



MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN NÚMERO 46325 DE 2010
(31 AGR 2010)

Radicación No. 08-001302

Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar

**EL SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA LA PROTECCIÓN DE LA
COMPETENCIA,**

en ejercicio de sus facultades legales, en especial las que le atribuye el artículo 8, numerales 3° y 5° del Decreto 3523 de 2009 modificado por el Decreto 1687 de 2010, y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1, numeral 2°, del Decreto 3523 de 2009 modificado por el artículo 1° del Decreto 1687 de 2010 es función de la Superintendencia de Industria y Comercio *"[e]n su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales [...]"*.

SEGUNDO: Que el artículo 3° de la Ley 1340 de 2009 estableció como propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la SIC en materia de protección de la competencia *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica."*

TERCERO: Que los numerales 3° y 5° del artículo 8 del Decreto 3523 de 2009, modificado por el artículo 4° del Decreto 1687 de 2010, establecen como funciones del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia *"[i]niciar de oficio, o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares acerca de infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia"*, así como, *"[t]ramitar la averiguación preliminar e instruir la investigación tendiente a establecer la infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia."*

CUARTO: Que mediante escrito radicado con el número 08-001302 del 9 de enero de 2008, el doctor José Manuel Álvarez Zárate, en calidad de apoderado de los señores Jaime Simón Mora Lema y Jaime José Mora Lozano, presentó denuncia en contra de la sociedad AGROGEN NUFARM DE COLOMBIA S.A., en los siguientes términos:

"(...) AGROQUÍMICOS GENÉRICOS S.A. (en adelante AGROGEN) era una sociedad comercial, cuyo objeto lo constituye principalmente, el desarrollo de actividades de compra, venta, al por mayor y al detal, importación, exportación y comercialización de productos químicos y agroquímicos, especialmente genéricos, bien sea terminados o de insumos para su fabricación o transformación, fabricación y transformación de productos químicos y agroquímicos."

La EMPRESA DE FABRICACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE PRODUCTOS PARA LA AGRICULTURA S.A. FADA S.A. (en adelante FADA) era una sociedad comercial (...), cuyo

ABD

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

objeto lo constituye principalmente, el desarrollo de actividades de fabricación y transformación de productos químicos para la agroindustria, agricultura, industria pecuaria, pesquera y afines.

Por su parte, NUFARM DE COLOMBIA LTDA (en adelante NUFARM) es una sociedad colombiana (...), cuyo objeto social lo constituyen, entre otras, el desarrollo de actividades de importación, fabricación, comercialización, distribución, compra, venta (al mayor y al detal) y exportación de todo tipo de productos químicos y afines, agroquímicos y afines y otros. (...)

El 21 de noviembre de 2005, mediante la firma del SPA AGROGEN, se perfeccionó la venta de la totalidad de las acciones de la sociedad AGROGEN, entre los VENDEDORES y la compradora, como se relacionan a continuación:

-Los vendedores: (...) JAIME MORA LEMA
JAIME JOSÉ MORA LOZANO (...)
-La compradora: NUFARM COLOMBIA LTDA.

De igual forma y en la misma fecha, se perfeccionó el SPA de FADA para la venta de la totalidad de las acciones de la sociedad FADA, entre los vendedores y la compradora que se señalan a continuación:

-Los vendedores: (...) JAIME MORA LEMA
JAIME JOSÉ MORA LOZANO (...)
-La compradora: NUFARM COLOMBIA LTDA.

En ambos contratos, se incluyeron las cláusulas 5.13 y 5.14 de no competencia ("Non compete") cuya redacción es idéntica y que (sic) las cuales establecen lo siguiente:

"5.14 No competencia. Los Vendedores por medio del presente se comprometen por un período 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 (sic) en heroicidad, insecticidas, fungicidas y se circunscribe a los productos con respecto al cual (sic) la Compañía tiene registros a la Fecha del Acuerdo". (...)

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

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.

Mis poderdantes, además de ser socios de las compañías vendidas (...), trabajaron como empleados en dichas sociedades (...) hasta junio de 2007 y después de su retiro se han hecho socios de una compañía para vender agroquímicos.

ABX

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

Los señores Jaime Simón Mora y José Mora Lozano, son socios de la sociedad ANDINA DE NEGOCIOS S.A. ANDINESA (...) Dentro de las actividades que constituyen su objeto social se encuentran las actividades de compra, venta, al por mayor y al detal, importación, exportación y comercialización de productos químicos y agroquímicos, especialmente genéricos, bien sea terminados o de insumos para su fabricación o transformación, fabricación y transformación de productos químicos y agroquímicos. (...)

A pesar de la insistencia de mis poderdantes sobre la necesidad de renegociar las cláusulas de no competencia para que no fueran contrarias a las normas sobre competencia colombianas, NUFARM hizo caso omiso (...) logrando que se dilatará la entrada al mercado de productos competidores de los de NUFARM de parte de mis poderdantes. (...)"

QUINTO: Que mediante oficio radicado con el número 08-001302- -0002-0000 del 28 de febrero de 2008, el apoderado de los denunciantes informó al Jefe del Grupo de Promoción de la Competencia, que para la fecha, los quejosos ya contaban con la oportunidad de comercializar, de forma inmediata y directa, varios productos con base en el mismo ingrediente activo (directamente competidores) de los productos que las sociedades AGROGEN y FADA tenían registrados con anterioridad al 21 de noviembre de 2005. Así mismo, teniendo en cuenta que las cláusulas contractuales denunciadas se encontraban bajo estudio por parte de esta Entidad, solicitó se le confirmase "[q]ue la negociación que están llevando a cabo mis clientes, se está haciendo en ejercicio del derecho a la libre competencia y que no es violatoria de las normas sobre competencia¹".

De conformidad con lo anterior, mediante oficio radicado con el número 08-001302--00003-0000 del 14 de marzo de 2008, el Jefe de Grupo de Promoción de la competencia (e) respondió dicha solicitud manifestando la imposibilidad de pronunciarse a través de un concepto respecto de situaciones particulares, informándole, sin perjuicio de lo expresado, algunos aspectos relacionados con las normas sobre competencia².

SEXTO: Con base en la queja presentada, mediante memorando radicado con el número 08-001302--00004-0000 del 31 de marzo de 2008, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia solicitó iniciar una averiguación preliminar con el fin de determinar la necesidad de abrir una investigación por presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia³.

SÉPTIMO: Que de acuerdo con la información obrante en el expediente, esta Delegatura efectuó el siguiente análisis:

7.1. De las cláusulas de no competencia

Las cláusulas accesorias de no competencia son aquellas que establecen dos empresas con el objetivo de no disputar la clientela en un mercado determinado durante un cierto tiempo o indefinidamente. Este tipo de acuerdo se precisa en una cláusula de un contrato

¹ Folio 154 del expediente.

² Folios 155 a 158 del expediente.

³ Folio 160 del expediente.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

principal, del cual es accesorio, y persigue frecuentemente asegurar el cumplimiento de las estipulaciones contenidas en aquél⁴.

En la medida en que pretende asegurar el cumplimiento de la obligación principal, este tipo de cláusulas resultan restricciones accesorias, entendidas como aquellas limitaciones que están directamente relacionadas con el desarrollo de una operación comercial⁵, por tanto, su validez -en el derecho europeo como en el norteamericano-, se analiza a partir del contexto del contrato o la operación donde las partes pactaron este tipo de disposiciones.

En efecto, en el derecho de la competencia comunitario el concepto de restricciones accesorias involucra 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 misma⁶.

Así, la evaluación de las restricciones accesorias "[s]e limita a determinar si, en el contexto específico de la principal operación o actividad no restrictiva, una determinada restricción es necesaria y proporcionada para la realización de dicha operación o actividad. Si, a partir de factores objetivos, puede concluirse que, en ausencia de la restricción, la principal operación no restrictiva resultaría de difícil o imposible realización, la restricción podría considerarse objetivamente necesaria para su realización y proporcionada a la misma"⁷.

Sobre este punto vale decir, que de conformidad con el Reglamento (CE) NÚM. 2790/1999 de la Comisión, del 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, se entenderá por "[c]láusula de no competencia", cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 por cien del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales (...) "⁸.

A pesar de lo anterior, el mismo Reglamento considera que dichas cláusulas no generarían exenciones de responsabilidad, es decir, serían consideradas restrictivas bajo los siguientes supuestos:

"5. La exención prevista en el artículo 2 no se aplicará a ninguna de las siguientes obligaciones contenidas en los acuerdos verticales:

⁴ Pascual y Vicente, Julio. Diccionario de Derecho y Economía de la Competencia en España y en Europa. Editorial Civitas, Primera Edición, 2002. Pp. 136.

⁵ Comunicación de la Comisión sobre directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del Artículo 81 del Tratado (Diario Oficial de la Unión Europea (2004/C 101/08) www.europa.eu Numeral 29.

⁶ Diario Oficial de la Unión Europea. Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 de artículo 81 del Tratado. (2004/C 101/08). C101/101.

⁷ Ibidem.

⁸ Legislación sobre Derecho de la Competencia Español y Comunitario. Reglamento (CE) NÚM. 2790/1999 de la C, del 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. CIVITAS Biblioteca de Legislación. Segunda Edición. Madrid. Pp 301.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

a) *Cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años; una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida; (...)*⁹".

De otro lado, en el derecho norteamericano, se ha establecido que "[l]as 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. Naturalmente esta doctrina solamente se puede aplicar a las restricciones realmente accesorias, ya que las restricciones principales o de carácter general al comercio, deberán ser declaradas ilegales "Per Se"¹⁰.

Ahora bien, en Colombia en relación con el examen de las cláusulas que implican restricciones, se ha determinado que para su estudio deberán analizarse aspectos propios del mercado en el cual tendrían aplicación, teniendo en cuenta que las mismas son un reflejo de la autonomía de las partes y sólo comportan la violación del régimen de competencia, en la medida en que trasciendan la esfera particular de los involucrados.

En ese sentido, la Corte Constitucional respecto de las cláusulas de exclusividad, señaló que:

"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres. La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.

El veto legal a los pactos de exclusividad, si ellos tienen por objeto o generan una pérdida parcial o total de competitividad en el mercado, sin duda alguna contribuye a promover la libre competencia. En realidad, el legislador ha querido reservar la licitud de este tipo de pactos a los eventos en que no produzcan detrimento alguno a la competencia libre en los mercados. (...)

En verdad, carece de razonabilidad y proporcionalidad, asumir que la cláusula de exclusividad per se viola la Constitución Política, sin tomar en consideración su efecto real en la restricción de la competencia, para lo cual resulta forzoso analizar entre otros factores el tipo de mercado, su tamaño, la posibilidad de que el bien pueda ser remplazado por otros, la participación de los competidores en el mercado, la existencia de poderes monopólicos u oligopólicos, el efecto de la cláusula sobre la eficiencia, la generación de poder de mercado a raíz del pacto, el efecto en los precios producidos por la estipulación, el grado de competencia existente en el mercado relevante etc.

⁹ Ibidem

¹⁰ Sullivan, E. Thomas. Hovenkamp, Herbert. "Antitrust Law Policy and Procedure". The Michie Company. 1984. Pag. 30. Con el caso de Addyston Pipe se comenzó a desarrollar el sistema de análisis conocido como la "Regla de la Razón" (en Inglés *rule of reason*), cuyas reglas generales se determinaron en el caso de *Standard Oil v. United States*. Citado en el documento "Anotaciones sobre el derecho antimonopolístico en los Estados Unidos de Norteamérica". Centro de Estudios de Derecho de la Competencia CEDEC.

“Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar”

Radicación No. 08-001302

Sin embargo, si la disposición acusada se interpreta correctamente, el problema constitucional se desvanece, puesto que el tipo de pacto que se proscribe es únicamente el que tiene el efecto real de restringir el acceso de los competidores en el mercado, vale decir, el que es capaz de producir de conformidad con los criterios anotados un efecto sustancial en la disminución de la competencia existente (Subrayas fuera de texto)¹¹.

Análisis similar tendría que hacerse en el caso de las cláusulas de no competencia, pues en el caso de los contratos de venta o cesión de activos estas restricciones se encuentran directamente vinculadas, entre otros, a la protección que debe darse al 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. 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 y los conocimientos técnicos desarrollados por el vendedor¹².

Es por ello, que las cláusulas que no tengan la capacidad de obstruir o impedir la entrada de otros competidores al mercado, son lícitas y por el contrario, a través de las mismas el comprador tiene la posibilidad de aprovechar las ventajas que le proporciona la garantía de que podrá obtener el valor íntegro de la empresa adquirida de acuerdo con lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo.

Sin embargo, una cláusula o un contrato que impida a un comerciante competir, podría considerarse en abstracto, restrictivo de la competencia, pues a pesar de haber transferido unos activos, el vendedor, siempre tendría la posibilidad de iniciar una nueva empresa, situación que favorecería en últimas al consumidor que contaría con una oferta adicional.

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

De esta suerte, debe tenerse en cuenta que las cláusulas inhibitorias de la competencia están justificadas sólo con el objeto de hacer posible la operación, cuando su duración, su ámbito geográfico de aplicación, su contenido y las personas sujetas a ellas no van más allá de lo razonablemente necesario para lograr dicho objetivo¹³.

Por último, vale decir que respecto a este tipo de cláusulas esta Superintendencia ha sostenido que *“(...) No es dable argumentar que tal acto sería lícito, por tratarse del ejercicio de una libertad de índole constitucional, y que justamente por ello constituye un desarrollo de la libertad de empresa del individuo, toda vez que como se indicó, este derecho lejos de ser absoluto, se encuentra sometido a los límites que el legislador señale (...)”¹⁴ (Subrayas fuera de texto).*

¹¹Corte Constitucional, Sentencia C-535/97. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, octubre 23 de 1997.

¹²Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin. Diario Oficial de la Unión Europea (2005/C 56/03). Comunicación puesta a disposición del público en el sitio Internet de la Comisión.

¹³Supra 8. (C56/27)

¹⁴Boletín Jurídico de la Superintendencia de Industria y Comercio. No. 21 Octubre de 2000. Concepto No. 00058216. Pp. 12.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

No obstante lo anterior, 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 efecto 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 estipulaciones pactadas se vulnera el interés económico general.

7.2. Del caso concreto

En desarrollo de la averiguación preliminar realizada por esta Superintendencia se obtuvo información de diversas fuentes. Esta incluye comunicaciones allegadas por el denunciante así como, información remitida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en relación con la participación de los agentes del mercado de plaguicidas de uso agrícola¹⁵.

De acuerdo con los datos aportados por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, se encontró que:

1. En el mercado de plaguicidas químicos de uso agrícola participan cerca de 60 empresas, algunas con unas cuotas de participación poco significativas.

Tal como se observa en la tabla 1, la empresa líder en el año 2007 fue BAYER CROPSCIENCE S.A. con una cuota de participación del 16.2%, seguida por DOW AGROSCIENCES DE COLOMBIA y SYNGENTA S.A. con una participación del 14.4% y 11.7%, respectivamente, mientras que la participación de NUFARM COLOMBIA en el mismo año fue del 4.4%.

Tabla 1
Cuotas estimadas de participación en el mercado de plaguicidas químicos de uso agrícola

EMPRESA	2006	2007	Ene-Jun 2008
BAYER CROPSCIENCE S.A.	17,5	16,2	19,0
DOW AGROSCIENCES DE COLOMBIA	15,8	14,4	13,7
SYNGENTA S.A.	11,8	11,7	11,0
PROFICOL S.A.	6,4	7,0	7,1
INVESA S.A.	6,0	6,0	5,4
COMPAÑÍA AGRICOLA COLOMBIANA LTDA Y CIA SCA	4,9	4,3	5,3
NUFARM COLOMBIA S.A.	3,5	4,4	4,3
BASF QUIMICA COLOMBIANA S.A.	6,0	5,5	4,2
CROPTECH S.A.	2,4	3,4	3,9

¹⁵ Ver folios 170 a 172 del expediente.

“Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar”

Radicación No. 08-001302

DUPONT DE COLOMBIA S.A.	5,8	5,0	3,7
ARYSTA LIFESCIENCE COLOMBIA S.A.	3,4	3,0	3,7
FEDEARROZ - FEDERACION NACIONAL DE ARROCEROS	0,6	2,8	3,3
TECNOQUIMICAS S.A.	2,4	2,1	3,1
EVOFARMS COLOMBIA SLAL	1,2	1,8	1,8
VECOL S.A.	0,5	1,2	1,5
HELM ANDINA LTDA.	0,5	0,5	1,0
CROPSA LTDA.	2,9	2,3	0,8
BARPEN INTERNATIONAL S.A.	1,1	0,9	0,8
OTROS ¹⁶	7,1	7,3	6,1
TOTAL	99,8	99,8	99,7

Fuente: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

2. El mercado de plaguicidas químicos de uso agrícola en Colombia no es un mercado concentrado y la participación de **NUFARM COLOMBIA S.A.** es poco significativa dentro de dicho mercado.

Una vez definidas las cuotas de participación en el mercado de plaguicidas químicos de uso agrícola, se calcularon los índices de concentración, los cuales se muestran en la siguiente tabla:

Tabla 2
Índices de concentración 2007

Índice	Valor
HHI	832.7
LIDER	16.2%
CR2	30.6%

▪ HHI¹⁷

El índice HHI evidencia que el mercado afectado no se encuentra concentrado¹⁸. En el mercado de plaguicidas químicos de uso agrícola se tiene un HHI de 832.7, siendo indicativo de un mercado no concentrado.

¹⁶ En OTROS se encuentran agrupadas 42 empresas

¹⁷ El índice de Herfindahl y Hirschman, conocido como HHI, se determina mediante la suma de los valores al cuadrado de las participaciones en las ventas en el mercado de todas las empresas de la industria. Es decir:

$$HHI = S_1^2 + S_2^2 + S_3^2 + \dots + S_n^2$$

Mientras mayor sea el valor del HHI, mayor será el grado de poder de monopolio de la industria. Ver: Viscusi et al (1998) "Economics of Regulation and Antitrust", MIT Press. Fourth Edition, Pag. 215

Handwritten signature

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

▪ Líder y CR2

Los indicadores de concentración LIDER y CR2 representan la cuota del líder y de las dos primeras empresas en el mercado, respectivamente.

Para el caso bajo análisis, estos indicadores revelan un mercado no concentrado por cuanto la empresa líder (BAYER CROPS SCIENCE S.A.) tiene el 16.2% del mercado de plaguicidas químicos de uso agrícola. El indicador CR2 muestra que las empresas BAYER CROPS SCIENCE y DOW AGROSCIENCES DE COLOMBIA S.A. representan el 30.6% del mercado, lo cual revela la posibilidad de otras alternativas de suministro de plaguicidas químicos de uso agrícola.

3. Vistas las cláusulas estipuladas en los numerales 5.13 y 5.14 de los acuerdos de compra de acciones celebrados entre NUFARM COLOMBIA S.A. y AGROGEN y FADA S.A., respectivamente, se tiene que la restricción impuesta a los vendedores va dirigida a abstenerse de adquirir o tener acciones en negocios que constituyan competencia directa de la Compañía en productos respecto de los cuales a la fecha del contrato posea registros, la cual no se revela ajena al negocio principal por cuanto como se dijo en abstracto, el negocio comprende la venta de acciones de las mencionadas empresas y la transferencia de conocimiento.

De esta manera, en el caso en concreto, el hecho de que las partes de un contrato en ejercicio de su autonomía de la voluntad hubieran pactado una cláusula de no competencia, afectando el interés particular de uno de los contratantes, dicha situación no conduce *per-se* una infracción a las normas de prácticas comerciales restrictivas y protección de la competencia.

Las eventuales condiciones de contratación "impuestas" por una de las partes aprovechándose de su posición dominante en el contrato, no son de conocimiento de esta Superintendencia. Las funciones de esta Entidad se limitan a sancionar y prevenir acuerdos, actos y abusos de posición dominante en el mercado.

En atención a lo expuesto, esta Delegatura concluye que no existe mérito para iniciar una investigación formal por la infracción a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas de la competencia, por los hechos descritos en la queja en cuestión.

En mérito de lo expuesto,

¹⁸ Una vez calculado el valor del índice, se pueden definir tres categorías dependiendo de la concentración. Un mercado no será concentrado cuando el HHI es menor que 1000; será moderadamente concentrado, cuando el indicador se encuentre entre 1000 y 1800; y se habla de una industria altamente concentrada, cuando el HHI supere este último valor. Por lo tanto, a partir de 1800 puntos, el mercado afectado puede considerarse como significativamente concentrado; algunos académicos han sugerido que a esta conclusión sólo debería llegarse a partir de niveles de 2500 puntos. *Ibidem*.

"Por la cual se ordena el archivo de una averiguación preliminar"

Radicación No. 08-001302

RESUELVE:


ARTÍCULO PRIMERO: Reconocer personería al doctor JOSE MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE, como apoderado de los señores Jaime Simón Mora Lema y Jaime José Mora Lozano, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ARTÍCULO SEGUNDO: Ordenar el archivo del expediente radicado bajo el número 08-001302 por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto.

ARTÍCULO TERCERO: Notificar personalmente el contenido del presente acto administrativo al doctor JOSE MANUEL ÁLVAREZ ZÁRATE en su calidad de apoderado de los señores Jaime Simón Mora Lema y Jaime José Mora Lozano, entregándole copia del mismo e informándole que en su contra procede el recurso de reposición ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, el cual puede interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE 31 AGO 2010

El Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia,


JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA

NOTIFICAR:

Doctor
JOSÉ MANUEL ALVAREZ ZÁRATE
C.C. 79.283.512 de Bogotá
T.P. 53.112 del C.S.J
Apoderado
JAIME SIMÓN MORA LEMA y JAIME JOSÉ MORA LOZANO
Calle 82 No. 11-37 Oficina 501
Bogotá