



Mauricio Jaramillo Campuzano

Socio

**Gómez-Pinzón Zuleta Abogados**

Columna La República, Febrero 28 de 2011

### **CLAUSULAS DE NO COMPETENCIA EN FUSIONES Y ADQUISICIONES**

Nuestra legislación de competencia es clara en establecer que se consideran contrarios a la libre competencia y en consecuencia están prohibidos aquellos acuerdos que tengan por objeto o como efecto "abstenerse de producir un bien o servicio", así como aquellos que tengan por objeto o como efecto "la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores" (numerales 3 y 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992). Estas cláusulas son generalmente conocidas como cláusulas de no competencia y de repartición de mercados respectivamente.

No obstante lo anterior, se ha discutido mucho acerca de la legalidad de la inclusión de cláusulas de no competencia en operaciones de fusiones y adquisiciones, centrándose el debate primordialmente en el balance de dos intereses que estarían contrapuestos ante la inclusión de las mismas: por una parte, se encuentran los intereses de unos inversionistas, que están adquiriendo una empresa o unidad de negocios, que buscan asegurarse la efectiva adquisición de los derechos; por otra parte, están los intereses del mercado y de la economía en general, que buscan una competencia libre y abierta sin restricciones que alteren artificialmente su funcionamiento.

Quienes están en proceso de adquirir una empresa siempre están interesados en que sus vendedores efectivamente hagan "entrega" del negocio que están transfiriendo; si los vendedores una vez suscrito el acuerdo venta establecen una empresa para desarrollar exactamente la misma actividad desarrollada en la empresa que han transferido, tienen

todo el conocimiento del mercado, los clientes, los proveedores, etc., y es muy posible que las actividades que emprendan con su nueva empresa interfieran con los negocios de la empresa transferida. En este orden de ideas, no habría una “entrega” integral y real del negocio transferido, pues mediante la creación de la empresa pueden finalmente quedarse con una porción de este.

Por otra parte, los clientes y consumidores de los productos o servicios ofrecidos o prestados por la empresa objeto de la transacción, tienen derecho a acceder a las mejores condiciones que el mercado puede ofrecer, tienen derecho a que las condiciones de mercado se fijen por el libre juego de la oferta y de la demanda y por ello, que no existan empresas o personas que estén impedidas de entrar a competir en el mercado como consecuencia de acuerdos como los descrito anteriormente.

En consecuencia, la discusión se ha centrado en establecer cuál de estos dos derechos enfrentados debe prevalecer frente al otro. Países o regiones con mayor desarrollo legal y jurisprudencial en materia de fusiones y adquisiciones, han aceptado la inclusión de cláusulas de no competencia en los acuerdos que se suscriben en el marco de fusiones y adquisiciones, no de manera absoluta, sino con restricciones asociadas al periodo de no competencia, al territorio o territorios comprendidos en el acuerdo, y al alcance mismo de la restricción, es decir, a los productos o servicios que los vendedores deberán abstenerse de producir u ofrecer. Estas restricciones buscan que haya una proporcionalidad entre el alcance del acuerdo de no competencia y el supuesto objeto del mismo, que es asegurar que el comprador reciba integralmente la negocio que está adquiriendo.

En un caso reciente la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), autoridad única de competencia de Colombia, debió analizar y fijar una posición frente a una cláusula de no competencia pactada en un acuerdo de compraventa de acciones de una compañía. Al analizar la legalidad de las cláusulas de no competencia referidas, la Superintendencia recogió los principios internacionales referidos y consideró que estas no pueden considerarse restrictivas de la competencia sin realizar un estudio integral de sus efectos y alcance, “pues para llegar a tal conclusión se deberá partir de una análisis del contexto que rodea a las mismas, el cual resultará ser tan importante como su contenido a la hora de evaluar el efecto anticompetitivo que pueden tener en el mercado. (Resolución 46325 de 2010 de la SIC)”

Así mismo, la SIC consideró que para cada caso en particular deben analizarse entre otros, factores como el tamaño del mercado relevante, el número de oferentes así como la participación que las partes tienen en el mercado afectado con las cláusulas de no competencia.

Sin duda alguna la decisión de la SIC es fundamental para facilitar las actividades de fusiones y adquisiciones, para otorgarle a los inversionistas mayor seguridad y tranquilidad en la realización de de sus transacciones. Esta decisión que celebramos, envía un claro mensaje a inversionistas y a vendedores de que nuestras instituciones están protegiendo la inversión y la actividad empresarial y al mismo tiempo buscando que haya una real y sana competencia en el mercado, acorde con los estándares internacionales de interpretación de las normas de libre competencia.

**Mauricio Jaramillo Campuzano**

[mjaramillo@gpzlegal.com](mailto:mjaramillo@gpzlegal.com)