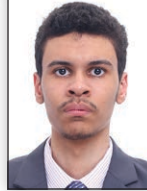




Alison Alarcón

Estudiante de término de Derecho de la Universidad Iberoamericana.



Antonyl Novo

Estudiante de término de Derecho de la Universidad Iberoamericana.

PROPUESTA DE REGULACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO DOMINICANO¹

RESUMEN

Se estudia la falta de regulación de las cláusulas de no competencia en la República Dominicana a pesar de su preponderancia en el sector mercantil y laboral.

PALABRAS CLAVES

Cláusula de no competencia, principio de proporcionalidad, regla de la razón, derecho comparado, contraprestación razonable, derecho de la competencia, República Dominicana.

Siendo el crecimiento económico una realidad tan avasallante, una armonización normativa es la única garantía que permitiría contrarrestar las potenciales arbitrariedades del sector empresarial, entre actores del mercado y con sus trabajadores. En esta ocasión nos proponemos abordar uno de los pasivos legislativos más palpables de la cotidianidad comercial: las cláusulas de no competencia.

Se trata de una discusión de larga data que ha sido abordada por numerosos doctrinarios, instituciones y pretores por involucrar conflictos de intereses económicos, razón esta última por la que entes reguladores de comercio de distintas potencias han igualmente adoptado un rol activo en su normativización².

De igual modo, no podemos dejar de lado la numerosa retahíla de implicaciones éticas que conlleva la regulación de este tenor por tratarse de una vulneración, así sea parcial o justificada, del derecho a trabajar del empleado, en contraste con los intereses de la empresa que deben ser igualmente contemplados en la ecuación. Hay quienes, además, plantean como una tangente ética la obligación de lealtad del empleado y la prohi-

bición de competencia desleal como parte inescindible del contrato de trabajo, ergo, como contraprestaciones accesorias al puesto³.

Así las cosas, contar con un cuerpo regulatorio no solamente permitiría asegurar respuestas normativas a los desafíos derivados del incesable dinamismo económico, sino que también se trata de una deuda legislativa derivada de los mismos principios sobre los que se ha cimentado nuestra actual ley de competencia⁴.

Es en estas atenciones que el trabajo que nos ocupa tiene por propósito proponer un marco normativo referencial que sirva de aliciente académico a nuestras autoridades, con miras a la concepción de un marco jurídico fehaciente, transparente y seguro para todos los agentes económicos.

Para satisfacer este propósito, estaremos llevando a cabo una investigación con matices cualitativos y comparativos, en la que se abordarán ópticas transversales doctrinales, jurisprudenciales y legislativas que permitan al lector forjarse un panorama integral de la situación y sus distintas vertientes.

1 Ensayo ganador del Segundo Lugar del concurso "Escribiendo por la Competencia" organizado por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro Competencia).

2 Véase como ejemplo la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos, Comisión Federal de Competencia de México, y la Comisión Europea, mediante distintas comunicaciones, dictámenes e incluso propuestas normativas que serán expuestas más adelante.

3 SIERRA HERRERO, Alfredo. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis* 20, no. 2 (2014), pp. 109-155, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200004>.

4 Véase Ley 42-08, sobre la Defensa de la Competencia, artículo 2.



CONCEPTUALIZACIÓN

Nuestra Suprema Corte de Justicia ha optado por definir las cláusulas de no competencia como “acuerdos mediante los cuales una parte se compromete a no hacer determinadas acciones, particularmente no competir, obligación que generalmente está limitada a un determinado tiempo y a ciertos territorios e implica además una contraprestación económica”⁵. Por su parte, la Corte Suprema Chilena, desde un enfoque laboralista, las conceptúa como disposiciones contractuales por medio de las cuales se cercena la libertad de ejercicio de determinadas actividades al empleado mientras persista la relación laboral con el empleador o una vez culminada dicha relación⁶. De igual modo, la Real Academia Española abstrae el concepto como el acuerdo a través del cual un trabajador se compromete frente a un empresario a no hacer competencia a la empresa, por un tiempo variable según la clase de trabajador⁷.

Podemos entonces concluir en que nos encontramos frente a preceptos convencionales por medio de los cuales se regulan aspectos propios de la competencia en salvaguarda de intereses particulares. Nuestros tribunales superiores han encasillado estas cláusulas como obligaciones de no hacer⁸, al amparo del artículo 1145 del Código Civil, cuyo objeto es la abstención de emprender una determinada acción, so pena de daños y perjuicios.

PANORAMA ACTUAL

Los pasivos regulatorios que nos competen en el presente escrito pueden implicar laceraciones graves a la economía de un país, como se manifiesta en estadísticas auspiciadas por la Comisión Federal de Comercio de los Estados Unidos (FTC), al señalar que el uso de tales cláusulas redujo el ingreso de los trabajadores de dicha nación entre 250 y 296 mil millones de dólares⁹. Frente a este aciago panorama, tal institución dio inicio este año a un proceso de consulta pública que tendría por obje-

5 SCJ, 1.ª Sala, 16 de diciembre de 2022, núm. SCJ-PS-22-3540, B. J. 1345.

6 Corte Suprema Chilena, 27 de enero de 2011, Rol N° 5152-2009.

7 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. “Pacto de no competencia”, consultado el 10 de septiembre de 2023, <https://dpej.rae.es/lema/pacto-de-no-competencia>.

8 SCJ, 1.ª Sala, 16 de diciembre de 2022, núm. SCJ-PS-22-3540, B. J. 1345.

9 Federal Trade Commission, “Non-Compete Clause Rulemaking”, consultado el 10 de septiembre de 2023, <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notices/non-competite-clause-rulemaking>.

to vedar a las empresas a nivel federal de imponer cláusulas de no competencia a sus empleados¹⁰. Uno de cada cinco trabajadores en los Estados Unidos se encuentra impedido por una de estas cláusulas, lo que afecta la libre y leal competencia, cercenando igualmente los ingresos tanto de los trabajadores sujetos a dichas cláusulas como de aquellos sujetos a cláusulas inaplicables conforme a la ley estatal. Así, esta regulación normativa se muestra como un método preventivo frente a las amenazas de anquilosamiento de innovación y el dinamismo empresarial desde múltiples vertientes¹¹.

La entrada en vigencia del proyecto de la FTC implicaría una inhabilitación tripartita de (i) pactar o intentar pactar una cláusula de no competencia con un trabajador; (ii) mantener una cláusula de esta naturaleza vigente —lo que a su vez supondría un ejercicio retroactivo de la ley—; y (iii) bajo ciertas circunstancias, afirmar a un trabajador que este está sujeto a una cláusula de no competencia¹². Se contempla la excepción en materia mercantil de la venta de un mínimo de 25 % de acciones de una empresa, pues se trata de una relación en la que las partes se encuentran en condiciones menos desequilibradas.

Algunos estados americanos, como California¹³ y Oklahoma¹⁴, han venido limitando el uso de estas cláusulas al haber deducido su directa correlación con el anquilosamiento innovativo, así como se han presentado otras iniciativas bipartidarias similares a la comentada de la FTC¹⁵.

En la República Dominicana, a pesar de su deducible importancia, contamos con un ordenamiento que brinda precarias respuestas a las demandas aludidas, pues las únicas reglas de este nicho legal se limitan a contemplar la interdicción por un año a (i) los miembros del Consejo Directivo y el director ejecutivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de prestar servicios a las empresas que hayan investigado o sus asociados o subsidiarias¹⁶; (ii) los miembros de la Junta Monetaria de realizar actividades de dirección, asesoría o representación legal en entidades cuyo ejercicio sea incompatible con el cargo¹⁷; y (iii) los miembros del Consejo Directivo de Indotel de recibir remuneración por parte de cualquier empresa dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones¹⁸.

Se hace menester conservar la autonomía de la voluntad de las partes como espíritu nuclear de todas las convenciones, partiendo de un marco uniforme, justo y equilibrado y que, sobre

todo, permita mantener el espíritu de la libre competencia, especialmente en el marco del contrato de trabajo, pues es consabido que nos encontramos frente a contratos de adhesión, en que el trabajador se limita a dar aquiescencia de las cláusulas existentes¹⁹.

Es precisamente sobre la base de este razonamiento que las cláusulas objeto de estudio no deben escapar al tamiz fiscalizador legislativo, pues, aunque las cláusulas abusivas se encuentran típicamente previstas en contratos de consumo²⁰, nada impide que estas disposiciones se vean incardinadas en contratos mercantiles en los que subsiste un desequilibrio económico²¹, pudiendo aplicarse *mutatis mutandis* también a las dinámicas económicas laborales, y el legislador tendrá la ardua labor auscultadora de posibles atropellos hacia la parte más vulnerable.

Entendiendo entonces la importancia de este ejercicio tuitivo, surgen vertientes susceptibles de regulación, como la fijación de un plazo razonable, el alcance geográfico que investiría el impedimento, el tipo de personal al que irían dirigidas estas cláusulas, la posibilidad de divulgación de información técnica sensible, la indemnización como contrapartida frente a la imposibilidad de trabajar o ejercer el negocio, la protección de derechos intangibles de la razón social y, por supuesto, las sanciones de las que serían pasibles los infractores. Todo lo antedicho bajo la esfera de los criterios de proporcionalidad pertinentes.

PRINCIPIOS RECTORES: PROPORCIONALIDAD Y REGLA DE LA RAZÓN

De la mano con la justificación previamente esbozada respecto a su razón de ser, al momento de regular las cláusulas de no competencia, el legislador debe ponderar derechos como, por un lado, la autonomía de la voluntad de las partes y la libertad de empresa, y, por otro lado, los derechos del trabajador y del consumidor, y los efectos de las restricciones al mercado y libre competencia. Frente a esta necesidad, emergen dos criterios que servirán de brújula regulatoria: el principio de proporcionalidad y la regla de la razón.

Conforme al principio de razonabilidad, la ley únicamente puede ordenar lo justo y útil²², quedando sometidas las normas jurídicas limitativas de la libertad ciudadana a un orden racional como fundamento axiológico de su validez²³. En tal sentido, nuestro Tribunal Constitucional aplica el test de razonabili-

10 Ídem.

11 Federal Trade Commission, "Fact Sheet: FTC Proposes Rule to Ban Noncompete Clauses, Which Hurt Workers and Harm Competition", consultado el 10 de septiembre de 2023, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/noncompete_nprm_fact_sheet.pdf.

12 Non-Compete Clause Rule (NPRM), 88 Fed. Reg. 3482 (Jan. 19, 2023), a ser incluido en 16 C.F.R. pt. 910.

13 CA Bus & Prof Code § 16600 (2022).

14 15 OK Stat § 15-219A (2014).

15 Ver Workforce Mobility Act of 2023, H.R.731, 118th Congress. (2023).

16 Ley 42-08, artículo 24.

17 Ley 183-02, Monetaria y Financiera, artículo 12.

18 Ley 153-98, General de Telecomunicaciones, artículo 90.2.

19 GOMES, Orlando y GOTTSCHALK, Elson. *Curso elemental de direito do trabalho*. Río de Janeiro: Forense, 1963.

20 SCJ, 1.ª Sala, 28 de junio de 2017, núm. 28, B. J. 1279.

21 SCJ, 1.ª Sala, 14 de diciembre de 2016, núm. 58, B. J. 1273.

22 Constitución de la República Dominicana, artículo 40.15.

23 TC/0150/17, p. 51 numeral 11.k.



dad, desarrollado en tres pasos: (i) análisis del fin buscado por la medida, (ii) análisis del medio empleado y (iii) análisis de la relación entre el medio y el fin²⁴.

Tomando como referencia el contrato de trabajo por su naturaleza de contrato de adhesión, la cláusula de no competencia no puede suponer una carga excesiva e injustificada al trabajador mediante una prohibición absoluta y general²⁵. Tal consideración guarda especial importancia en el ordenamiento dominicano, en que queda consagrado constitucional²⁶ y legalmente²⁷ que “nadie puede impedir el trabajo de los demás, ni obligarlos a trabajar contra su voluntad”. Por igual, la doctrina pro operario apunta a la nulidad del compromiso de exclusividad del trabajador, incluso si este se viera acompañado de un aumento de retribución como medio de compensación frente a las posibles ganancias a que se renuncia²⁸.

La doctrina en regulación de la competencia establece la denominada regla de la razón, que en derecho de la Unión Europea encuentra su equivalente en los acuerdos con efectos anticompetitivos, también conocidos como prohibiciones rela-

tivas²⁹. Cónsono con el principio de proporcionalidad, las conductas, aunque en principio se encuentren prohibidas, son beneficiosas para el consumidor o el mercado, y, en consecuencia, resultan legales atendiendo a una máxima de eficiencia³⁰; es decir, tras comprobar que no existe una interferencia significativa o impacto notorio en la competencia, analizando los antecedentes de la restricción, los hechos particulares del negocio y las razones por las que existe la prohibición³¹.

Sobre la base de estos principios, si bien el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea contempla la prohibición de las prácticas anticompetitivas entre los Estados miembros, su artículo 101.3 excluye de la prohibición aquellos acuerdos cuyos efectos positivos superen los negativos³², con el requisito de que el contrato en cuestión no imponga a las empresas interesadas restricciones más allá de las indispensables ni ofrezca la posibilidad de eliminar la competencia de una parte sustancial de los productos en cuestión³³.

Por igual, la Ley Sherman de Estados Unidos, relativa a monopolio, concentraciones empresariales, carteles y demás

24 TC/0044/12, p. 8 numeral 9.2.2. Reiterado en TC/0385/16 y TC/0235/17.

25 DE MELLO JOÃO, Regiane. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, pp. 42-43.

26 Constitución de la República Dominicana, artículo 62.2.

27 Principio II de la Ley 16-92, Código de Trabajo de la República Dominicana.

28 ALBURQUERQUE, Rafael. *Derecho del Trabajo: Introducción – Los sujetos del derecho del trabajo*. 3.ª ed. Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2018, p. 378.

29 LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*, 3.ª ed. Madrid: Thomson Reuters, 2020, p. 1239.

30 PÁEZ FUENTES, Rafael Leonardo. *Cláusulas de no competencia, validez en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012. [En línea] <http://dx.doi.org/10.15332/tg.mae.2012.00149>.

31 FLINT BLANCK, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002, p. 616.

32 Laguna de Paz, ob. cit., p. 1243.

33 Unión Europea. Artículo 103 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea.

prácticas restrictivas³⁴, solo es aplicable, según la Corte Suprema, cuando el contrato implica una limitación indebida e irrazonable a la competencia, pues un abordaje más laxo transgrediría la esfera de libertad contractual³⁵.

En tales atenciones surge la doctrina de las restricciones accesorias, la cual establece que una cláusula inhibitoria de la competencia es legal siempre y cuando resulte necesaria para la consecución del resultado del contrato, que es en sí mismo legal³⁶, por lo que, cuando la esencia del contrato no busque restringir la competencia, no se prohibirán las restricciones accesorias directamente relacionadas con la realización de la operación³⁷.

La aplicación de la doctrina de las restricciones accesorias está condicionada a que la operación principal no puede ser limitativa de la competencia, y las restricciones deben ser objetivamente necesarias y proporcionadas a la operación principal, de forma que, sin ellas, el contrato resultaría de difícil o imposible realización³⁸. La Corte de Casación francesa homologa el criterio de que la apreciación del carácter suficientemente lesivo del acuerdo exige prestar atención al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al contexto económico y jurídico en el que se inscribe, incluida la naturaleza de los bienes y servicios afectados y las condiciones reales de funcionamiento y la estructura del mercado de que se trate³⁹.

Tras haber explorado estos criterios para la procedencia de las cláusulas de no competencia, cabe definir mediante qué mecanismos concretos resultarían proporcionales estos pactos para la contraparte en el contrato y para los consumidores del mercado en cuestión.

El pacto de no competencia será válido si se encuentra justificado y está supeditado a una serie de limitaciones que eviten la lesión del núcleo del derecho en cuestión⁴⁰. Así lo ha indicado el Tribunal General de la Unión Europea, que invoca un examen de proporcionalidad en la restricción consistente en comprobar si la duración y ámbito de aplicación material y geográfico no exceden lo necesario para la realización de la operación⁴¹. Lo antedicho resulta cónsono con el principio dominicano de armonización concreta de los derechos en conflicto, de modo que no se afecte el contenido esencial de los derechos involucrados como tampoco, más de lo necesario, su máxima efectividad⁴².

Análogamente, las cortes de Estados Unidos han mantenido el criterio de que las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo solo son proporcionales en cuanto la restricción no sea mayor de lo requerido para la protección de los intereses legítimos del empresario, no imponga dificultades excesivas al empleado y no sea perjudicial para el público⁴³.

La Corte de Casación francesa, por su parte, ha indicado que una cláusula de no competencia solo es lícita si resulta indispensable para la protección de los intereses legítimos de la empresa, se encuentra limitada en el tiempo y en el espacio, pondera la especificidad del puesto de trabajo del trabajador, y obliga al empresario a pagar al trabajador una contrapartida económica; estas condiciones son acumulativas⁴⁴.

En consecuencia, podemos concluir que para salvaguardar los derechos de ambas partes el pacto de no competencia deberá verse sujeto a tres condiciones esenciales: (i) interés legítimo de la cláusula, (ii) la delimitación espacio-tiempo y de actividades específicas, y (iii) la contraprestación razonable para la parte sujeta a restricción de sus derechos⁴⁵.

CONDICIONES ESENCIALES DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA

1. Interés legítimo

Determinar el interés legítimo consiste en analizar si la cláusula de no competencia es necesaria para la realización de la operación principal, guardando este carácter si la operación principal es difícil o imposible sin tal restricción⁴⁶. En los tres ejemplos más palmarios existe una razón que justifica la obligación: el interés del comprador de adquirir el valor total del negocio; el interés del empleador de que el trabajador no aproveche indebidamente la información, conocimientos y relaciones que se le confiaron en la empresa; y el interés de los socios restantes⁴⁷.

En materia comercial, la cláusula de no competencia se justifica frente al hipotético de que el comprador adquiera el valor total de una empresa respecto al fondo de comercio y conocimientos técnicos no registrados como propiedad industrial⁴⁸; no puede considerarse necesaria cuando el traspaso se limita a activos materiales o derechos exclusivos de propiedad industrial o comercial, sino solo cuando sea demostrado que es impres-

34 MATEO VÁSQUEZ, Víctor Eddy. *Reflexiones sobre propiedad intelectual, competencia y consumo*. Santo Domingo: Ediciones Océano Azul, 2022, p. 67.

35 *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

36 MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. "Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en Estados Unidos de América", *Revista Auctoritas Prudentium*, no. 3 (2009), pp. 14-15. [En línea] <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/annotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>.

37 ZURIMENDI ISLA, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 124.

38 Asunto T-112/19, *Métropole télévision (M6) y otros v. Comisión*, EU:T:2001:215, marg. 106.

39 Cour de Cassation, *Chambre commerciale financière et économique*, du 28 juin 2023, 21-26.015.

40 DE VAL TENA, Ángel Luis. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Madrid: Tecnos, 1996, p. 10.

41 Asunto T-111/08, *MasterCard v. Comisión*, EU:T:2012:260, marg. 81.

42 TC/0109/13, p. 12 numeral 10.h.

43 *BDO Seidman v. Hirshberg*, 93 N.Y.2d 382, 388-389 (1999).

44 Cour de Cassation, *Chambre sociale*, du 10 juillet 2002, 00-45387, Publié au bulletin.

45 SIERRA HERRERO, *loc. cit.*

46 Asunto T-112/19, *Métropole télévision (M6) y otros v. Comisión*, EU:T:2001:215, marg. 106.

47 FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*, 2.ª ed. EE. UU.: Little Brown & Co., 1990, p. 356.

48 Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03). Diario Oficial de la Unión Europea.



cindible para la preservación del valor de la empresa transferida⁴⁹. Igualmente, se considera necesaria cuando el vendedor y el comprador continúen en situación de competencia después de la transmisión de la empresa⁵⁰.

Por otro lado, estas cláusulas únicamente deben operar frente a trabajadores que hayan mantenido contacto estrecho con los intereses competitivos del empresario y cuya incorporación a otra empresa haga peligrar los intereses de este⁵¹. Resulta irrazonable la estipulación indiscriminada de estas cláusulas a gran parte del personal⁵². A mayor control del trabajador sobre los negocios del empresario, mayor riesgo y, por tanto, interés empresarial en la cláusula⁵³.

Así las cosas, en Francia se ha afianzado que la cláusula de no competencia tiene por objeto la prevención del potencial daño económico que pueda ocasionar la actividad concurrente de un antiguo trabajador⁵⁴, debiendo el empleado tener la posibilidad de crear o captar una clientela o de divulgar secretos de empresa⁵⁵, por lo que, por ejemplo, la cláusula de no competencia de

un limpiacristales no es esencial para la protección de los intereses legítimos de la empresa⁵⁶ por no tratarse de un empleado con manejo de información confidencial o con relaciones muy cercanas con los clientes que podrían suponer la posibilidad de desviarlos frente a un cambio de trabajo⁵⁷.

En Estados Unidos se ha entendido el interés legítimo del empleador como el impedimento de la revelación o uso de secretos comerciales y la divulgación de información privada sobre clientes⁵⁸, o cuando la habilidad del empleado se considera especial o única⁵⁹. Esto ocurre, por ejemplo, si el empleado tiene un tiempo extendido en la empresa y labora en un área con pocos clientes potenciales⁶⁰.

2. Límites concretos

El alcance de la cláusula de no competencia debe ser evaluado conforme a las personas obligadas, las actividades limitadas y el ámbito espacial y temporal⁶¹. Esta devendría en nula si la extensión de la prohibición fuere desproporcionada en contraste con

49 76/743/EEC: Commission Decision of 26 July 1976 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/28.996 - Reuter/BASF).

50 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de julio de 1985. Remia B.V. y otros v. Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Cláusula de no competencia en las cesiones de empresas. Asunto 42/84.

51 PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. *El pacto de concurrencia postcontractual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, p. 40.

52 SIERRA HERRERO, loc. cit.

53 NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *Pacto laboral de no competencia*. Madrid: McGraw-Hill, 1998, p. 89.

54 GAVALDA, Natacha. "Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail". *Droit Social*, no. 6 (1999), p. 585.

55 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 14 février 1995, 93-43.898, inédit.

56 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 14 mai 1992, 89-45.300, Publié au bulletin.

57 ANTONMATTEI, Paul Henri. *Les clauses du contrat de travail*. Paris: Editions Liaisons, 2009, pp. 100-101.

58 Restatement Third of Employment § 8.07 (2010): Protectable Interests for Restrictive Covenants.

59 Purchasing Assoc. v. Weitz, 13 N.Y.2d 267 (1963).

60 Titor Title Insurance Co. v. Cohen, 173 F.3d 63 (2d Cir. 1999).

61 Comisión Federal de Competencia (CFC), *Informe Anual de Competencia Económica 1993-1994* (México: 1996), 20, <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/08/informe9394completo.pdf#pdf>.

la finalidad de evitar la competencia desleal⁶², la desventaja que cause al deudor y el posible impacto al interés público⁶³.

En cuanto a su objeto, la cláusula debe limitarse a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa traspasada⁶⁴, referidos a productos y servicios brindados al término de la operación⁶⁵, aunque es posible abarcar los productos y servicios que al momento de la transacción se encuentran en fase avanzada de desarrollo, o productos ya desarrollados, pero que aún prevalecen fuera del comercio⁶⁶. Igualmente, solo puede abarcar actividades laborales de la misma naturaleza o rama de producción de las ejecutadas en virtud del contrato de trabajo, siempre y cuando se cause un perjuicio real o potencial⁶⁷. La cláusula únicamente puede prohibir actividades concurrentes con aquellas efectuadas por la empresa⁶⁸, es decir, en el mismo mercado y sobre el mismo círculo potencial de clientes⁶⁹. Ello incluye, por ejemplo, la constitución de sociedades competitivas, incluso antes de su puesta en marcha⁷⁰.

Una cláusula de competencia de duración ilimitada carecería de justa causa, pues tras cierto tiempo no existiría peligro para el empresario⁷¹. Para determinar el plazo se han ponderado varios criterios, como el tiempo requerido por el comprador para conservar la clientela o para que los consumidores acepten nuevos productos, o el que necesitaría el vendedor en caso de querer volver al mercado y recuperar sus clientes, así como la duración de acuerdos conexos⁷². Igualmente, se ha sostenido que cuatro años es suficiente cuando la venta incluye conocimientos técnicos y dos años cuando solo se traspasa el fondo de comercio⁷³. Áreas específicas, como la informática, no requieren un plazo muy extenso de abstención, pues el desarrollo de nuevos productos es inminente⁷⁴. En materia laboral los plazos no son uniformes: en España se estima un máximo de dos años para los téc-

nicos y seis meses para los demás trabajadores⁷⁵, mientras que en Italia pueden ser cinco años para los ejecutivos y tres para los demás trabajadores⁷⁶. Incluso, en los Estados Unidos existen casos en que no es necesaria una duración específica⁷⁷.

El alcance territorial de prohibición puede ser un terreno nacional o internacional, o una simple región o departamento⁷⁸. Una cláusula de ámbito geográfico ilimitado, que impida al trabajador ejercer su vocación, es nula⁷⁹; solo es pasible de restricción aquel lugar donde realmente pueda generarse competencia⁸⁰. No se protegerán aquellos mercados en los que la empresa traspasada no hubiera operado antes del traspaso⁸¹, salvo que se demuestre que el vendedor planeaba entrar al territorio y había realizado inversiones al efecto⁸². La prohibición puede aplicarse a un territorio extendido si la actividad abarca dicho territorio y la limitación temporal es razonable, como en el monitoreo de centros de aerolíneas⁸³. Es posible que la limitación resulte inaplicable en ciertos casos, por ejemplo, debido a una relocalización del acreedor⁸⁴.

No huelga acotar que ciertos sectores consideran que una estipulación implícita o tácita al contrato de trabajo es causa de inseguridad⁸⁵, por lo que abogan por cláusulas escritas. Ello ocurre en Italia⁸⁶ y Alemania⁸⁷, y se menciona en la ley española respecto a los trabajadores que han recibido especialización profesional con cargo al empleador⁸⁸.

3. Contraprestación

La cláusula de no competencia, como parte de un contrato sinagmático, genera expectativas para ambas partes⁸⁹. Es esta la razón por la que la jurisprudencia ha establecido que, en virtud del principio de proporcionalidad, la contraprestación debe fijarse en atención a la singularidad de cada caso, pudiendo los

62 GARRIGUÉS, Joaquín. *Dictámenes de derecho mercantil*, tomo I. Madrid: 1976, pp. 195-198.

63 GODDARD, Jorge Adame. "¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 1, núm. 102 (2001), p. 722.

64 Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1997 (IV/M.884 KNP BT/Bunzl/Wilhelm Seiler).

65 Decisión de la Comisión de 4 de agosto de 2000 (COMP/M.1979 CDC/Banco Urquijo/JV).

66 Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03). Diario Oficial de la Unión Europea.

67 STS, Sala de lo Social, 6 de abril de 2022, núm. 1446/2022.

68 BOSCATI, Alessandro. *Patto di non concorrenza. Art. 2125*. Turín: Giuffrè Editore, 2010, p. 211.

69 PEDRAJAS MORENO y SALA FRANCO, ob. cit., p. 41.

70 STS, Sala de lo Social, 21 de diciembre de 2021, núm. 4922/2021.

71 MORENO DE TORO, Carmen. "El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 68 (1994), p. 900.

72 Goddard, ob. cit., p. 725.

73 Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de julio de 1985. Remia B.V. y otros v. Comisión de las Comunidades Europeas. Competencia - Cláusula de no competencia en las cesiones de empresas. Asunto 42/84.

74 PINTO MARTINS, Sergio. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 141.

75 España. Artículo 21.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

76 Italia. Artículo 2125 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dalla Legge n. 41/2023.

77 Ashland Mgt. Inc. v. Altair, 59 A.D.3d 97, 2008.

78 ANTONMATTEI, ob. cit., 102.

79 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 11 mai 1994, 90-40.312, Inédit.

80 SIERRA HERRERO, loc. cit.

81 Decisión de la Comisión de 6 de abril de 2001 (COMP/M.2355 Dow/Enichem Polyurethane).

82 Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03).

83 Innovative Networks v. Satellite Airlines, 871 F. Supp. 709 (S.D.N.Y. 1995).

84 Last v. New York Institute of Technology, 219 A.D.2d 620, 1995.

85 SIERRA HERRERO, loc. cit.

86 Italia. Artículo 2125 del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 262 aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dalla Legge n. 41/2023.

87 Alemania. § 74 - Handelsgesetzbuch (HGB).

88 España. Artículo 21.4 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre de 2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

89 STS, Sala de lo Social, 26 de octubre de 2016, núm. 5086/2016.

tribunales revisar *a posteriori* frente a posibles abusos⁹⁰, y será nula la cláusula que no contempla tal contrapartida⁹¹.

Por su parte, los tribunales franceses han discurrido que, al encontrarnos frente a una obligación que responde a un criterio de proporcionalidad⁹², la compensación monetaria que resulte de esta imposibilidad no debe ser irrisoria en contraste con la magnitud de la prohibición⁹³.

De este ejercicio de proporcionalidad se derivan responsabilidades ponderativas que discutir, razón por la que en sistemas como el español han optado por analizar variables en concreto, como la duración por la que se extendería el pacto conve-nido, la compensación económica que se abona al trabajador y el importe sancionatorio que conllevaría la inobservancia⁹⁴. La doctrina comparada, a su vez, valora la remuneración habitualmente percibida por el trabajador como base para los cálculos, las ganancias no percibidas, y la categoría de trabajador, pues, mientras más formado técnicamente el profesional, más cerce-nado se verá su campo de alternativas profesionales, por lo que mayor deberá ser su compensación⁹⁵.

Este componente casuístico a la hora de fijar una contrapres-tación razonable se ha visto paradigmáticamente cristalizado en el ordenamiento italiano, en el cual, por citar un ejemplo, en un pacto de no competencia cuya vigencia se prolongaría por un año, se estimó razonable la compensación de seis meses de remuneración⁹⁶. Sin embargo, bajo este mismo sistema se han estimado prudentes compensaciones de menor cuantía, equiva-lentes hasta a un 15% y 10% del salario del trabajador⁹⁷, todo en función de la naturaleza del empleado y su *know-how*.

Resulta atinado mencionar que, si bien es cierto que la remu-neración normalmente percibida por el empleado debe ser con-siderada, no menos es cierto que no deberá partirse del pre-supuesto de que el trabajador recibirá su salario íntegro, pues estas cláusulas no suponen una imposibilidad rigurosa del ejer-cicio para el profesional, sino que podrá desempeñar otras labo-res distanciadas al espíritu del contrato que dio lugar a la com-

pensación⁹⁸, aunque sí es posible que no esté en condiciones de ejercer una actividad distinta⁹⁹.

De igual modo, no huelga enfatizar en que la compensación, por su naturaleza eminentemente resarcitoria, no debe necesaria-mente ostentar un carácter pecuniario, sino que basta con que sea percible en alguna ventaja económica a modo de equilibrio¹⁰⁰.

INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA

Al tratarse de obligaciones de no hacer¹⁰¹, el incumplimiento de las cláusulas de no competencia acarrea las consecuencias jurídicas pro-pias de esta clase de obligaciones¹⁰²: un derecho de opción y pago de daños y perjuicios por el simple hecho de la contravención¹⁰³.

La parte afectada tiene derecho a demandar en ejecución o resolución del contrato¹⁰⁴, conjuntamente con los daños y perjui-cios correspondientes¹⁰⁵, cuya naturaleza es contractual si el pac-to es válido¹⁰⁶. Se admite que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor tiene derecho a cesar la indemnización¹⁰⁷, díga-se un ejercicio legítimo de la excepción *non adimpleti contractus*¹⁰⁸. Respecto a los daños y perjuicios, la compensación a la empresa debe ser proporcional al incumplimiento del trabajador¹⁰⁹, aun-que muchas veces es el mismo trabajador quien intenta hacer cumplir el pacto con miras a recibir la indemnización pactada¹¹⁰.

Cabe mencionar que, a falta de uno de los requisitos para la validez de la cláusula, esta se considerará nula¹¹¹ y los terceros afectados podrán reclamar daños y perjuicios —responsabilidad que correspondería al ámbito delictual¹¹²— o iniciar una acción que obligue a hacer o no hacer en beneficio de los afectados¹¹³.

CONCLUSIONES

A lo largo del presente escrito hemos podido analizar el compor-tamiento de las cláusulas de no competencia en sus distintas pre-sentaciones y enfoques, sin desvincularnos de nuestra realidad normativa, que constituye el aliciente principal de este análisis.

En lo que respecta a nuestra legislación, hasta la fecha conta-mos con apenas someras referencias palpables de estas cláusulas,

90 STS, Sala de lo Social, 9 de febrero de 2009, rcud 1264/2008.

91 Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 15 mars 2011, 10-13.824, Publié au bulletin.

92 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 10 juillet 2002, 00-45.135, Publié au bulletin.

93 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 16 mai 2012, 11-10.760, Publié au bulletin.

94 STS, Sala de lo Social, 18 de octubre de 2021, núm. 3815/2021.

95 Nogueira Guastavino, *Pacto laboral*, 153.

96 Boscati, *Patto di nonconcorrenza*, 189.

97 Boscati, *Patto di nonconcorrenza*, 189-190.

98 CHARRO BAENA, Pilar. "El pacto de no competencia postcontractual". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1 (1995), p. 161.

99 PINTO MARTINS, ob. cit., p. 142.

100 CHARRO BAENA, ob. cit., p. 186.

101 SCJ, 1.ª Sala, 16 de diciembre de 2022, núm. SCJ-PS-22-3540, B. J. 1345.

102 ETALA, Carlos. *Contrato de Trabajo*, tomo I, 6.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2010, p. 286.

103 Código Civil de la República Dominicana, artículos 1145 y 1184.

104 SCJ, 1.ª Sala, 26 de agosto de 2020, núm. 306, B. J. 1317.

105 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 25 février 2003, 00-46.263, Publié au bulletin.

106 Ver SCJ, 1.ª Sala, 26 de agosto de 2020, núm. 185, B. J. 1317.

107 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 15 décembre 2009, 08-43.461, Inédit.

108 SCJ, Salas Reunidas, 30 de septiembre de 2015, núm. 19, B. J. 1258.

109 STS, Sala de lo Social, 18 de febrero de 2016, núm. 893/2016.

110 SIERRA HERRERO, ob. cit.

111 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 18 septembre 2002, 99-46.136, Publié au bulletin.

112 SCJ, 1.ª Sala, 31 de julio de 2019, núm. 21, B. J. 1304.

113 GODDARD, ob. cit., p. 727.

contenidas en la Ley sobre la Defensa de la Competencia¹¹⁴, la Ley Monetaria y Financiera¹¹⁵ y la Ley General de Telecomunicaciones¹¹⁶, así como una única sentencia de la Suprema Corte de Justicia¹¹⁷ que en su contenido hace referencia a uno de los contados artículos doctrinales existentes sobre esta materia¹¹⁸.

Sin embargo, en lo que concierne a su regulación *stricto sensu* bajo nuestro ordenamiento, las cláusulas de no competencia aún permanecen bajo la endeble sombra del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, como principio atingente a todas las convenciones, sin particulares referencias que permitan un adecuado pacto de términos. Su imbricación en los contratos laborales y mercantiles constituyen una costumbre arraigada, sin que sea considerada anticompetitiva bajo el espectro de nuestra Ley 42-08, General sobre la Defensa de la Competencia, la cual, dicho sea de paso, cumplirá dieciséis años desde su promulgación.

Entendemos que este ejercicio regulador supone cuantiosos desafíos y vertientes que ponderar, las cuales hemos venido desarrollando a lo largo de este escrito por tratarse de un conflicto asaz pluridimensional, entre cuyos matices encontramos intereses laborales, éticos, económicos, comerciales, de razonabilidad, entre otros criterios ya esbozados.

A la postre, podemos afirmar que estamos frente a una realidad meritoria de regulación y cuyos reductos negativos se reflejan en impactos contrarios al espíritu de la Ley sobre la Defensa de la Competencia¹¹⁹. Afortunadamente, contamos con el precedente de una multitud de ordenamientos que han llenado este nicho legal; es tomarlos como referencia ante la importancia de estos pactos para la sana y leal competencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBURQUERQUE, Rafael. *Derecho del Trabajo: Introducción – Los sujetos del derecho del trabajo*. 3.ª ed. Santo Domingo: Librería Jurídica Internacional, 2018.

ANTONMATTEI, Paul Henri. *Les clauses du contrat de travail*. París: Editions Liaisons, 2009.

BOSCATI, Alessandro. *Patto di non concorrenza*. Art. 2125. Turín: Giuffrè Editore, 2010.

CHARRO BAENA, Pilar. "El pacto de no competencia postcontractual". *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 1 (1995): 145-180.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA (CFC). *Informe Anual de Competencia Económica 1993-1994*. México: 1996. [En línea] <https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/08/informe9394completo.pdf#pdf>.

DE MELLO JOÃO, Regiane. *Cláusula de não concorrência no contrato de trabalho*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

DE VAL TENA, Ángel Luis. *La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador*. Madrid: Tecnos, 1996.

ETALA, Carlos. *Contrato de Trabajo*, tomo I, 6.ª ed. Buenos Aires: Astrea, 2010.

FARNSWORTH, Edward Allan. *Contracts*, 2.ª ed. EE. UU.: Little Brown & Co., 1990.

FEDERAL TRADE COMMISSION. "Fact Sheet: FTC Proposes Rule to Ban Non-Compete Clauses, Which Hurt Workers and Harm Competition". Consultado el 10 de septiembre de 2023. [En línea] https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/noncompete_nprm_fact_sheet.pdf.

FEDERAL TRADE COMMISSION. "Non-Compete Clause Rulemaking". Consultado el 10 de septiembre de 2023. [En línea] <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/federal-register-notices/non-compete-clause-rulemaking>.

FLINT BLANCK, Pinkas. *Tratado de defensa de la libre competencia*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002.

GARRIGUÉS, Joaquín. *Dictámenes de derecho mercantil*, tomo I. Madrid: 1976.

GAVALDA, Natacha. "Les critères de validité des clauses de non-concurrence en droit du travail". *Droit Social*, no. 6 (1999): 582-590.

GODDARD, Jorge Adame. "¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 1, núm. 102 (2001): 687-730.

GOMES, Orlando y GOTTSCHALK, Elson. *Curso elementar de direito do trabalho*. Río de Janeiro: Forense, 1963.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*, 3.ª ed. Madrid: Thomson Reuters, 2020.

MATEO VÁSQUEZ, Víctor Eddy. *Reflexiones sobre propiedad intelectual, competencia y consumo*. Santo Domingo: Ediciones Océano Azul, 2022.

MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. "Anotaciones sobre el Derecho Antimonopolístico en Estados Unidos de América", *Revista Auctoritas Prudentium*, no. 3 (2009). [En línea] <https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/anotaciones-sobre-derecho-antimonopolistico-de-e-e-u-u-alfonso-miranda-londono.pdf>.

MORENO DE TORO, Carmen. "El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva". *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 68 (1994): 887-908.

NOGUEIRA GUASTAVINO, Magdalena. *Pacto laboral de no competencia*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

PÁEZ FUENTES, Rafael Leonardo. *Cláusulas de no competencia, validez en el ordenamiento jurídico colombiano*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 2012. [En línea] <http://dx.doi.org/10.15332/tg.mae.2012.00149>.

PEDRAJAS MORENO, Abdón y SALA FRANCO, Tomás. *El pacto de concurrencia postcontractual*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005.

PINTO MARTINS, Sergio. *Direito do Trabalho*. São Paulo: Atlas, 2013.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario panhispánico del español jurídico*. "Pacto de no competencia". Consultado el 10 de septiembre de 2023. [En línea] <https://dpej.rae.es/lema/pacto-de-no-competencia>.

Restatement Third of Employment § 8.07 (2010): Protectable Interests for Restrictive Covenants.

SIERRA HERRERO, Alfredo. "La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo". *Ius et Praxis* 20, no. 2 (2014): 109-155. [En línea] <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200004>.

VICENS, Marisol. "Las cláusulas de no competencia: una realidad no regulada en la legislación nacional". *Gaceta Judicial*, núm. 345 (2015): 40-45.

ZURIMENDI ISLA, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

114 Ley 42-08, artículo 24.

115 Ley 183-02, artículo 12.

116 Ley 153-98, artículo 90.2.

117 SCJ, 1.ª Sala, 16 de diciembre de 2022, núm. SCJ-PS-22-3540, B. J. 1345.

118 Ver VICENS, Marisol. "Las cláusulas de no competencia: una realidad no regulada en la legislación nacional". *Gaceta Judicial*, núm. 345 (2015).

119 Ley 42-08, artículo 2.