



Marisol Vicens Bello
Socia de Headrick Rizik Álvarez y
Fernández

« DERECHO COMPARADO »

Las cláusulas de no competencia: una realidad no regulada en la legislación nacional

RESUMEN: Las cláusulas de no competencia son una realidad en la práctica jurídica nacional, producto de la influencia del derecho norteamericano y de las necesidades del mundo empresarial. Su existencia es perfectamente admisible en nuestro derecho como una obligación de no hacer y aunque no están reguladas expresamente en nuestra legislación, algunas leyes especiales hacen uso de ellas. La experiencia del derecho comparado ha influenciado su utilización en el país, aplicando de manera voluntaria las condiciones que en otras jurisdicciones son exigibles para su validez.

PALABRAS CLAVES: Cláusula de no competencia, obligación de no hacer, autonomía de la voluntad, contraprestación económica adecuada razonabilidad, limitaciones, restricciones a la competencia, derecho comparado.

INTRODUCCIÓN

Las cláusulas de no competencia, aunque no están expresamente regidas en la legislación de la República Dominicana, son una realidad imperante no solo en la mayoría de los contratos de adquisiciones de empresas, sino también en ciertas legislaciones especiales.

Según el principio de la autonomía de la voluntad que rige nuestro derecho contractual, estas cláusulas son perfectamente válidas y en tal virtud ejecutables. Sin embargo, al igual que ha sucedido en muchos países, hay quienes pretenden invalidar su ejecución en los tribunales, razón por la cual resulta necesario analizar a profundidad no solo su validez al amparo de nuestra legislación sino de gran parte de las legislaciones extranjeras.

DEFINICIÓN

Las cláusulas de no competencia son acuerdos mediante los cuales una parte se compromete a no hacer determinadas acciones, particularmente no competir, obligación que generalmente

está limitada a cierto tiempo; implica una contraprestación económica y se circunscribe a ciertos territorios.

NATURALEZA JURÍDICA

Las cláusulas de no competencia constituyen una típica obligación de no hacer, regidas en nuestro derecho por el artículo 1145 del Código Civil.

VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA

i. Derecho dominicano

De conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad, las partes son libres para pactar las convenciones, las cuales tienen fuerza de ley entre estas, salvo las restricciones que la ley o las buenas costumbres impongan, reglas consagradas en el importante artículo 1134 del Código Civil que es, al igual que el artículo 1133, piedra angular del derecho contractual francés y del dominicano.

Dentro de este marco general y debido a la influencia del dere-



cho norteamericano en el mundo de los negocios, desde hace tiempo la inclusión de cláusulas de no competencia en determinados tipos de contratos se ha hecho habitual, sobre todo en los que una empresa compra activos o acciones de otra, motivado por la necesidad de proteger un interés legítimo del comprador de asegurarse de que el precio que está pagando por la adquisición no será menoscabado por el vendedor a través de acciones competitivas; o en los que un empleador necesita proteger secretos profesionales e información privilegiada de su negocio respecto de sus empleados, una vez terminada la relación laboral.

Estas cláusulas, por lo general, comprometen a los accionistas y miembros del consejo de administración de la empresa que vende sus acciones o activos, incluyendo también muchas veces a sus principales ejecutivos.

Aunque ellas no están sometidas en nuestro país a limitaciones específicas por leyes o normas especiales o por creación jurisprudencial, como es el caso en muchos países, tampoco están expresamente prohibidas, por lo que es indiscutible su validez a

la luz de nuestro derecho como una expresión de la autonomía de la voluntad.

Por influencia del derecho comparado, muchas de las cláusulas de no competencia pactadas en contratos suscritos en la República Dominicana o en los que una de las partes es dominicana, contienen muchas de las limitaciones que, en aplicación del principio de la razonabilidad, han sido incorporadas en otras latitudes, tales como límites razonables para su ejecución en el tiempo y en el espacio, así como compensaciones económicas que justifiquen la asunción de la obligación de no hacer.

Como es común que empleadores protejan sus informaciones privilegiadas a través de estas cláusulas, las cuales en muchos países son parte habitual de los contratos de trabajo, algunos han pretendido alegar que estas cláusulas violentan la libertad de trabajar.

Aunque no existe en nuestro país una práctica generalizada de insertar cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo, especialmente los de altos directivos, algunas leyes especia-

les prevén estas restricciones en el interés de evitar que agentes del mercado se beneficien de información privilegiada de entidades regulatorias, como es el caso de las siguientes:

- Ley núm. 42-08, General de Defensa de la Competencia, la cual en su artículo 24 establece que los miembros del Consejo Directivo y el Director Ejecutivo de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia no podrán ser empleados ni prestar servicios, en ninguna categoría o modalidad, en las empresas que hayan sido objeto de investigación bajo su responsabilidad, así como las empresas asociadas, filiales o subsidiarias de esta, por un período de un año.
- La Ley Monetaria y Financiera, núm.183-02, la cual establece en el párrafo II de su artículo 12 lo siguiente: “Durante el año siguiente al cese en sus funciones, los miembros de la Junta Monetaria por tiempo determinado no podrán realizar actividades de dirección, asesoría o representación legal alguna en entidades cuyo ejercicio sea incompatible con el cargo desempeñado”.
- La Ley núm.153-92, General de las Telecomunicaciones, la cual en su artículo 90.2 establece el impedimento a los miembros del Consejo Directivo de recibir cualquier tipo de remuneración por parte de cualquier empresa dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones, un año luego de terminado su servicio en el órgano regulador.

La inclusión de estas cláusulas en estas leyes especiales es una señal inequívoca de su aceptación en nuestro derecho.

Tal como ha acontecido en otras jurisdicciones, en nuestro país ha surgido el debate sobre la validez de las cláusulas de no competencia a la luz de las disposiciones de nuestra Constitución. Aunque ni nuestra Suprema Corte de Justicia ni el Tribunal Constitucional se han pronunciado a la fecha sobre la validez de las cláusulas de no competencia desde una perspectiva constitucional, entendemos que es de esperar que así sea el caso, como ha acontecido en la mayoría de los países del mundo occidental; siempre y cuando estas no representen un abusivo impedimento al ejercicio de esos derechos sino una simple limitación convenida voluntariamente y sujeta a límites razonables.

En muchos países ha surgido igualmente la discusión sobre la validez de las cláusulas de no competencia *vis a vis* de leyes especiales de defensa de la competencia.

Aunque en nuestro país se dictó la Ley 42-08 de Defensa de la Competencia, la entrada en vigencia de sus disposiciones, de conformidad con su artículo 67, está supeditada al nombramiento de los miembros del Consejo Directivo y del director ejecutivo. Como es un hecho conocido, irresponsablemente sucesivos gobiernos no han nombrado al Director Ejecutivo de dicho Consejo, lo que ha impedido la entrada en vigor de la ley.

A pesar de esto, vale la pena analizar si la Ley 42-08 contiene disposiciones que se refieran específicamente a las cláusulas de

no competencia. Aunque la ley no se refiere expresamente a estas cláusulas, los textos de algunos de sus artículos darán lugar, una vez entren en vigor, a discusiones sobre su aplicabilidad.

Como veremos en la próxima sección, estas cláusulas de no competencia a la luz del derecho de la competencia han sido reguladas ya sea por los jueces caso por caso, como en los países del *common law*, o por comisiones de competencia nacionales o de asociaciones económicas, como la Unión Europea.

De acuerdo con el artículo 35 de la Ley 42-08, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia conocerá, en sede administrativa, exclusiva y privativamente de las reclamaciones y controversias que se susciten con motivo de la aplicación de dicha ley, por lo que es de esperar que cuando finalmente entren en vigor sus disposiciones, esta Comisión tendrá que investigar y pronunciarse sobre casos relacionados con compromisos de no competencia, y que esas decisiones se nutrirán de la experiencia de otros países más avanzados que los nuestros que tienen ya un largo historial en el tratamiento de estos casos.

Por eso reviste particular interés el análisis del derecho comparado.

ii. Derecho comparado

Para analizar la profusa doctrina y jurisprudencia, así como las disposiciones legales y otras normativas vigentes en países de la Unión Europea, América y Asia, conviene dividir el análisis en los dos tipos principales de cláusulas de no competencia.

a) Las cláusulas de no competencia mediante las cuales el vendedor de una empresa se obliga a no competir con su adquirente

Estas cláusulas son la genuina expresión de una necesidad del mundo empresarial, puesto que nadie que vaya a invertir elevadas sumas de dinero en adquirir una empresa querrá sufrir las consecuencias de que su vendedor se decida a hacerle la competencia compartiendo todos los datos de la empresa que vendió y por la que recibió un precio. De suceder esto la suma pagada por la adquisición podría volverse inútil, por haber pagado sin recibir lo que en realidad se esperaba.

En la mayoría de las jurisdicciones se reconoce la validez de estas cláusulas como expresión de la libertad de contratación, aunque se han ido perfeccionando en el tiempo, sometiendo su validez a un marco razonable.

En los Estados Unidos la validez o no de estas cláusulas ha estado sometida a la decisión de los jueces, quienes deciden si se han producido restricciones irrazonables o indebidas al comercio en aplicación de la Ley Antimonopolios. Para que una cláusula de no competencia no constituya una restricción indebida del comercio, debe cumplir con ciertos requisitos, siendo el principal que la obligación de no competir sea parte de un contrato. Aunque las obligaciones de no competir integradas en un contrato son, en principio, restricciones razonables del comercio, los jueces examinan caso por caso para determinar si: la obliga-



ción de no competir no es mayor que lo necesario para proteger el legítimo interés de su acreedor, y si está limitada, en cuanto a su ámbito de aplicación, considerando, por una parte, el legítimo interés del acreedor, pero también la desventaja que causa al deudor y el posible daño al interés público.¹

En la Unión Europea se han sentado igualmente las bases para determinar cuándo una cláusula de no competencia viola la libre competencia, en aplicación del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea o Tratado de Roma, el cual, en el título VI sobre las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproxima-

ción de las legislaciones, capítulo I, relativo a las normas sobre competencia, artículo 81², establece los acuerdos prohibidos.

La Comisión de Competencia Económica de las Comunidades Económicas Europeas, en ejercicio de las facultades concedidas por el artículo 85 del Tratado, decidió dos casos emblemáticos mediante los que definió los criterios sobre la validez de estas cláusulas a la luz del derecho de la competencia de la Unión Europea, a saber:

El caso Reuter/Basf: en el que se decidió que cuando únicamente se vendan los activos fijos de una empresa no es necesario

1 ADAME, GODDARD, Jorge. "¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?". Boletín Mexicano de Derecho Comparado 2001, XXXIV (septiembre-diciembre) [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710201> [Consulta: 21 de agosto de 2015].

2 "Artículo 81.- 1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos..."

proteger al comprador imponiendo la prohibición de competir al vendedor, pero cuando la venta se extiende también al fondo de comercio y a conocimientos técnicos, es permisible una cláusula de no competencia, siempre que “sea esencial para la preservación del valor de la empresa transferida”.³

El caso Nutricia/Remia: en el que la Comisión sostuvo que una restricción de cuatro años era suficiente en el caso de la venta de Remia “que comportaba la venta de conocimientos técnicos y fondo de comercio” y de dos años cuando solo se vendía el fondo de comercio.⁴

Además de los fallos de casos puntuales, esta Comisión mediante múltiples comunicaciones ha regulado sobre las restricciones directamente relacionadas y necesarias para las operaciones de concentración.

Como explica el tratadista mexicano Jaime Adame Goddard⁵, los criterios seguidos por la Comisión de Competencia en la Unión Europea respecto de las cláusulas de no competencia se resumen así:

i) las cláusulas se justifican como medios para asegurar que el comprador adquiera el valor total de una empresa cuando se le transfieren clientela o conocimientos técnicos no registrados como propiedad industrial; ii) para no ser anticompetitivas, dichas cláusulas tienen que estar debidamente limitadas en razón de la finalidad de proteger al comprador para que adquiera el valor real de la empresa comprada; iii) el límite temporal adecuado es, por lo general, cinco años si hay transferencia de clientela y conocimientos técnicos, y de dos cuando sólo se transfiere la clientela; iv) el límite territorial se define en razón del territorio donde el vendedor de la empresa había vendido sus productos; v) el límite material es el de los productos o servicios que vendía la empresa transferida, y vi) el límite personal es que sólo se obliga al vendedor, sus filiales o agentes comerciales y no otras personas; vii) las cláusulas de no competencia que no estén justificadas o debidamente limitadas son nulas de pleno derecho, y los terceros afectados pueden reclamar judicialmente una indemnización de los daños y perjuicios que les hubieran causado.

En Canadá la decisión líder sobre la ejecutoriedad de una obligación de no competencia es el caso *JG Collins Insurance Agencies Ltd v Elsley*, en el cual se enumeraron los tres requisitos en la prueba de razonabilidad de la cláusula: si el reclamante tiene un interés como propietario que justifique la protección, si los límites temporales o

de espacio de la cláusula son demasiado amplios, si la obligación es inejecutable por haber sido en contra de la competencia en general y no limitada a proscribir la captación de clientes⁶.

Resulta interesante verificar que, ya sea por decisión de autorregulación, por influjo de legislaciones extranjeras o simple producto de negociaciones, muchas de estas restricciones se encuentran recogidas en nuestros contratos o cláusulas de no competencia, sin que exista en nuestra legislación ni en nuestra jurisprudencia ninguna ningún texto o decisión al respecto.

b) Las cláusulas de no competencia mediante las cuales un empleado se obliga a no competir durante un cierto tiempo con su empleador al terminar el contrato de trabajo.

Según la mayoría de la doctrina, estas cláusulas se pueden definir como los acuerdos por medio de los cuales un empleado se compromete a no desarrollar una actividad por sí mismo o por cuenta de terceros, que gire en el mismo ámbito de negocio que el de su anterior empleador, a cambio de una compensación. Su razón de ser radica en la necesidad de las empresas de protegerse ante la eventualidad de que la información privilegiada y los conocimientos adquiridos sean aprovechados en beneficio propio del expleado que pudiera convertirse en un competidor o empleado de un tercero competidor una vez acabada la relación de trabajo.⁷

En la Unión Europea en sentido general estas cláusulas son válidas, pero están sujetas a condiciones, tales como:

- **Forma:** necesidad de un escrito (Francia, Alemania, Italia, Holanda, Bélgica), o el caso de España en que deben ser expresamente convenidas pero no necesariamente por escrito, que es únicamente un medio de prueba eficaz.
- **Limitación en cuanto a tiempo, área o región:** En algunas legislaciones se establece el tiempo máximo, como es el caso de Alemania, tres años; España, dos años; Italia, tres años para empleados y cinco años para ejecutivos.
- **Compensación económica:** en la mayoría de los países el pago de una compensación económica razonable es exigible para la validez de la cláusula, por ejemplo el artículo 2125 del Código Civil italiano establece que una cláusula de no competencia es nula si una justa compensación (superior al salario ordinario) no es acordada al empleado.

En algunos países de la Unión Europea la existencia de estas cláusulas está expresamente consagrada en sus legislaciones, como es el caso de España. A este respecto, para que sean válidas la ley española requiere que estas cláusulas:

- Estén sujetas al límite de tiempo legalmente establecido;

3 DOCE 1976 L254/40, Decisión Comisión Europea, [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31976D0743>.

4 Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 11 July 1985. - Remia BV and others v Commission of the European Communities. - Competition - Non-competition clause laid down in connection with the transfer of an undertaking. - Case 42/84 [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:61984CJ0042>.

5 Adame Goddard, Jaime, *ob. cit.*

6 *JG Collins Insurance Agencies Ltd v Elsley*, [1978] 2 SCR 916, 83 DLR (3d) 1, 1978 Carswell Ont 1235 at para 13. Enforceable non-compete clauses in business sales: The Analytical Framework, Litigation – Canada, Michael D Schafler y Ara Basmadjian, International Law Office, Contributed by Dentons, octubre 15 2013.

7 FERNÁNDEZ PALLARÉS, Luis E. *El pacto de no competencia poscontractual en alta dirección. Equipos & Talentos.com*. Tribuna, diciembre de 2005.

- el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial que justifique la cláusula de no competencia;
- que se otorgue al empleado una compensación económica adecuada.

Otros, como es el caso de Francia, no regulan expresamente estas cláusulas, pero la jurisprudencia les ha reconocido validez sujeto al cumplimiento de algunas condiciones. En este sentido, varias sentencias de la Cámara Social de la Corte de Casación del 10 de julio del 2002 establecieron algunas condiciones para la validez de las cláusulas de no competencia que figuren en un contrato de trabajo: ser indispensable para la protección de los intereses legítimos de la empresa, estar limitada en el tiempo y en el espacio, y tener una contrapartida económica⁸.

En los Estados Unidos los jueces examinarán siempre cuidadosamente si se han cumplido determinados parámetros para declarar válidas estas cláusulas. En este tenor, las cortes del Estado de Nueva York realizan una triple prueba de razonabilidad; así, serán válidas si: 1) no son mayores que lo requerido para la protección del legítimo interés del empleador; 2) no imponen penalidades indebidas a los empleados, y 3) no son perjudiciales al interés público⁹.

En Japón las cláusulas de no competencia se consideran obligaciones accesorias a un contrato de trabajo durante el período de su ejecución, sin que se exija el consentimiento previo del empleado o un acuerdo escrito. Después de la terminación del contrato de trabajo, para que una cláusula de no competencia tenga validez legal, debe ser razonable, claramente expresada en un contrato previamente acordado por escrito, o prevista en reglas escritas de trabajo, dado que estas restringen la libertad de escoger la ocupación por cada quien, derecho del empleado garantizado por la Constitución de Japón¹⁰.

En la República Popular China¹¹, también están admitidas las cláusulas de no competencia poscontractuales, las que están reguladas por "The People's Republic of China Employment Contract Law"¹².

De la revisión realizada a un número importante de legislaciones, el único caso identificado de no reconocimiento de estas cláusulas es el de Colombia, dado que el artículo 44 del Código Sustantivo del Trabajo de ese país establece que no produce efecto alguno la estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su empleador, una vez concluido su contrato de trabajo¹³.

CONCLUSIONES

Las cláusulas de no competencia son una realidad en casi todos los países como consecuencia de una necesidad del mundo empresarial. Dichas cláusulas se rigen por el principio de razonabilidad, ya fuere por mandato legal, por aplicación jurisprudencial o por autorregulación contractual.

Aunque en la República Dominicana estas no solo son válidas y muy frecuentes en compras de empresas, no están expresamente reguladas.

Los conflictos que puedan surgir irán provocando una interpretación jurisprudencial que tendrá que estar fundamentada en la aplicación del derecho comparado, que del hemisferio norte al sur está prácticamente guiado por los mismos principios de razonabilidad.

La esperada entrada en vigencia de la Ley 42-08 podrá abrir una discusión mucho más profunda respecto de este tipo de cláusulas, *vis a vis* el interés de la libre competencia de los mercados.

BIBLIOGRAFÍA

- ADAME, GODDARD, Jorge. "¿Deben ser válidas las cláusulas de no competencia en el derecho mexicano?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 2001, XXXIV (septiembre-diciembre) [en línea]. Disponible en ciberpágina: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710201> [Consulta: 21 de agosto de 2015].
- "Non-Compete Clauses An international Guide" de Ius Laboris, Global Human Resources Lawyers, 2006. Consultado en: www.iuslaboris.com/.../non-compete-clauses-an-international-guide.pdf.
- LIBUTTI Eileen, y RUGGIERI, Julie C. *Non-Compete Clauses: Uses and Enforceability: North America, The Primerus Paradigm*, Fall 2014.
- Summary of Covenants Not To Compete: A Global Perspective Compliments of Fenwick & West LLP, a member of The TechLaw Group.
- SIERRA HERRERO, Alfredo. *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*: Talca, Ius et Praxis, 2014, vol. 20 No. 2.
- FERNÁNDEZ PALLARÉS, Luis E. *El pacto de no competencia poscontractual en alta dirección*: Tribuna, 2005.
- Top Ten Considerations for Non-Compete Clauses in Europe, L&E Global employers' counsel worldwide.
- SCHAFER, Michael D. y BASMADJIAN, Ara. *Enforceable non-compete clauses in business sales: The Analytical Framework, Litigation – Canada*. International Law Office, Contributed by Dentons, octubre 15, 2013.

8 Cas. soc. 10 de julio 2002, N° de pourvoi: 00-45387. Publié au bulletin.

9 LIBUTTI Eileen, y RUGGIERI, Julie C. *Non-Compete Clauses: Uses and Enforceability: North America, The Primerus Paradigm*, Fall 2014, p. 22.

10 Summary of Covenants Not To Compete: A Global Perspective Compliments of Fenwick & West LLP, a member of The TechLaw Group, p. 374. JAPAN chapter was prepared by the law firm of Dorsey & Whitney, LLP.

11 Summary of Covenants Not To Compete: A Global Perspective Compliments of Fenwick & West LLP, a member of The TechLaw Group, p. 379. CHINA chapter was prepared by the law firm of Dorsey & Whitney LLP.

12 El cual codificó las reglas que habían sido promulgadas previamente por el Ministerio de Trabajo, actualmente Ministerio de Recursos Humanos y Seguridad Social y entró en vigor el 1 de enero de 2008.

13 SIERRA HERRERO, Alfredo. *La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo*; Talca, Ius et Praxis, 2014, vol. 20, No. 2, p. 6 de 30.