

LA VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA Y LA REGLA DE LA RAZÓN COMO CRITERIO INTERPRETATIVO: UN ANÁLISIS AL CASO CEMENTOS Y SOLVENTES S.A. CONTRA LUIS ANTONIO NIETO VILLAMIZAR

En este artículo, Juan Camilo Acosta, Juan Manuel Vargas, Manuel Julián González y Juanita Calderón, miembros del Semillero, analizaron el Laudo Arbitral que resolvió el caso de Cementos y Solventes S.A. contra Luis Antonio Nieto Villamizar, y, particularmente, el alcance y la exigibilidad de la cláusula de no competencia en el ordenamiento jurídico colombiano.

I. HECHOS DEL CASO

En primer lugar, el 18 de octubre de 2006 una serie de Accionistas Vendedores (dentro de los cuales se encontraba Luis Antonio Nieto Villamizar) cedieron a favor de un grupo de Accionistas Compradores, mediante endoso, cincuenta y ocho mil (58.000) acciones ordinarias y en circulación de Cementos y Solventes S.A (en adelante Cesol) a cambio de contraprestaciones dinerarias. En la misma fecha se suscribió entre los Accionistas Compradores, los Vendedores y Cesol, un Contrato de Transacción cuyo objeto tenía tanto resolver de forma final y definitiva las diferencias presentes entre las partes, como precaver futuras o eventuales controversias o litigios sobre los asuntos transigidos. La cláusula quinta del mencionado Contrato de Transacción, titulada "No Competencia", versaba sobre la obligación de los Accionistas Vendedores, desde la firma del contrato y por un término de siete años y medio, a no desarrollar directa, ni por interpuesta persona, acción alguna tendiente a la producción y/o comercialización de productos similares que compitan directamente en el mercado con los productos de Cementos y Solventes S.A; todo esto circunscrito al territorio de la República de Colombia. Siendo así, la cláusula de no competencia pactada tenía el propósito de evitar que alguno de los Vendedores pudiera aprovechar su conocimiento de los productos de Cesol, su clientela y sus sistemas de fabricación, para afectar las operaciones de la sociedad con una competencia a todas luces nociva para los Compradores de las acciones.

Siguiendo a esto, el 16 de abril de 2008 se constituyó en Panamá mediante escritura pública la sociedad "Luisan Participaciones S.A"(en adelante Luisan). Mediante escritura pública el 13 de mayo de 2008 se legalizó el acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas de Luisan, donde se estableció que se otorga poder general amplio y suficiente a Luis Antonio Nieto. En virtud de ello, el día 11 de julio de 2008 Luis Antonio Nieto en calidad de apoderado general de Luisan, constituyó en Bogotá una sociedad llamada "Tecno Fix S.A." junto con su hijo y otras tres personas. Allí se nombró a Luis Antonio Nieto como subgerente de la sociedad y a su hijo Eduardo Nieto como gerente principal. Posteriormente a la constitución de la sociedad, Luis Antonio Nieto fue reemplazado en el cargo de subgerente por su esposa Constanza Ángel de Nieto. La Junta Directiva de la misma sociedad estaba conformada por Luis Antonio Nieto y Eduardo Nieto, los representantes legales eran Eduardo Nieto y Constanza Ángel de Nieto. El objeto social de Tecno Fix S.A es la fabricación y comercialización de cementos solventes, adhesivos, y otros productos similares a los que desarrolla y comercializa Cesol. Así, dentro del objeto social de la sociedad Tecno Fix S.A se encuentran incluidas las acciones prohibidas para ejecutar según lo establecido en la Cláusula de no Competencia expuesta líneas arriba. Es por esto que el 8 de octubre de 2009 Cesol S.A instaura una demanda en contra de Luis Antonio Nieto Villamizar, por el incumplimiento de la cláusula de no competencia, exigiendo su declaración y la condena al pago por los graves perjuicios causados por el actuar del demandado. A su vez, en la Contestación de la demanda y en la Demanda de Reconvención formulada por la defensa del señor Villamizar se solicitó al Tribunal, entre otras cosas, la declaración de nulidad de la cláusula de no competencia pactada.

II. CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

Las cláusulas de no competencia son pactos accesorios que se incluyen en un contrato, en el cual una parte se obliga, en beneficio de otra, a no competir en un mercado determinado durante cierto tiempo y en un territorio delimitado. Los pactos referentes a la no competencia se distinguen de los pactos de exclusividad en cuanto a que estos últimos permiten la práctica del ejercicio, pero limitan la libre competencia al solo poder celebrar negocios jurídicos con algún o algunos jugadores determinados. Sin embargo, los pactos referentes a la no competencia restringen por completo la participación en el mercado de la parte obligada. Estas cláusulas suelen contener "covenants", asegurados por una cláusula penal.

Ahora bien, y aunque en principio se podría pensar que estas cláusulas van en contra del ordenamiento jurídico colombiano, la autoridad competente en materia de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio(en adelante SIC), ha reconocido que estas cláusulas son válidas siempre y cuando se analicen los “aspectos propios del mercado en el cual tendrían aplicación, [que sean un] reflejo de la autonomía de las partes, y [no] comporten violación del régimen de competencia [...]”[1], es decir, estos pactos se deben analizar a partir del contexto del contrato u operación donde se pactó. Dicho lo anterior, se podría decir que la validez de estas cláusulas depende, principalmente, de dos (2) aspectos: primero el legal, es decir, la licitud del objeto; y segundo el fáctico o económico, bajo el entendido que se debe tener en cuenta si el pacto de dicha cláusula afecta, o no, la libre competencia. Lo último estudiado desde: i) la accesoriedad; ii) la temporalidad; iii) la limitación geográfica; iv) la necesidad y proporcionalidad; y v) la participación en el mercado[2].

Sin embargo, y aunque existan criterios para delimitar la validez de la cláusula de no competencia, pueden encontrarse diferencias en la interpretación de estos parámetros antes enunciados, que han llevado a jueces y árbitros a utilizar distintas reglas de análisis para estas cláusulas, entre ellas, la regla de la razón.

III. REGLA DE LA RAZÓN Y LA EXIGIBILIDAD DE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA

ESTADOS UNIDOS

La regla de la razón es un concepto jurídico que nació de la interpretación del Sherman Act, Ley Antitrust de Estados Unidos aprobada en 1890. Con una redacción bastante similar a la Ley colombiana de la materia, esta norma prohíbe y sanciona cualquier acto jurídico que restringe la competencia[3]. Como consecuencia de ello, los jueces en Estados Unidos establecieron dos corrientes de interpretación para la aplicación de las sanciones hacia los actos que limitan la competencia. Por un lado, se encuentra la regla per se, una interpretación estricta de la norma en la que, si el supuesto de hecho de limitar la competencia se daba, entonces consecuentemente debe declararse inválido el acto que le daba origen[4]. Por el otro, está la regla de la razón, cuyo modelo de interpretación del Sherman Act establece que la validez del acto que restringe la competencia debe analizarse desde su razonabilidad.

La consideración de la razonabilidad depende de un análisis económico. Según Robert H. Bork "La regla de la razón tiene una preocupación dominante sobre los valores económicos, la maximización de la satisfacción del consumidor a través de la más eficiente asignación y usos de recursos" [5]. Esta visión de la regla de la razón fue desarrollada en diferentes decisiones judiciales. En 1889, la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de Estados Unidos en el caso U.S. Vs Addyston Pipe Steel Co. limitó la aplicación del Sherman Act indicando que una restricción a comercio no puede ser exigible a menos que sea accesoria a un propósito de un contrato lícito y necesaria para proteger los intereses de esta parte[6]. Es decir, si esta restricción estaba ligada al fin del cumplimiento de un contrato lícito, está per se no era ilegal.

Años después, en los casos hito antimonopolio Standard Oil Co. of N.J. vs United States y United States vs American Tobacco Co. de 1911, la Suprema Corte de Estados Unidos utilizó los criterios de la regla de la razón en la interpretación de la prohibición de monopolios para indicar que "razonablemente" en estos casos se afectaba el mercado, por lo que debían aplicarse las sanciones de la Ley Antitrust[7]. Así mismo, en el caso Chicago Board of Trade vs United States (1918), el mismo Tribunal estableció que frente a acuerdos que restrinjan el comercio, el test de legalidad debe responder si la restricción regula la competencia o la elimina. Para considerar lo anterior, deben establecerse los hechos peculiares del negocio, las condiciones antes y después de la restricción, su naturaleza y sus efectos actuales y probables[8]. Estos casos han sido de sustento para la construcción jurisprudencial de la regla de la razón, en la no todo acto que limita la competencia es ilícito, sino sólo en los casos en los que la limitación no es razonable.

Ahora bien, las decisiones de los tribunales americanos se han debatido entre ambas interpretaciones. Su posterior desarrollo jurisprudencial ha consistido en establecer supuestos de caso donde se aplica la regla de la razón o la interpretación per se. Para Robert H. Bork, estas distinciones no son lo suficientemente claras y han generado incertidumbres en la aplicación del Sherman Act en Estados Unidos. [9]

EN COLOMBIA

En el ordenamiento jurídico colombiano, la regla de la razón no ha tenido tanto desarrollo como lo ha tenido en países como Estados Unidos, pero, aún así, es cada vez más usado y es una herramienta muy efectiva al momento de analizar la validez de una cláusula de no competencia. Esta regla aplica a las conductas cuyos efectos anticompetitivos no se perciben de forma tan simple, por lo que es necesario realizar un análisis de los hechos particulares como lo sería: el mercado, su naturaleza, la práctica, etc [10].

Como se dijo, en Colombia el desarrollo de esta regla sigue siendo bastante limitado, y algunos argumentan que debe elevarse a un nivel constitucional para que su desarrollo e interpretación normativa pueda darse por la autoridad competente, la SIC, de manera independiente [11].

En principio, la SIC estableció que las cláusulas de no competencia, en tanto restricción accesoria, podrán ser válidas bajo el análisis del contexto que rodea dichos pactos. Este contexto económico o fáctico es igual de importante al contenido del pacto en el momento de evaluar el efecto anticompetitivo que puedan tener en el mercado, es decir, estas cláusulas no podrán considerarse inválidas prima facie[12]. De esta manera, es clara la influencia que la doctrina de la regla de la razón ha tenido sobre esta Superintendencia en cuanto a la validez de las cláusulas de no competencia, teniendo en cuenta la relevancia que se le da a los aspectos propios del mercado que rodean la estipulación misma. Por ejemplo, en la Resolución 46325 de 2010 se encuentran factores similares a los de la regla de la razón que materializan un análisis al contexto del pacto, como lo son: i) el tamaño del mercado relevante; ii) el número de oferentes; iii) la participación que cada una de las partes involucradas tiene en el mercado; y iv) que no se genere impedimentos para que otros participantes ingresen al mercado. Todo esto con el fin de establecer que con dichas estipulaciones no se afecte o vulnere de manera grave el interés económico general

IV. CASO CONCRETO: DECISIÓN Y APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA RAZÓN POR EL TRIBUNAL.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal de Arbitramento que tuvo conocimiento del caso concreto de Cementos y Solventes S.A. contra Luis Antonio Nieto Villamizar, adoptó de manera explícita la regla de la razón como lineamiento para analizar el caso y determinar la validez y el incumplimiento de la cláusula de no competencia del mencionado caso. En primer lugar, el Tribunal desarrolla la misma distinción entre i) acuerdos per se violatorios de la libre competencia y ii) acuerdos sujetos a la regla de la razón, inclinándose por el segundo para hacer un análisis fáctico y económico del caso, en donde es pertinente hacer una ponderación de las circunstancias e intereses en juego reconociendo en algunos eventos la validez de tales acuerdos[13].

La elección de un análisis bajo la regla de la razón también está cobijada, como lo dice el mismo Tribunal, desde el análisis que hace la Corte Constitucional en Sentencia C-535 de 1997 respecto de las cláusulas de exclusividad, en donde queda claro que acuerdos como estos que afecten la competencia del mercado no serán inválidos per se toda vez que no tengan como objeto la monopolización del mercado o lo afecten gravemente[14]. Así, el Tribunal hace una analogía con la mencionada providencia, y, haciendo un paralelo con la jurisdicción estadounidense, afirma que "no se consideran contrarios a la libre competencia acuerdos de no competencia fundados entre otros motivos legítimos, en la protección de la inversión de un comprador, secretos del negocio o información confidencial" [15]. Además, respecto del desarrollo normativo para estos pactos en el ordenamiento jurídico colombiano, el Tribunal se guía también de la Resolución 46325 de 2010 [16] expedido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Siendo así, el Tribunal considera que la nulidad de la cláusula de no competencia en el caso concreto queda descartada porque "durante el proceso se pudo verificar que el mercado en cuestión cuenta con múltiples competidores, por lo que la incidencia práctica del acuerdo sobre el mercado resultaba mínima"[17]. Por otra parte, subraya que con la cláusula se buscó la protección para el comprador frente a la competencia del vendedor para obtener el valor de los activos transferidos, que le permita fidelizar la clientela y asimilar y explotar los conocimientos técnicos.

Dicho esto, concluye que en efecto ocurrió el incumplimiento de la cláusula de no competencia por parte de Luis Antonio Villamizar transcurridos menos de dos años de haber sido firmada. Si bien el Tribunal inicialmente sostiene que no se le presentó una prueba conclusiva de que la conducta del Demandado haya quebrantado de manera directa la cláusula, no obstante enumera una serie de indicios[18] que apreciados en su conjunto y de manera concordante, son suficientes para llevar a la convicción del juzgador a afirmar que a través de Tecno Fix, Luis Antonio Nieto está realizando las conductas que bajo la Cláusula de No Competencia del Contrato de Transacción se comprometió a no realizar y que no se trata de un conjunto de hechos derivados de una "mera coincidencia". En especial, el Tribunal encontró probada que i) Tecno Fix, sociedad constituida por Luis Antonio Nieto como apoderado general Luisan, tiene un objeto social muy similar al que desarrolla Cesol; ii) que Tecno Fix produce en buena parte productos muy similares a los que produce Cesol; iii) quedó también establecido por el Perito Financiero que Tecno Fix ha vendido sus productos a empresas que eran, o son, clientes de Cesol; y, iv) el propio Gerente de Tecno Fix admitió que su empresa era competidora de Cesol.

CONCLUSIÓN

Retomando la argumentación del Tribunal, en Colombia es posible pactar una cláusula de no competencia y posteriormente sancionar su incumplimiento, que usualmente se asegura en una cláusula penal. Aun así, es posible que dichos pactos resulten inválidos, no por el simple hecho de pactarse, sino en el caso en que se cumplan una serie de factores que resulten en una afectación relevante al mercado o al interés económico general. Con todo, la regla de la razón es una herramienta utilizada por los jueces, árbitros y superintendentes para verificar la validez de la cláusula de no competencia de manera casuística. De esta manera, siguiendo los criterios ya mencionados a los que hace referencia la regla de la razón, el Tribunal del caso Cementos y Solventes S.A. contra Luis Antonio Nieto declaró la validez del pacto en el contrato de transacción, afirmando su exigibilidad frente a la conducta del demandado.

Finalmente, consideramos que actualmente en Colombia no existe normativa ni jurisprudencia suficiente que haga referencia a la regla de la razón. Para poder aplicar esta regla, es necesario se tenga en cuenta tanto el objeto de la cláusula como los efectos que esta tendrá en el mercado. Dado que una de las exigencias principales de la regla mencionada es el análisis económico de afectación a la libre competencia, los factores desarrollados por la SIC resultan fundamentales para la creación de reglas jurisprudenciales que evalúen la razonabilidad de los actos anticompetitivos o restrictivos del mercado. Es decir, la determinación de la validez y el incumplimiento de estipulaciones de esta naturaleza está condicionada por los supuestos de hecho de un caso concreto y la valoración probatoria que de estos se deriva. Se trata de una exigencia de análisis de razonabilidad que trasciende hacia lo extrajurídico para la construcción de reglas jurídicas aplicables. Es, por lo tanto, un reto tanto para el legislador como para el juzgador de un caso, el crear regulaciones generales que den solución a problemas condicionados por factores concretos.

BIBLIOGRAFÍA

[1] Resolución 46325 de 2010, Superintendencia de Industria y Comercio.

[2] Resolución 46325 de 2010 Y Concepto No. 15-191960, Superintendencia de Industria y Comercio.

[3] Sherman Act. Sec. 3. Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is hereby declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a misdemeanor, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding five thousand dollars, or by imprisonment not exceeding one year, or by both said punishments, in the discretion of the court.

[4] Ejemplo de esta interpretación es el caso United States vs Trans-Missouri Freight Association de la Suprema Corte en 1987.

[5] Bork, R. La Regla de la Razón y el Concepto Per Se: La Fijación de Precios y el Reparto de Mercados. (1996).

[6] United States v. Addyston Pipe & Steel Co - 85 F. 271 (6th Cir. 1898).

[7] Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911); United States v. American Tobacco Co., 221 U.S. 106 (1911).

[8] Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918).

[9] Bork, R. La Regla de la Razón y el Concepto Per Se: La Fijación de Precios y el Reparto de Mercados. (1996).

[10] ¿Es viable la aplicación de la regla de la razón y la regla per se en Colombia? Universidad Externado de Colombia.

[11] *Ibíd.*

[12] Resolución 46325 de 2010, la Superintendencia de Industria y Comercio.

[13] Laudo Arbitral: Cementos y Solventes S.A contra Luis Antonio Nieto, página 27 (2012).

[14] *Ibíd.*

[15] Laudo Arbitral: Cementos y Solventes S.A contra Luis Antonio Nieto, página 29 (2012).

[16] Con una interpretación sistemática del artículo 1º de la Ley 155 de 1959 y del numeral 8 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, conforme a los criterios delineados por la Corte Constitucional en sentencia C-535 de 1997 ; la SuperIndustria en la Resolución 46325 de 2010 expone la posible validez de estos acuerdos y desarrolla criterios para su determinación: el alcance de las mencionadas cláusulas no podrá considerarse prima facie restrictivo de la competencia, pues para llegar a tal conclusión se deberá partir de un análisis del contexto que rodea a las mismas, el cual resultará ser tan importante como su contenido a la hora de evaluar el aspecto anticompetitivo que puedan tener en el mercado. Así pues, deberán tenerse en cuenta, entre otros, los siguientes factores: i) el tamaño del mercado relevante; (ii) el número de oferentes; (iii) la participación que cada una de las partes involucradas tienen en el mercado, con el fin de establecer si con las mismas estipulaciones pactadas se vulnera el interés económico general.”(R. 46325 de 2010).

[17] Laudo Arbitral: Cementos y Solventes S.A contra Luis Antonio Nieto, página 28 (2012).

[18] Como lo ordenaba el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, pero cuya regla jurídica se encuentra vigente en el artículo 242 del Código General del Proceso.