

**CLAVES EN LAS CLÁUSULAS DE “NO COMPETENCIA”**

El régimen de control de concentraciones en el Perú

La suscripción de cláusulas de no competencia es una práctica usual en transacciones corporativas, en particular en los casos de adquisiciones de empresas.

Estos acuerdos son complementarios al contrato principal de la operación y se caracterizan por establecer limitaciones al agente vendedor para competir contra la entidad de la cual se está desprendiendo, a fin de preservar el valor de la transacción y sus efectos.

Este tipo de acuerdos resultan relevantes en adquisiciones que implican no solo la transferencia de activos materiales, sino también de activos intangibles como el goodwill (valor intangible del negocio) y el know-how (conocimiento técnico) de una empresa, los cuales no cuentan con normativa que proteja a su titular. Al respecto, si bien estos activos son formalmente transferidos al agente adquirente, por su naturaleza seguirán vinculados y en la esfera de conocimiento del agente vendedor.

Sin embargo, aunque las cláusulas de no competencia pueden ser necesarias comercialmente para garantizar los efectos de una transacción, estas también tienen la potencialidad de afectar la libre competencia en el mercado. Por tanto, es



**MAGALY
VARELA**

ASOCIADO SÉNIOR
DEL ESTUDIO
REBAZA, ALCÁZAR
& DE LAS CASAS.

esperable que las agencias de competencia de jurisdicciones que cuentan con un régimen de control de concentraciones evalúen estos acuerdos de manera anterior a su ejecución, a fin de identificar si son compatibles con la libre competencia.

En el país, desde junio del 2021 se encuentra vigente la Ley N° 31112, que establece el régimen de control de concentraciones, lo cual implica que determinadas transacciones deban ser revisadas y autorizadas de manera previa a su ejecución por la agencia de competencia nacional, esto es, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (“Comisión”).

Al respecto, la Ley N° 31112, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 039-2021-PCM y los formularios de notificación establecen que los agentes económicos que solicitan la autorización de una operación deben acompañar su petición de una serie de documentos, entre estos, una copia del contrato de la operación identificando las cláusulas de no competencia que pudieran haberse suscrito. De esta manera, se ha previsto que

la Comisión evalúe, entre otros aspectos técnicos, los efectos que pudieran tener estos acuerdos en el mercado.

En la práctica, la Comisión ha establecido criterios a nivel jurisprudencial para evaluar las cláusulas de no competencia. En la Resolución 076-2022/CLC-Indecopi, la Comisión determinó que estos acuerdos se podrán considerar conformes a la libre competencia, siempre que sean complementarios al contrato principal de una operación y tengan como única finalidad la ejecución de esta transacción. Asimismo, estos podrán estar justificados cuando la adquisición de una empresa incluya transferencia del goodwill o know-how.

Con base en tales premisas y tomando como referencia a jurisdicciones con regímenes de control de concentraciones más maduros, la Comisión identificó cuatro aspectos que debían ser considerados para evaluar cláusulas de no competencia:

(I) Aspecto subjetivo: los sujetos obligados deberán ser únicamente aquellos vinculados a la operación. Esto es, por ejemplo, en el caso de una adquisición

de empresa, solo el agente vendedor y las empresas de su grupo económico.

(II) Aspecto material: no debe extenderse más allá de las actividades estrictamente necesarias para garantizar los efectos de la operación. Ello implica restringir el alcance solo a los productos y servicios comercializados por el agente adquirido.

(III) Aspecto espacial: no debe exceder la zona geográfica en la que los efectos de la operación se producen. Es decir, se deberá restringir solo a la zona en la que operaba el agente adquirido de forma previa a la transacción.

(IV) Aspecto temporal: no debe extenderse más allá del tiempo estrictamente necesario para garantizar los fines de la operación y sus efectos. En particular, la Comisión consideró que una cláusula de no competencia por un período de vigencia de hasta tres años resultaría razonable y no levantaría preocupaciones en la autoridad.

Sobre este punto, precisó que en determinadas jurisdicciones se han aceptado ciertas excepciones a esta regla, permitiendo cláusulas de una duración mayor; sin embargo, estas excepciones serán analizadas restrictivamente y de manera casuística considerando las características específicas de la operación y de los mercados involucrados.

Es destacable que la Comisión, siguiendo las mejores prácticas internacionales, haya establecido criterios que concilien la defensa de la libre competencia con la necesidad comercial de suscribir estos acuerdos para proteger el valor de las transacciones.

De los 27 procedimientos de control de concentraciones resueltos a la fecha, la Comisión solo se ha pronunciado respecto a los criterios de análisis de cláusulas de no competencia en una resolución. Si bien estos criterios se desarrollaron en el marco de la evaluación de una operación en particular, ha sido intención de la autoridad establecer en esta resolución las reglas preliminares que tomará en cuenta para evaluar este tipo de acuerdos complementarios a los contratos de las operaciones que pasen por control previo.

Por otro lado, si bien la Comisión ha sido consecuente en su jurisprudencia, es recomendable que, siguiendo las buenas prácticas que la han caracterizado en la última década, recoja esta metodología de análisis en instrumentos de soft law tales como guías o lineamientos, que permitan dar aún mayor predictibilidad a los administrados.

Finalmente, es esencial que los agentes económicos que estén negociando una operación consideren los criterios levantados por la Comisión, a fin de suscribir acuerdos acordes a la defensa de la libre competencia y que agilicen el procedimiento de análisis de la autoridad sobre este aspecto.