exclusiva establecer una cláusula de no competencia en un elemento parecidamente fundamental.</p> <p>Desde la estructuración del derecho de no competencia mexicano, todo acto que evite la libre competencia está prohibido, por lo cual se siria de forma Per se que las estipulaciones en México están prohibidas, sin embargo, se ha relativizado el "evitar la libre competencia" con el fin de medir que tanto una cláusula de no competencia afecta el mercado¹⁸. Por eso en el derecho mexicano para solucionar dudas respecto a la cláusula non compete se recurre a la regla per se y a la regla de razón, para determinar cuando la estipulación de una cláusula de no competencia resulta legal o no.</p> <hr/> <p>¹⁶ Artículo 5, institución de los Estados Unidos Mexicanos 1917</p> <p>¹⁷ Ibidem, constitución de los Estados Unidos Mexicanos 1917</p> <p>¹⁸ Garrigues, Joaquín, Curso de derecho Mercantil, editorial Temis 1987, pp 222 -225</p>	<p>d. Las cláusulas de no competencia en Chile.</p> <p>En el derecho constitucional chileno es muy detallado el derecho a la libertad de empresa, es una piedra angular el ejercicio de la actividad económica por parte de los ciudadanos.</p> <p>La influencia de Friedman y demás profesores de economía de la Universidad de Chicago en la formulación de la política económica chilena proyectaron al país Austral a una economía con fuerte enfoque de libertad de empresa, en esa tradición de apertura económica se consagró el artículo número 19, numeral 21 que detalla lo siguiente:</p> <p><i>"Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:</i></p> <p><i>25) El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado"</i></p> <p>Varios autores chilenos han establecido que este mandato constitucional implica dos vías, la primera radica en que el estado no puede de ninguna manera impedir cualquier actividad económica que sea legal, y que el empresario tiene una inmunidad frente a terceros¹⁹.</p> <p>En ese espíritu se encuentra el Decreto Ley 211 de 1973 y su principal reforma derivada de la ley 20.645 de 2016 las cuales se configuran como las normas generales de competencia establece lo siguiente:</p> <p><i>Artículo 3º.- El que ejecute o celebre, individual o colectivamente cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> a) Los acuerdos o prácticas concertadas que involucren a competidores entre sí, y que consistan en fijar precios de venta o de compra, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado o afectar el resultado de procesos de licitación, así como los acuerdos o prácticas concertadas que, b) La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes. <hr/> <p>¹⁹ Montt Rettig Paulo, valides de las cláusulas contractuales de no competir, revista de derecho económico, Universidad de Chile, 2016 pp 63</p>

<p>La prohibición general en Chile implicaría per sé que las cláusulas de no competencia son ilegales, sin embargo, autores como Montt han planteado que la cláusula de no competencia en contratos de distribución exclusiva, contratos de colaboración empresarial y contratos de adquisición de empresa, no puede observarse como una conducta anticompetitiva per se, sino que la misma cláusula puede ser razonable para alcanzar los objetivos del mismo Decreto Ley 2111 de 1973²⁰.</p> <p>A pesar de lo anterior, existen límites en Chile para las cláusulas de no competencia como obligaciones de no hacer, la primera es que esta tiene límites espaciales y temporales y materiales, la segunda es que los acuerdos donde se establezca la cláusula deben tener revisión por parte del TDCL²¹.</p> <p>4. LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN COLOMBIA</p> <p>a. Ingreso de la cláusula de no competencia a Colombia a través de la aplicación de la regla de razón en la Resolución 46325/10.</p> <p>La cláusula inhibitoria de competencia se ha usado en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en Colombia, es un ejercicio meramente negociado permitido por las reglas jurídicas del país el cual como pilar tiene la libertad económica, esa libertad permitida por mandato constitucional el cual plantea en su artículo 333:</p> <p><i>"La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación²²."</i></p> <p>Este texto normativo como pilar fundamental de la libertad de empresa, no solo implica la posibilidad de pactar por lo menos en principio una cláusula de no competencia, sino que también da un lineamiento claro de cómo el ejercicio de la libertad económica debe ser ejercido.</p> <p>El constituyente otorgó responsabilidades a la libertad económica las cuales son el marco legal de protección y promoción de la competencia, por lo cual resulta importante preguntarse lo siguiente: <i>¿si la legislación de competencia tiene como imperativo categórico prohibir todo convenio que intente limitar la competencia empresarial, la cláusula de no</i></p> <p>²⁰ Ibidem pp 92.</p> <p>²¹ Siglas que nombran al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el cual es un órgano jurisdiccional especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema, con competencia en todo el territorio chileno. Es la autoridad de competencia.</p> <p>²² Constitución Política, artículo 333</p>	<p><i>competencia no sería una afrenta a la totalidad del sistema de promoción y protección de competencia?</i></p> <p>En un principio podría considerarse que sí, tal y como se consideró en Colombia antes de los avances de la SIC en el tema en mención, sin embargo, hay una obligación más importante que prohibir cualquier actividad anticompetitiva y esta es la necesidad de proteger la competencia económica en sí misma²³.</p> <p>Sin embargo, en Colombia, el análisis de cláusulas de no competencia es reciente, en el año 2010 la SIC las estudio y determinó cómo deberían funcionar jurídicamente en Colombia, esto, permeado de las decisiones de la Unión Europea y Estados cuales dieron la caracterización al régimen de cláusula que tenemos hoy en día.</p> <p>b. El caso Agroquímicos Genéricos S.A²⁴- FADA vs Nufarm y la postura de la SIC.</p> <p>Esa alteración normativa fue suscitada en el caso 2010 en el controvertido archivo de investigación preliminar en el caso <i>Agroquímicos Genéricos S.A²⁵- FADA vs Nufarm el cual revisó la Superintendencia de Industria y Comercio.</i></p> <p>Nufarm adquirió las empresas y en la adquisición estableció una cláusula de no competencia que decía lo siguiente:</p> <p><i>Cláusula 5.14 No competencia</i> "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, iniciar un negocio o hacer una inversión en uno existente que directamente compiten 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 a los cuales la Compañía tiene registros a la Fecha del Acuerdo."</p> <p>El abogado de las empresas adquiridas alegó lo siguiente frente a la cláusula en mención, haciendo énfasis en su ilegalidad según la legislación colombiana:</p> <p><i>"La cláusula transcrita es clara al señalar que dicho acuerdo de no competir está supeditado "al grado que permitan las normas correspondientes", es decir a la ley colombiana (condición positiva). En ese 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 a contravenir las normas sobre competencia. En otras palabras, debido a que la ley 155 y el decreto 2153 expresamente prohíben las conductas tendientes a limitar la libertad de competir y de intervenir en el mercado, NUFARM está incurriendo en una práctica comercial</i></p> <p>²³ C-228/10</p> <p>²⁴ Resolución 46325/10 SIC</p> <p>²⁵ Resolución 46325/10 SIC</p>
<p><i>restrictiva al exigirles a mis poderdantes no participar directa o indirectamente en el mercado de los plaguicidas químicos de uso agrícola."</i></p> <p>Sin embargo y a pesar de la sustentación del apoderado de las empresas adquiridas la autoridad de competencia en su razonamiento desestimó la pretensión integrando los conceptos de las cláusulas accesorias de la Unión Europea y Estados Unidos, y les dio un alcance similar en el ejercicio de los negocios en Colombia al determinar que la nulidad de la cláusula inhibitoria de competencia depende en alto grado de la necesidad de proteger la transacción principal con una restricción accesoria²⁶. Esos elementos esenciales de la cláusula de no competencia</p> <p>5. IMPORTANCIA DEL PROYECTO.</p> <p>La cláusula de no competencia tal y como se ha explicado en esta ponencia busca establecer que una de las partes de una relación negociada, se obligue a no incurrir en actos competitivos con la otra parte de la relación negociada.</p> <p>El derecho comparado ha resaltado su importancia y las ha considerado como restricciones accesorias, esto, ha determinado a su naturaleza jurídica, donde la misma actividad negociada ha llevado a que en contratos importantes, se restrinja el acceso al mercado como elemento subyacente del mismo negocio Jurídico.</p> <p>Estas restricciones que en principio parecían, en términos económicos, buscar generar la falla del mercado denominada competencia imperfecta, resultan fundamentales para hacer sostenible el flujo de inversión de capitales.</p> <p>Ahora, resulta fundamental que en la ley se regulen normas enfocadas en el libre comercio, la regulación de competencia no puede ser un tema exclusivo de los abogados que a diario practican esta rama del derecho y que pueden a través de la experticia conocer cada acto administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio. También deben ser para los ciudadanos que posiblemente no tienen experticia en la materia y que por lo tanto necesitan que la ley les de parámetros que les brinden certezas para la actividad negociada.</p> <p>Por lo anteriormente mencionado el objeto del proyecto de ley es regular a través del Congreso de la República las cláusulas de no competencia, con el fin de evitar la competencia imperfecta y proteger las inversiones en adquisición de empresas y otros negocios jurídicos.</p> <p>6. MODIFICACIONES EN PRIMER DEBATE</p> <p>En primer debate se presentaron siete (7) proposiciones cuatro propuestas por la senadora ponente que se articularon en un trabajo conjunto con la Superintendencia de Industria y Comercio, una proposición del senador Gustavo Bolívar que fue rechazada, dos proposiciones fueron presentadas por la senadora María del Rosario Guerra que constan de lo siguiente:</p> <p>²⁶ Ibidem pag 4</p>	<p>A. incorporación de un nuevo artículo</p> <p>Artículo nuevo: Temporalidad de la Cláusula de No Competencia: Con el fin de garantizar la generación de empresas y emprendimientos, y manteniendo la virtud de la presente Ley en relación con las condiciones de competencia, la cláusula de no competencia tendrá un margen de vigencia de máxima (sic) de 3 años (sic) después de finalizada la transacción en la que fue establecida.</p> <p>B. Inclusión de un párrafo al artículo 5</p> <p>Artículo 5º. Interpretación Sistemática. La Superintendencia de Industria y Comercio interpretará la validez de las cláusulas de no competencia bajo la regla de razón.</p> <p>Parágrafo: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá definir los tipos de bienes y servicios a los que podrá ser aplicada la cláusula de no competencia en una relación contractual, de forma tal que se garantice la competencia leal dentro del mercado y la generación de empresas y emprendimientos.</p> <p>Frente a las anteriores proposiciones la Superintendencia de Industria y Comercio hizo las siguientes precisiones:</p> <p>Frente al artículo nuevo: <i>"Si bien esta Superintendencia considera que la temporalidad de las cláusulas de no competencia es deseable, no resulta conveniente que vía legal se consagre un término concreto de duración de las cláusulas de no competencia. Lo anterior, debido a que la necesidad de incluir una cláusula de no competencia como mecanismo accesorio a una obligación principal puede ser necesaria por periodos de tiempo dispares dependiendo del sector económico o tipo de transacción principal de que se trate. En efecto, los conceptos de corto y largo plazo dependerán, en cualquier caso, de las características inherentes del bien o servicio, el contexto en el que se desarrollan las transacciones, la tecnología y las preferencias de quienes demandan dichos bienes o servicios, entre otras variables. En consecuencia, se observa deseable prescindir del artículo nuevo propuesto e incluir, dentro del artículo 3, que contiene los requisitos de las cláusulas de no competencia, el requisito de temporalidad."</i></p> <p>Frente al párrafo del artículo 5: <i>"Finalmente, este artículo del Proyecto hace referencia a la interpretación sistemática y señala que: "la Superintendencia de Industria y Comercio interpretará la validez de las cláusulas de no competencia bajo la regla de la razón". Llama la atención de esta Superintendencia, la última frase que contempla este artículo, toda vez que, establece como único criterio de interpretación la regla de la razón, criterio que si bien obedece a unos estándares de interpretación internacionales (EE.UU) y análisis realizados por diferentes autoridades de competencia, el mismo no ha sido objeto de reglamentación por parte de la legislación colombiana ni hace parte de los conceptos incorporados en el régimen de libre competencia colombiano. Es decir, su inclusión es ambigua y no propone seguridad jurídica. En suma, determinar la validez de una cláusula de no competencia sólo a través de la regla de la razón desconoce por completo el régimen de libre competencia económica."</i></p>

Dicho lo anterior, para esta Superintendencia resulta pertinente traer a colación los conceptos "Regla per se" y "Regla de la razón"; la primera se entiende como aquella que se aplica a conductas cuya naturaleza es claramente anticompetitiva, y no necesita un análisis para establecer su ilegalidad. Por el contrario, la regla de la razón se aplica a aquellos casos no contemplados por el legislador como anticompetitivos en sí mismos y que, para llegar a dicha conclusión, requieren de un análisis por parte de la autoridad de competencia.

En ese orden de ideas, si bien es cierto que esta Superintendencia ha advertido que las cláusulas de no competencia no podrán considerarse prima facie restrictivas de la competencia, pues para llegar a tal conclusión se deberá partir de un análisis del contexto que rodea a las mismas y así evaluar el efecto anticompetitivo que puedan tener en el mercado²⁷ (regla de la razón), también lo es que, condicionar la validez de las mismas a un único criterio de interpretación, que no está contemplado dentro del régimen de libre competencia colombiano, restringe la posibilidad que tiene la Superintendencia de analizar caso por caso. Por lo anterior, se recomendará eliminar la frase "bajo la regla de la razón".

Adicionalmente, llama la atención de esta Superintendencia, el uso de la expresión "interpretación sistemática", al respecto resulta pertinente reiterar que, los métodos de interpretación ya existen y se encuentran reglamentados en la legislación Colombia, en los artículos 27 al 30 del Código Civil a saber: los criterios textual, sistemático, histórico y teleológico. Así pues, esta Superintendencia considera innecesario el uso de esta expresión y recomienda eliminar la expresión "interpretación sistemática" y en su lugar, propone reemplazarla por "análisis de las cláusulas desde la perspectiva de libre competencia".

Además, el uso de la expresión "interpretará validez de las cláusulas" en opinión de esta Superintendencia debe eliminarse, toda vez que determinar la validez de las cláusulas de no competencia, no es propiamente una facultad de la Autoridad de Competencia. Por el contrario, el que determina la validez de una cláusula es el juez del contrato.

Finalmente, las cláusulas de no competencia deben cumplir los elementos contenidos en la propuesta de modificación del artículo tercero y, en consecuencia, se entenderán como válidas. No se encuentra deseable que la Superintendencia discrimine mercados o sectores económicos mediante la identificación de bienes o servicios en los que puede o no puede pactarse cláusulas de no competencia. Lo anterior, en la medida que si la cláusula observa los requisitos contenidos en la propuesta de modificación del artículo tercero se entiende como válida independientemente del sector económico en el que se presente, así como del bien o servicios de que se trate.

Por lo anterior las dos proposiciones saldrán del articulado propuesto con el fin de ir en sintonía con los planteamientos de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁷ Cfr. Resolución SIC 46325 de 2010, pág. 7.

7. CUADRO DE MODIFICACIONES

Texto aprobado en primer debate	Texto propuesto para segundo debate	Justificación
"Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia - Ley de protección de inversiones"	"Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia - Ley de protección de inversiones"	
ARTÍCULO 1º. OBJETO. La presente ley tiene como objeto regular las cláusulas de no competencia como medidas excepcionales accesorias que tienen el fin de facilitar y promover la actividad negocial y la protección de inversiones.	Sin modificaciones	
ARTÍCULO 2º. DEFINICIÓN DE CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA. Las cláusulas de no competencia son medidas accesorias, que se pactan entre dos o más personas con el objetivo de, directa o indirectamente, no disputar la clientela en un mercado determinado durante un periodo de tiempo.	Sin modificaciones	
ARTÍCULO 3º. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA. Las cláusulas de no competencia serán válidas siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos: a. Que la cláusula de no competencia sea una medida accesoria dentro de una obligación principal. b. Que sea necesaria, esto es que sin la cláusula sea difícil o imposible la realización y efectiva ejecución de obligación principal. c. Que no impida la entrada de otros competidores al mercado. d. Que conste por escrito. e. Que sea temporal	Sin modificaciones	
ARTÍCULO 5º. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias, como autoridad única de competencia, evaluará la conformidad o no de las cláusulas de no competencia con el régimen de libre competencia económica. Parágrafo: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá definir los tipos de bienes y servicios a los que podrá ser aplicada la cláusula de no competencia en una relación contractual, de	ARTÍCULO 4º. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias, como autoridad única de competencia, evaluará la conformidad o no de las cláusulas de no competencia con el régimen de libre competencia económica.	Se acogen sugerencias de la SIC

Forma tal que se garantice la competencia leal dentro del mercado y la generación de empresas y emprendimientos.	Parágrafo: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá definir los tipos de bienes y servicios a los que podrá ser aplicada la cláusula de no competencia en una relación contractual, de forma tal que se garantice la competencia leal dentro del mercado y la generación de empresas y emprendimientos.	
Artículo nuevo: Temporalidad de la Cláusula de No Competencia: Con el fin de garantizar la generación de empresas y emprendimientos, y manteniendo la virtud de la presente Ley en relación con las condiciones de competencia, la cláusula de no competencia tendrá un margen de vigencia de máxima (sic) de 3 año (sic) después de finalizada la transacción en la que fue establecida.	Artículo nuevo: Temporalidad de la Cláusula de No Competencia: Con el fin de garantizar la generación de empresas y emprendimientos, y manteniendo la virtud de la presente Ley en relación con las condiciones de competencia, la cláusula de no competencia tendrá un margen de vigencia de máxima (sic) de 3 año (sic) después de finalizada la transacción en la que fue establecida.	Se acogen sugerencias de la SIC
ARTÍCULO 5º. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.	Sin modificaciones	

PROPOSICIÓN

Conforme a los argumentos expuestos y de acuerdo con el artículo 153º de la Ley 5ª de 1992, me permito presentar informe de ponencia positiva para segundo debate en Plenaria de Senado, y solicitar a los miembros del Senado de la República dar segundo debate al Proyecto de Ley 090 de 2020 Senado "Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia - Ley de protección de inversiones".

De la Senadora Ponente


EMMA CLÁUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República

TEXTO DE ARTICULADO PROPUESTO PARA PRIMER DEBATE EN SENADO AL PROYECTO DE LEY No. 090 DE 2020 SENADO "POR MEDIO DEL CUAL SE REGULAN LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA - LEY DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES"

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

DECRETA:

ARTÍCULO 1º. OBJETO. La presente ley tiene como objeto regular las cláusulas de no competencia como medidas excepcionales accesorias que tienen el fin de facilitar y promover la actividad negocial y la protección de inversiones.

ARTÍCULO 2º. ARTÍCULO 2º. DEFINICIÓN DE CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA: Las cláusulas de no competencia son medidas accesorias, que se pactan entre dos o más personas con el objetivo de, directa o indirectamente, no disputar la clientela en un mercado determinado durante un periodo de tiempo.

ARTÍCULO 3º. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA. Las cláusulas de no competencia serán válidas siempre y cuando cumplan con los siguientes requisitos:

- Que la cláusula de no competencia sea una medida accesoria dentro de una obligación principal.
- Que sea necesaria, esto es que sin la cláusula sea difícil o imposible la realización y efectiva ejecución de obligación principal
- Que no impida la entrada de otros competidores al mercado.
- Que conste por escrito.
- Que sea temporal.

ARTÍCULO 4º. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA DESDE LA PERSPECTIVA DE LIBRE COMPETENCIA. La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias, como autoridad única de competencia, evaluará la conformidad o no de las cláusulas de no competencia con el régimen de libre competencia económica. competencia bajo la regla de la razón.

ARTÍCULO 5º. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

De la Honorable Senadora ponente,


EMMA CLÁUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República

TEXTO DEFINITIVO APROBADO EN PRIMER DEBATE POR LA COMISION TERCERA DEL SENADO EN SESIÓN DEL DIA 18 DE NOVIEMBRE DE 2020 PROYECTO DE LEY N° 090 DE 2020 SENADO. "POR MEDIO DEL CUAL SE REGULAN LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA – LEY DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES".

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

DECRETA:

ARTÍCULO 1°. OBJETO. La presente ley tiene como objeto regular las cláusulas de no competencia como medidas excepcionales accesorias, que tienen el fin de facilitar y promover la actividad negocial y la protección de inversiones.

ARTÍCULO 2°. DEFINICIÓN DE CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA: Las cláusulas de no competencia son medidas accesorias, dentro de una obligación principal, las cuales tienen la función de buscar la realización y efectiva ejecución de esta.

ARTÍCULO 3°. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA. Las cláusulas de no competencia serán válidas, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Que la cláusula de no competencia sea una medida accesorio dentro de una obligación principal.
- b. Que sea necesaria, esto es, que sin la cláusula sea difícil o imposible la realización y efectiva ejecución de la obligación principal.
- c. Que no impida la entrada de otros competidores al mercado.
- d. Que conste por escrito.
- e. Que sea temporal.

ARTÍCULO 4° Análisis de la cláusula desde la perspectiva de libre competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones legales y reglamentarias, como autoridad única de competencia, evaluará la conformidad o no de las cláusulas de no competencia con el régimen de libre competencia económica

Parágrafo: La Superintendencia de Industria y Comercio deberá definir los tipos de bienes y servicios a los que podrá ser aplicada la cláusula de no competencia en una relación contractual, de forma tal que se garantice la competencia leal dentro del mercado y la generación de empresas y emprendimientos.

Artículo 5° Temporalidad de la Cláusula de No Competencia: Con el fin de garantizar la generación de empresas y emprendimientos, y manteniendo la virtud de la presente Ley en relación con las condiciones de competencia, la cláusula de no competencia tendrá un margen de vigencia de máxima de 3 año después de finalizada la transacción en la que fue establecida.

ARTÍCULO 6°. VIGENCIA. La presente Ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Bogotá. D.C. 18 de Noviembre de 2020.

En sesión de la fecha se le dio lectura a la proposición con que termina el informe para primer debate del Proyecto de Ley N° 090 DE 2020 SENADO. "POR MEDIO DEL CUAL SE REGULAN LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA – LEY DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES". Una vez aprobada la proposición la Presidencia sometió a consideración el articulado presentado por el ponente, siendo aprobado con modificaciones. La Comisión de esta forma declara aprobado en su primer debate el proyecto mencionado. Acta No. 17 de 18 de noviembre de 2020. Anunciado el día 17 de noviembre de 2020, Acta 16 con la misma fecha.

Dr. JOSÉ ALFREDO GNECCO ZULETA
Presidente

DRA. EMMA CLAUDIA CASTELLANOS.
Ponente

RAFAEL OYOLO OPRDOSGOITIA
Secretario General