

“Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia y se dictan otras disposiciones - Ley de protección de inversiones.”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA:

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

ARTÍCULO 2º. 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 restringir de manera leve la competencia empresarial, para que el contrato cumpla su objeto.

ARTÍCULO 3º. VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA. Las cláusulas de no competencia serán válidas en los contratos de distribución exclusiva, contratos de colaboración empresarial, contratos de adquisición de empresa y cualquier otro tipo de contrato, siempre y cuando cumpla con los siguientes requisitos:

- a. Que la cláusula de no competencia sea una medida accesoria dentro de una obligación principal.
- b. Que la cláusula no tenga el objetivo de no disputar la clientela en un mercado determinado durante cierto tiempo o indefinidamente.
- c. Que la cláusula de no competencia no sea indeterminada temporalmente. El tiempo máximo de validez de una cláusula de no competencia serán 5 años desde el momento de la celebración de la obligación principal.
- d. Que no impida la entrada de otros competidores al mercado.
- e. Que no vulneren el interés económico general. Que no vaya en contra de las normas de protección de la competencia.
- f. Que sea necesaria. Que sin la cláusula sea difícil o imposible cumplir la obligación principal.

- g. Que conste por escrito.
- h. Que la estipulación de la cláusula por sí misma no genere posición dominante.

ARTÍCULO 4º. PROHIBICIÓN. Se prohíbe estipular cláusulas de no competencia en contratos laborales.

ARTÍCULO 5º. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA. La Superintendencia de Industria y Comercio interpretará la validez de las cláusulas de no competencia bajo los criterios de accesoriadad, necesidad, proporcionalidad, temporalidad, espacialidad, legalidad y relación directa. Esta podrá hacer uso de la regla de razón y la regla per se en los controles antimonopolio.

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

Cordialmente,



EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara

Exposición de motivos al Proyecto de Ley # _____ Senado

“Por medio del cual se regulan las cláusulas de no competencia”

Hay un viejo dicho que reza: "si quieres cazar a un ladrón, llama a otro para que lo atrape". La virtud del capitalismo de libre empresa es aquél que coloca a un empresario frente a otro, y ese es el método más efectivo de control.

MILTON FRIEDMAN

1. INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de no competencia pueden definirse 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. Hablar de una cláusula de no competencia en el imaginario colectivo podría considerarse como una antinomia que contraría los sistemas de protección y promoción de competencia; sin embargo, la doctrina y el derecho comparado han 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 al parte a través de una restricción leve de la competencia empresarial.

La regulación de la cláusula non compete busca resolver la competencia imperfecta como una de las fallas de mercado¹. Las fallas del mercado son situaciones caracterizadas porque los mercados fallan a la hora de lograr eficiencia, en sentido económico, lo cual significa que el mercado no asigna por sí solo los recursos de manera eficiente o no conduce a la obtención de un óptimo de Pareto².

¹ Vladimir Rodríguez Cairo, Fallas de mercado y regulación económica: ¿la regulación ejercida por el gobierno permite lograr un mejor funcionamiento de los mercados? Revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 21 N (2013) UNMSM, Lima, Perú ISSN: 1560-9103 (versión impresa) / ISSN: 1609-8196 (versión electrónica) p.p 101

² Este *criterio de eficiencia* fue desarrollado por *Vilfredo Pareto* en su libro «Manuale di economia politica» (Manual de economía política), publicado en 1906. Una asignación de bienes es óptima en el sentido de Pareto (o Pareto eficiente) cuando no hay posibilidad de redistribución de una manera en la que al menos una persona estaría mejor, mientras que ningún otro individuo terminase peor.- <https://policonomics.com/es/optimo-pareto/>

En Colombia estas cláusulas en virtud de la regla de razón han sido aprobadas a través de resoluciones de la autoridad de competencia, pero no existe ninguna ley que regule su uso en el País.

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.

La cláusula inhibitoria de competencia se da plenamente en el ejercicio de la autonomía de la voluntad en Colombia, es un ejercicio meramente comercial permitido por las reglas jurídicas del País el cual como pilar tiene la libertad económica, esa libertad permitida por mandato constitucional el cual plantea:

“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 Nación³”.

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.

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: *¿si la legislación de competencia tiene como imperativo categórico prohibir todo convenio que intente limitar la competencia empresarial, la cláusula de no competencia no sería una afrenta a la totalidad del sistema de promoción y protección de competencia?*

³ Constitución Política, artículo 333

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 misma⁴.

Sin embargo, en Colombia, el análisis de cláusulas de no competencia es reciente, en el año 2010 la SIC las estudió y determinó cómo funcionan en el mercado colombiano, esto, permeado de las decisiones de la Unión Europea y Estados cuales dieron la caracterización al régimen de cláusula que tenemos hoy en día, por lo cual resulta preponderante entrar a evaluar, y comprender el alcance de la decisión de la SIC en el mercado colombiano.

b. Caso Agroquímicos Genéricos S.A⁵- FADA vs Nufarm.

Esa alteración normativa fue suscitada en el caso 2010 en el controvertido archivo de investigación preliminar en el caso *Agroquímicos Genéricos S.A⁶- FADA vs Nufarm*. Nufarm adquirió las empresas y en la adquisición estableció una cláusula de no competencia que decía lo siguiente:

Clausula 5.14 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, 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.”

El abogado de las empresas adquiridas alegó lo siguiente frente a la cláusula en mención, haciendo énfasis en su ilegalidad según la legislación colombiana:

“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

⁴ C-228/10

⁵ Resolución 46325/10 SIC

⁶ Resolución 46325/10 SIC

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 restrictiva al exigirles a mis poderdantes no participar directa o indirectamente en el mercado de los plaguicidas químicos de uso agrícola.”

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 accesoria⁷. Esos son los elementos esenciales de la cláusula de no competencia.

2. OBJETO DEL PROYECTO DE LEY

La cláusula de no competencia tal y como su nombre lo indica, en principio es un articulado que busca que una de las partes de una relación negocial, se obligue a no incurrir en actos competitivos con la otra parte de la relación negocial. Se ha definido a la cláusula de non compete como “acuerdos en virtud de los cuales una de las partes, naturalmente el vendedor, se obliga a no incurrir en actos de competencia con la otra, en el mercado en el cual participaba la empresa objeto de la transacción⁸”. También como “Pactos que 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 determinado⁹”

A pesar de estas definiciones, la doctrina internacional las ha considerado como restricciones accesorias esto determinado a su naturaleza jurídica, donde la misma

⁷ Ibidem pag 4

⁸ Alejandro Acevedo Escallón, Posición de la SIC frente a las Cláusulas de No-Competencia, Revista asuntos legales, 26 de mayo 2018

⁹ Carlos Ignacio Arboleda, el régimen de las cláusulas de no-competencia, Derecho Competencia. Bogotá (Colombia), vol. 12 161-193, enero-diciembre 2016 CEDEC.

actividad negocial ha llevado a que en contratos importantes, se restrinja el acceso al mercado como elemento subyacente del mismo negocio Jurídico. Estas restricciones que en principio parecían que en términos económicos buscarían generar la falla del mercado denominada competencia imperfecta, resultan fundamentales para hacer sostenible el flujo de inversión de capitales y prevenir otras fallas de mercado como se verá de manera posterior en el documento.

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 protegerlas inversiones en adquisición de empresas y otros negocios jurídicos.

3. JUSTIFICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY

a. La cláusula Non compete en el antitrust 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° presidente de los Estados Unidos William Howard Taft en el caso *United States VS Addyston Pipe & Steel Co*¹⁰ 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.”*¹¹

Desde esa sentencia la jurisprudencia norteamericana se inclinó a determinar que toda práctica restrictiva de la competencia cuando fuera principal debe ser analizada desde *la regla per se* y las 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*¹², cuando la Corte Suprema de Justicia de ese País determinó que la regla de la razón era la encargada de determinar el alcance

¹⁰ United States Court of Appeals for the Sixth Circuit 1898

¹¹ Alfonso Miranda Londoño, Anotaciones sobre derecho de antimonopolístico en los estados unidos de Norteamérica, CEDEC

¹² National Soc'y of Prof. Engineers v. United States, 435 U.S. 679 (1978)

de la misma cláusula accesoria¹³, esto porque su creación no significa per se una conducta monopolística¹⁴.

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.

Ahora, resulta relevante entender que para los norteamericanos la regla de la razón determina qué tan accesoria es una cláusula de no competencia, en principio porque existen cláusulas de no competencia en contratos laborales en los Estados Unidos las cuales son legales según la jurisprudencia de aquel País¹⁵, y también porque la estructura de la interpretación sobre la cláusula no es tan rígida.

Existen diferentes interpretaciones debido a que el sistema anglosajón no limita su interpretación a la norma escrita, ejemplo de esto son las restricciones de tiempo en la cláusula de no competencia, la restricción de tiempo la entra a analizar el juez y puede que en un caso genere falla del mercado¹⁶ o en otros no¹⁷, en Europa por ejemplo, hay un límite temporal para la subsistencia de la cláusula.

¹³ Ibídem Carlos Ignacio Arboleda PP 171

¹⁴ 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.”

¹⁵ 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”.

¹⁶ En Kunz vs Bock 1968

¹⁷ Turek vs Tull, 1958

Resumiendo lo anterior, en los Estados Unidos de Norteamérica, la cláusula es válida jurídicamente porque cumple con el criterio de accesoriedad, de lo contrario será ilegal de pleno derecho.

b. La Unión Europea y su visión de las cláusulas Non Compete, como restricción accesoría.

Desde 1985 en Europa el tribunal de Justicia Europea (TJUE) ha estudiado las denominadas cláusulas de no competencia en casos como *Remia/Nutricia*¹⁸, *Pronuptia de París GmbH vs Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*¹⁹ y *Gottrup-Klim*²⁰. 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 101²¹ 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 .

Ese articulado enuncia lo siguiente:

1. Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir,

¹⁸ 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*”

¹⁹ 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.*”

²⁰ 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.*”

²¹ (antiguo artículo 81 TCE)

restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

- cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas,

- cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas,

- cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

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 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.”²²

La comisión europea, por lo tanto, determina que la restricción accesoria (cláusula non compete)²³ no es eficaz cuando la restricción sea determinada de la siguiente manera:

- a. Que la restricción sea necesaria para la existencia de la transacción.
- b. Que sea proporcional la restricción en virtud de la transacción realizada.
- c. La inexistencia de la transacción implica la inexistencia de la restricción, es decir el objeto de la transacción no puede ser la restricción.

²² Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, Numeral 29

²³ Denominada así de manera posterior en la comunicación 56/03.

- d. Que la transacción no sea per se contraria a lo determinado por el artículo 101.

Sin embargo, en comunicación posterior²⁴, estableció la comisión lo siguiente: *“Las restricciones acordadas entre las partes en el contexto de la cesión de una empresa pueden revertir en beneficio del comprador o del vendedor. En términos generales, la necesidad de protección del comprador prima sobre la necesidad de protección del vendedor. Es el primero el que ha de tener garantías de que podrá obtener el valor íntegro de la empresa adquirida. Por consiguiente, por regla general las restricciones que benefician al vendedor, o bien no están directamente vinculadas a la realización de la concentración y no son necesarias a tal fin, o bien su alcance o duración deben ser menores que los de las cláusulas que benefician al comprador²⁵”*

Esto determinó la naturaleza de las restricciones accesorias, donde su objeto esencial era la protección del comprador, siempre y cuando la protección no generará en términos económicos una falla del mercado, si la restricción accesoria busca más allá de la protección del comprador, significaría que es una medida que no busca la protección sino un límite en el mercado posterior a la transacción, es aquí donde se vincula los criterios de proporcionalidad, donde esta para la Comisión Europea, es igual a la protección del adquirente sin limitar más la competencia, tal como la misma comunicación en un numeral posterior: *“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, que, por lo general, comprende tanto activos materiales como inmateriales, como el fondo de comercio y los conocimientos técnicos desarrollados por el vendedor. Estas cláusulas no sólo están directamente vinculadas a la concentración, sino que también son necesarias para su realización, porque hay buenos motivos para creer*

²⁴ Comunicación de la comisión sobre las restricciones directamente sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias al fin 2005/c56/03

²⁵ Comunicación 2005/c56/03, numeral 17.

que sin ellas no sería posible la venta de la totalidad de la empresa o de parte de esta²⁶."

Así, resulta fundamental entender que la protección a través de una cláusula inhibitoria de competencia es la garantía para que el comprador reciba íntegramente lo que adquirió y para limitar las conductas posteriores del vendedor las cuales alteran el valor íntegro de lo que se negoció. Ya con ese marco general la C.E determinó en numerales posteriores algunas consideraciones sobre la cláusula, expuestos así:

Numeral	Contenido de la comunicación	Criterio
19 -36	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	Legalidad
20	Las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas durante un máximo de tres años, cuando la cesión de la empresa incluye la transferencia de la clientela fidelizada como fondo de comercio y conocimientos técnicos. Cuando sólo se incluye el fondo de comercio, están justificadas por períodos de hasta dos años	Temporal
21	las cláusulas inhibitorias de la competencia no pueden considerarse necesarias si, en realidad, el traspaso se limita a activos materiales (como terrenos,	Necesaria

²⁶ Comunicación 2005/c56/03, numeral 19.

	<p>edificios o maquinaria) o a derechos exclusivos de propiedad industrial y comercial (cuyos titulares pueden emprender de inmediato acciones legales contra las infracciones que pueda cometer el cedente de dichos derechos).</p>	
<p>22 - 37</p>	<p>El ámbito geográfico de aplicación de una cláusula inhibitoria de la competencia debe limitarse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios de referencia antes del traspaso, toda vez que no es necesario proteger al comprador de la competencia del vendedor en territorios en los que éste no estaba presente. Este ámbito geográfico puede ampliarse a los territorios en que el vendedor tuviese planeado introducirse en el momento de efectuar la transacción, siempre que ya hubiese efectuado inversiones con tal fin.</p>	<p>Espacial</p>
<p>23 - 38</p>	<p>Las cláusulas inhibitorias de la competencia han de limitarse a los productos (incluidas las versiones mejoradas y las actualizaciones de productos y los modelos sucesivos) y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa traspasada. Cabe incluir aquí los productos y servicios que se hallen en una fase avanzada de desarrollo en el momento de la transacción y los productos que ya estén totalmente desarrollados, pero todavía no se hayan comercializado. No se considera necesario proteger</p>	<p>Objetos tendientes que limitados</p>

	al comprador de la competencia del vendedor en aquellos mercados de productos o de servicios en los que la empresa traspasada no operase antes del traspaso	
24 -39	El vendedor puede comprometerse en nombre propio y en el de sus filiales y agentes comerciales. No obstante, no se considerará directamente vinculada a la realización de la concentración y necesaria a tal fin ninguna obligación por la que se impongan restricciones similares a otras partes. Esta norma se aplicará especialmente a las cláusulas que restrinjan la libertad de importar y exportar de los revendedores y de los usuarios.	Libertad de determinación en la compra.

Por lo tanto, resulta importante determinar que, para la comisión europea, las cláusulas inhibitorias son acuerdos que buscan proteger la integridad de la adquisición de un comprador sin que esta protección impida restrinja la competencia empresarial.

c. La Cláusula de No competencia en México

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 Goddard²⁷

²⁷ ¿deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano? Jorge Adame Goddard, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM pp 671.

el artículo 1839²⁸ del código civil federal y el 78²⁹ del código de comercio operan como las bases para establecer la legalidad de la cláusula desde la perspectiva clásica del derecho privado.

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.

Desde una mirada del derecho constitucional mexicano, al artículo de su carta política establece lo siguiente:

A 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 judicial³⁰.

Además, el mismo artículo agrega de manera posterior lo siguiente:

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 civiles³¹.

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

²⁸ 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.

²⁹ 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.

³⁰ Artículo 5, institución de los Estados Unidos Mexicanos 1917

³¹ Ibidem, constitución de los Estados Unidos Mexicanos 1917

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.

Desde la estructuración del derecho de no competencia mexicano, todo acto que evite la libre competencia está prohibido, por lo cual se diría 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 qué tanto una cláusula de no competencia afecta el mercado³². 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.

d. Las cláusulas de no competencia en Chile.

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. 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:

“Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

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”

³² Garrigues, Joaquín, Curso de derecho Mercantil, editorial Temis 1987, pp 222 -225

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 terceros³³.

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:

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:

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.

La prohibición general en Chile implicaría por si mismo 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 211 de 1973³⁴.

³³ Montt Rettig Paulo, valides de las cláusulas contractuales de no competir, revista de derecho económico, Universidad de Chile, 2016 pp 63

³⁴ Ibidem pp 92.

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 TDCL³⁵.

4. CONSTITUCIONALIDAD DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA.

En materia económica la Carta de 1991 adoptó el modelo de economía social de mercado. En este sentido ha dicho la Corte Constitucional, que “el Estado Constitucional colombiano es incompatible tanto con un modelo del liberalismo económico clásico, en el que se proscribe la intervención estatal, como con modalidades de economía de planificación centralizada en las que el Estado es el único agente relevante del mercado y la producción de bienes y servicios es un monopolio público. En contrario, la Carta adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general”.

De acuerdo con lo anterior, el texto constitucional fue dispuesto para una sociedad de mercado, es decir, para un tipo de organización que desarrolla procesos ágiles de intercambio, que buscan no sólo la satisfacción de necesidades básicas, sino también la obtención de ganancia, bajo el supuesto según el cual, la actividad económica debe ser dinámica y estar en crecimiento, todo ello en un escenario (el mercado) fundado en la libertad de acción de los individuos (las libertades económicas), en el que “las leyes de producción, distribución, intercambio y consumo se sustraen a la reglamentación consciente y planificada de los individuos, cobrando vida propia”

Que el Estado pueda hacer intervención en la economía no significa que puedan afectar la actividad comercial siempre que esta no afecte con el orden público. La misma constitución ha planteado *en el artículo 333. La actividad económica y la*

³⁵ Siglas que nombran al El 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.

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 Nación”. (Subrayado fuera del texto).

Si la cláusula de no competencia cumple con los elementos de proporcionalidad y accesoriedad no contraría la constitución económica y mucho menos el modelo económico del País.

5. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY.

El presente proyecto de Ley consta de 4 artículos, necesarios para que de manera transversal se regule de manera adecuada 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 clausula de no competencia
- El artículo tercero establece los límites a la cláusula de no competencia.
- El artículo cuarto, establece la prohibición de pactar cláusulas de no competencia en contratos laborales.
- El artículo quinto establece los fundamentos dela interpretación sistematica de la clausla
- El artículo final establece la vigencia

6. IMPACTO FISCAL

El presente proyecto de ley, al no ordenar gasto, no comprende un impacto fiscal y en consecuencia no requiere cumplir con lo establecido en el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, ni se encuentra condicionado al aval del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

7. PROPOSICIÓN

En concordancia con los términos anteriores, en nuestra condición de miembros del Congreso de la República, y en uso del derecho consagrado en el artículo 152 de la Constitución Política de Colombia, nos permitimos poner a consideración de los Honorables Miembros del Congreso de la República el presente proyecto de ley, teniendo en cuenta que el mismo preserva los principios constitucionales y económicos de la competencia empresarial y será de beneficio para la actividad transaccional del País.

Cordialmente,



EMMA CLAUDIA CASTELLANOS
Senadora de la República



ÁNGELA PATRICIA SÁNCHEZ LEAL
Representante a la Cámara