

LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA: EL DEBIDO EQUILIBRIO ENTRE LA LIBRE COMPETENCIA, LAS NECESIDADES DE LOS NEGOCIOS Y LA SEGURIDAD JURÍDICA

Marisol Vicens Bello

ÍNDICE

I. Introducción.....	618
II. Norma de la ftc sobre las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo. Ruptura con el dominio de la regla de la razón. Alcance, excepciones, justificaciones y objeciones	620
2. Contenido de la norma sobre las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo.....	624
1. Ámbito de aplicación de la Norma	625
1.1 Distinción entre empleados y altos ejecutivos	626
1.2 Definición de empleado o trabajador.....	627
1.3 Empleadores excluidos de la Norma	627
1.4 Presunción de ausencia de autonomía de la voluntad de los empleados	628
1.5 Cláusulas de no competencia existentes en contratos de altos ejecutivos permanecen en vigor.....	629
2. Requerimiento de notificación.....	630
3. Excepción a la Norma en caso de venta de empresas.....	631
3.1 Condición para la excepción: venta de buena fe, <i>Bona Fide Sale</i>	632
4. Acciones interpuestas previo a la entrada en vigor de la Norma..	634
5. Existencia de otras alternativas a las cláusulas de no competencia en contratos de trabajo.....	634

6. Racionalidad económica de la Norma	636
7. Votos disidentes de dos de los miembros de la FTC: consenso con la finalidad, disenso respecto de la legalidad de la Norma	638
7.1 Voto disidente expresado por Andrew Ferguson	638
7.2 Voto disidente de la comisionada Melissa Holyoak	639
III. Autonomía de la voluntad y razonabilidad desde la perspectiva de las cláusulas de no competencia. El rasero de la regla de la razón en aplicación de reglas <i>per se</i>	640
8. Restricciones accesorias	641
8.1 Origen de la teoría en los Estados Unidos de América	641
8.2 Restricciones accesorias en la Unión Europea.....	642
8.3 Diferencias entre el caso de los Estados Unidos de América y la Unión Europea.....	646
8.4 Diferencias entre el caso de los Estados Unidos de América y la República Dominicana	648
IV. Conclusiones	657
V. Bibliografía	659

Resumen. La reciente decisión tomada por la Comisión Federal de Comercio (FTC) en mayo de 2024 prohibiendo las cláusulas de no competencia en los Estados Unidos impactará indudablemente el tratamiento legal y jurisprudencial de estas en diversas jurisdicciones, incluyendo a la Republica Dominicana, donde no están reguladas, pero tampoco prohibidas. Esta norma pone sobre el tapete el debate entre la necesidad de regulación y protección la libre competencia, *versus* la autonomía de la voluntad y las necesidades de los mercados. No obstante, la repercusión de esta norma en el ámbito internacional será limitada, dado las diferencias entre los sistemas jurídicos del *Common Law*, empleado en los Estados Unidos, y del *Civil Law*, empleado en numerosas jurisdicciones, además de las muy distintas circunstancias y necesidades.

Palabras clave: cláusulas de no competencia, prácticas desleales de competencia, seguridad jurídica, buena fe, autonomía de la voluntad.

NON-COMPETE CLAUSES: THE RIGHT BALANCE BETWEEN FREE COMPETITION, BUSINESS NEEDS AND LEGAL CERTAINTY

Summary. The recent final rule published by the Federal Trade Commission (FTC) in May of 2024, which bans non-compete agreements in the United States, will undoubtedly impact the legal and jurisprudential treatment of these agreements in several international jurisdictions. This includes the Dominican Republic, where these agreements are not regulated but are not expressly prohibited. This final rule intensifies the debate between the need for regulation and protection of free enterprise versus party autonomy and market needs. However, the repercussions of this final rule in international jurisdictions will be limited, given the differences

between the «Common Law» system used in the United States and the «Civil Law» system used elsewhere, as well as the differences in circumstances and needs between jurisdictions.

Keywords: non-Compete clauses, unfair competition, legal certainty, bona fide, per se rules, rule of reason.

INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia nació y se desarrolló en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX con la aprobación de la Ley Sherman Antitrust (en inglés, Sherman Antitrust Act.), publicada el 2 de julio del 1890; aunque según reseña la doctrina, existen evidencias de prohibición de monopolios desde el derecho romano. El uso de cláusulas de no competencia, también, tuvo su origen allí y de ahí se expandieron a los países de la Unión Europea y el resto del mundo. La reciente decisión tomada por la FTC el 7 de mayo del 2024,¹ prohibiendo las cláusulas de no competencia incluidas en un alto porcentaje de los contratos de trabajo en ese país, – en lo adelante la «Norma sobre las cláusulas de no-competencia» o la «Norma» –, impactará indudablemente el tratamiento legal y jurisprudencial de estas en muchas partes del mundo, incluyendo a la República Dominicana donde no están reguladas, pero tampoco están prohibidas, hace tiempo son utilizadas en múltiples contratos principalmente de ventas de empresas o de sus activos, generando controversias en algunos casos.

Precisamente, la FTC en su norma exceptúa las cláusulas de no competencia en contratos de venta de empresas, a condición de que se trate de ventas de buena fe. Esta norma se aprobó con el voto

1 ftc.gov

disidente de dos de los cinco miembros de la FTC que cuestionan la facultad de esta para dictarla, y afectar así a millones de contratos suscritos válidamente bajo el marco legal anterior, y aunque expresan estar de acuerdo con la regulación de las cláusulas de no competencia, entienden que es facultad exclusiva del Congreso. El dictamen de esta norma pone sobre el tapete el debate entre la necesidad de regulación y protección a la libre competencia, *versus* la autonomía de la voluntad y las necesidades de los mercados. Los recursos interpuestos en contra de esta norma generarán sentencias que serán de interés para el debate. Sobre todo, dado a que la recién publicada decisión de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en *Loper Bright Enterprises v. Raimondo*, le puso fin a la denominada deferencia *Chevron*, la cual sostenía que los tribunales debían ceder la interpretación de ambigüedades normativas a las agencias.

Sin importar el destino final de la Norma publicada por la FTC, los temas jurídicos que intenta regular son de suprema relevancia a nivel nacional e internacional. La búsqueda del debido equilibrio entre la protección de los intereses económicos de los negocios, la seguridad jurídica y la defensa de la libre competencia debe conducir a una justa interpretación y regulación de estas cláusulas. En cada jurisdicción el marco legal, las necesidades y las circunstancias son distintas, por tanto, este análisis debe hacerse a la luz de estas.

II. NORMA DE LA FTC SOBRE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO. RUPTURA CON EL DOMINIO DE LA REGLA DE LA RAZÓN. ALCANCE, EXCEPCIONES, JUSTIFICACIONES Y OBJECIONES

1. ANTECEDENTES

El presidente de los Estados Unidos de América Joe Biden mediante una orden ejecutiva² dictada en julio del 2021 sobre política de competencia, exhortó a la FTC a ejercer su «autoridad reglamentaria legal en virtud de la Ley de la Comisión Federal de Comercio para restringir el uso desleal de cláusulas de no competencia y otras cláusulas o acuerdos que puedan limitar injustamente la movilidad de los trabajadores». Es oportuno mencionar, que esto fue la consecuencia de múltiples reclamos de acción por parte de la FTC, desde hacía un tiempo, ante la inquietud por la permisividad en relación con la aplicación de las leyes antimonopolio en dicho país,

2 Disponible en: <https://procompetencia.gob.do/biden-apuesta-por-la-libre-competencia-con-una-orden-ejecutiva-que-pretende-limitar-los-monopolios/>

por el predominio de la «regla de la razón»,³ demandando que se aumentaran las normas *per se*⁴, dado que:

... desde la década de 1970, el Tribunal Supremo ha reducido el número de normas *per se* que definen conductas específicas como anticompetitivas sin indagar en la dinámica del mercado y los daños en casos particulares. Al hacerlo, la Corte ha ampliado el alcance de la «regla de la razón», un estándar que, en su forma actual, generalmente implica un marco de transferencia de carga que requiere tales investigaciones. Los estudios empíricos han encontrado que la gran mayoría (hasta el

3 Modalidad de análisis antimonopolio utilizada para determinar la legalidad de los acuerdos (escritos u orales) que pueden restringir la competencia. Bajo la regla de la razón, los tribunales examinan tanto los efectos positivos como los negativos de un acuerdo antes de determinar si viola las leyes antimonopolio. Los tribunales tienen en cuenta varios factores a la hora de tomar sus determinaciones, como el objeto comercial del acuerdo, el poder de mercado de las partes implicadas, la competencia en el mercado pertinente y otras circunstancias del mercado. Disponible en: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I03f4d78aeee311e28578f7ccc38dcbee/Rule-of-Reason?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I03f4d78aeee311e28578f7ccc38dcbee/Rule-of-Reason?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default))

4 Un tipo de análisis antimonopolio utilizado para determinar la legalidad de los acuerdos (escritos u orales) entre competidores. En virtud de la norma *per se*, se presume que ciertas categorías de acuerdos violan las leyes antimonopolio, independientemente de otros factores, como el propósito comercial o los beneficios competitivos. La única cuestión pertinente en el marco de la norma *per se* es si un acuerdo pertenece a una de estas categorías. Ejemplos de categorías que se consideran ilegales *per se* son los acuerdos para fijar precios o productos y los acuerdos para dividir territorios o clientes. Disponible en: [https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I03f4d78ceee311e28578f7ccc38dcbee/Per-Se_Rule?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)#:~:text=A%20type%20of%20antitrust%20analysis,business%20purpose%20or%20competitive%20benefits](https://content.next.westlaw.com/practical-law/document/I03f4d78ceee311e28578f7ccc38dcbee/Per-Se_Rule?viewType=FullText&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)#:~:text=A%20type%20of%20antitrust%20analysis,business%20purpose%20or%20competitive%20benefits)

97%) de las quejas evaluadas bajo la regla de la razón son desestimadas en la primera etapa de este proceso de transferencia de la carga, lo que lleva a algunos comentaristas a argumentar que la regla de la razón es, en la práctica, una regla de legalidad *per se*.⁵

Estudios han puesto en evidencia que en la inmensa mayoría de los casos los reclamos judiciales en relación con cláusulas de no competencia eran desestimados por los tribunales, lo que naturalmente elevaba los niveles de hostilidad de los afectados respecto de estas cláusulas y de una parte de la sociedad norteamericana. Esto ocasionó que se desarrollaran dos tendencias de opinión en dicho país, los que están a favor de una defensa más agresiva de las prácticas monopólicas, que propugnan por reglas y presunciones más simples y claras, incluyendo reglas *per se*, que presuman la ilegalidad de ciertos acuerdos y prácticas y los que propugnan por la continuada aplicación de la regla de la razón. Entre los que se inscriben a la primera posición, se encuentra Lina Khan⁶, la actual presidente de la FTC. Khan, quien fue designada al mando de esta agencia a tan solo 32 años, expuso lo siguiente en un artículo para el *Yale Law Review*, previo a su nombramiento en la FTC:

... «La evidencia sugiere que esta dependencia exclusiva en los fallos no ha logrado ofrecer un régimen antimonopolio predecible, eficiente o participativo».

5 SYKES (Jay B.), «Servicio de investigación congresual», abogado legislativo. Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/LSB/LSB11159#:~:text=On%20April%2023%2C%202024%2C%20the,non%2Dcompetes%20with%20senior%20executives>

6 Disponible en: <https://www.ftc.gov/about-ftc/commissioners-staff/lina-m-khan>

«[E]n la práctica, la dependencia exclusiva en los fallos caso por caso ha dado lugar a un sistema de aplicación que genera ambigüedad, agota los recursos, privilegia a los titulares y priva a los individuos y las empresas de cualquier oportunidad real de participar en el proceso de creación de normas antimonopolio sustantivas».⁷

Todos estos reclamos e inquietudes que había sobre las cláusulas de no competencia, así como el mandato dado por el presidente Joe Biden a la FTC en el 2021, llevaron a que esta trabajara en un borrador de norma, el cual hizo público en enero del 2023,⁸ habiendo recibido más de 26 mil comentarios, de los cuales, 25 mil expresaban apoyo a la propuesta de la FTC, de categóricamente prohibir estas cláusulas, es decir que más del 95% de los comentarios fueron a favor de que la FTC dictara esa reglamentación.

No es de sorprender entonces, que ante estos antecedentes la FTC adoptara la norma sobre las cláusulas de no-competencia, decisión que ha sido aplaudida por los que la entienden justa, principalmente por el alto número de personas empleadas en los Estados Unidos de América en una diversidad de sectores y a todo lo largo de su territorio, cuyos contratos de trabajo contienen cláusulas de no competencia. La FTC estima que uno de cada cinco empleados estadounidenses, es decir, aproximadamente 30 millones de personas,⁹ se encuentran sometidos a cláusulas de no competencia en contratos suscritos con

7 CHOPRA (Rohit) y KHAN, (Lina M.), The Case for «Unfair Methods of Competition», Rulemaking, University of Chicago Law Review, vol. 87: Iss.2. 2020. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/4/>

8 «Non-Compete Clause Rule», NPRM, 88 FR 3482 (Jan. 19, 2023).

9 Regla de no competencia de la FTC, 2. *Prevalence of Non-Competes*, p.14.

sus empleadores, que restringían el paso de estos a cualquier otra empresa del sector en el que laboraban. Naturalmente, esta norma es rechazada por otros, principalmente los empleadores y sus equipos legales, quienes entienden que la misma atenta contra la seguridad jurídica, genera incertidumbre y desprotege a empresas que necesitan de estas cláusulas de no competencia para permanecer a flote, lo que ha motivado distintos recursos en su contra.

Esta misma división de criterios se manifestó incluso entre los miembros de la FTC, ya que la resolución fue aprobada con el voto de tres de los comisionados, y el disenso de otros dos. Dichos comisionados rechazaron la Norma principalmente porque cuestionan su legalidad, como veremos más adelante. Es también importante resaltar que ambos comisionados disidentes pertenecen al partido Republicano, resaltando la división ideológica y partidaria que también desencadena esta discusión.

2. Contenido de la norma sobre las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo

En el resumen de dicha norma la FTC expresa que:

... De conformidad con las secciones 5 y 6(g) de la Ley de la Comisión Federal de Comercio («Ley de la FTC»), la Comisión Federal de Comercio («Comisión») está emitiendo la Norma sobre las Cláusulas de No Competencia («la norma final»). La norma definitiva establece que es un método desleal de competencia —y por lo tanto una violación de la sección 5— que las personas, entre otras cosas, celebren cláusulas de no competencia («no competencia trabajadores en o después de la fecha de entrada en vigor de la norma definitiva.

Con respecto a cláusulas de no competencia existentes, es decir, respecto de los acuerdos de no competencia celebrados antes de la fecha de entrada en vigor, la norma final adopta un enfoque diferente para los altos ejecutivos que para el resto de los trabajadores. En el caso de los altos ejecutivos, los acuerdos de no competencia existentes pueden permanecer en vigor, mientras que los acuerdos de no competencia existentes con otros trabajadores no son exigibles después de la fecha de entrada en vigor.

Del examen del contenido de la Norma queda claro su ámbito de aplicación y la forma en que se aplicará para los contratos suscritos antes de la fecha de entrada en vigor.¹⁰ A continuación, nos adentraremos en los detalles.

1. Ámbito de aplicación de la Norma

La FTC en la citada norma define entre otras cosas lo que debe considerarse como cláusula de no competencia para delimitar el ámbito de aplicación de esta. En este sentido expresa que se definen: «como un término o condición de empleo que «prohíbe» a un trabajador, «penaliza» a un trabajador o «funciona para impedir» que un trabajador (A) busque o acepte un contrato de trabajo en los Estados Unidos con una persona diferente, el cual comenzaría después de la conclusión del contrato de trabajo que incluye el término o condición; o (B) operar un negocio en los Estados Unidos después de la conclusión del contrato de trabajo que incluye dicho término o condición».

Queda claro entonces que la norma se limita al territorio de los Estados Unidos de América y por tanto no prohíbe a los

10 120 días luego de su publicación en el Registro Federal.

empleadores de ese país utilizar cláusulas de no competencia en relación con contratos de trabajo fuera de este, de conformidad con las leyes de las jurisdicciones en los cuales estos se celebren, como la misma FTC, así, expresa el texto.¹¹ Esto es importante de cara al impacto que tendrá la norma en el exterior, su adopción en los Estados Unidos, por un sinnúmero de factores no debe provocar un prejuicio o rechazo en contra de las cláusulas de no competencia, que pueden tener condiciones y usos muy distintos en las diferentes jurisdicciones, incluyendo la de la República Dominicana.

1.1 Distinción entre empleados y altos ejecutivos

La FTC hizo una distinción entre los contratos de trabajo con empleados en general y los contratos suscritos con altos ejecutivos *Senior Executives*. En este sentido, tomó en consideración el mayor poder de negociación de estos altos ejecutivos respecto de la generalidad de los empleados a los que entiende estas cláusulas se les imponían. Sin embargo, también estableció que las cláusulas de no competencia de los contratos con ejecutivos eran métodos injustos de competencia por dos vías: porque su uso es restrictivo y constituye una conducta excluyente que tiende a afectar negativamente las condiciones competitivas de productos y servicios en los mercados y porque tiende a afectar las condiciones competitivas del mercado laboral.¹²

Es importante resaltar este fundamento, el hecho de que la FTC valora el poder de negociación de los altos ejecutivos y presume que estos actúan en ejercicio de la autonomía de su voluntad, no obstante, a contrapelo de esto, considera que a pesar de que sean cláusulas

11 Regla sobre no competencia FTC, p. 87.

12 Regla sobre no competencia FTC, p.105-106.

de no competencia efectivamente negociadas y no impuestas, constituyen prácticas injustas o desleales de competencia. Lo que equivale a decir, que se requiere un equilibrio entre el derecho de las partes a contratar estas cláusulas y el interés general, que de conformidad con el análisis de la FTC se ve perjudicado porque se afecta la competencia en el mercado laboral y el de productos y servicios.

1.2 Definición de empleado o trabajador

Para precisar el ámbito de aplicación de la norma, esta define el término trabajador «para incluir a los empleados y contratistas independientes. Ese término no incluye a los franquiciados en el contexto de una relación franquiciador-franquiciado, pero sí incluye a los empleados de un franquiciador o franquiciado».

Esto reviste importancia porque, en primer lugar, no existe en los Estados Unidos, país del *Common Law*, un código escrito de trabajo que defina a los trabajadores y en segundo lugar, porque dando esta definición abarca situaciones que de no estar incluidas probablemente provocaran un desvío hacia el uso de estas figuras, como los contratistas independientes.

1.3 Empleadores excluidos de la Norma

La Norma también excluye de su ámbito de aplicación a:

... Ciertas entidades que de otro modo estarían sujetas a la norma definitiva pueden quedar fuera de la jurisdicción de la FTC en virtud de la Ley de la FTC. La Ley de la FTC exime a ciertas entidades o actividades de la jurisdicción de ejecución de la Comisión, que de otro modo se aplica a «personas, sociedades o corporaciones». Por ejemplo,

la ley exime a los «bancos» y a las personas, sociedades o corporaciones en la medida en que estén sujetas a la «Ley sobre Empacadores y Corrales».¹³ Y la ley excluye de su definición de «corporación» a cualquier entidad que no esté «organizada para llevar a cabo negocios para su propio beneficio o el de sus miembros».¹⁴ El NPRM¹⁵ explicó que, cuando un empleador está exento de la cobertura en virtud de la Ley de la FTC, el empleador no estaría sujeto a la norma. El NPRM también explicó que las entidades gubernamentales estatales y locales, así como algunas entidades privadas, pueden no estar sujetas a la regla cuando participan en actividades protegidas por la doctrina de la acción estatal.

1.4 Presunción de ausencia de autonomía de la voluntad de los empleados

La FTC entendiendo que las cláusulas de no competencia en la generalidad de los contratos de trabajo eran impuestas, y que sí había un poder de negociación en las que afectan a altos ejecutivos, no aceptó los argumentos a favor de que permanecieran todas las cláusulas de no competencia en vigor, y limitó esta posibilidad a las incluidas en contratos con altos ejecutivos, las cuales permanecen vigentes.

En este sentido la FTC inclinó la balanza en favor de la parte más débil de la relación, y del interés general, al considerar que la profusión de estas cláusulas afectaban la competitividad del mercado laboral,

13 Disponible en: <https://www.ams.usda.gov/sites/default/files/media/PSAct.pdf>

14 Regla sobre no competencia FTC, p.48.

15 Proyecto sometido a consulta o borrador de la norma.

fundamentándose entre otros aspectos en que los trabajadores no habían consentido libremente entrar en estas restricciones, por tanto las cláusulas de no competencia que los afectaban no eran el resultado de un ejercicio de autonomía de la voluntad, aunque como ya hemos dicho aun en los casos de los altos ejecutivos en los que la FTC presume sí lo había, de todas formas consideró ilegales las cláusulas de no competencia por su afectación al libre mercado aunque con algunas atenuaciones como examinaremos a continuación.

1.5 Cláusulas de no competencia existentes en contratos de altos ejecutivos permanecen en vigor

A pesar de que de conformidad con la Norma de la FTC se prohíbe a los empleadores de los Estados Unidos concertar o ejecutar nuevas cláusulas de no competencia incluidas en contratos suscritos en o después de la fecha de entrada en vigor de la norma, que como ya expresamos es 120 días después de su publicación en el Registro Federal, la FTC tomando en cuenta que distinto al caso de los empleados comunes respecto de los cuales entiende que estas eran impuestas sin ninguna posibilidad de negociación, los altos ejecutivos sí negociaban estas cláusulas en ejercicio de la autonomía de la voluntad, por lo que decidió que permanezcan vigentes las cláusulas de no competencia concertadas con altos ejecutivos antes de la fecha de entrada en vigor, no obstante las prohibió hacia futuro por considerarlas anticompetitivas.¹⁶

Esto es que la FTC valorando la autonomía de la voluntad de los altos ejecutivos, y tomando en cuenta la seguridad jurídica de esos contratos, atendiendo a los comentarios recibidos en el proceso de consulta pública no atacó las cláusulas existentes para altos ejecutivos,

16 120 días luego de su publicación en el Registro Federal.

sino que las prohibió hacia futuro. En pocas palabras, en el caso de los altos ejecutivos no encontró las razones de interés general que la llevaron a tomar la decisión de dejarlas sin efecto, como fue el caso para los contratos de trabajadores ordinarios. En adición, la FTC estimó que, distinto a lo que era el caso para los empleados comunes en los que presumía no había habido un ejercicio de autonomía de su voluntad, en el caso de los altos ejecutivos entendía que en sentido general sí la tenían y habían quizás negociado condiciones especiales para aceptarlas.

2. Requerimiento de notificación

La Norma no exige la rescisión o modificación de las cláusulas de no competencia incluidas en los contratos de trabajo, y se limita a exigir a quienes establecieron estas cláusulas en contratos con sus empleados, que deben informar a los empleados de forma clara y conspicua mediante una notificación que debe ser realizada en o antes de la fecha de entrada en vigor de esta, de que la cláusula de no competencia en cuestión cesará de surtir efectos y no podrá ser legalmente ejecutada o exigida contra el empleado.¹⁷

La decisión de la FTC, aunque por un lado fue lo suficientemente agresiva para considerar que podía dejar sin efecto cláusulas suscritas por particulares, fue conservadora al no requerir la rescisión de los contratos que las contenían o su modificación en cuanto a ese aspecto, poniendo a cargo de cada empleador la obligación de informar debidamente a sus empleados. Para estos fines, la FTC proveyó un modelo del texto a compartir y permite la posibilidad de que se haga la notificación vía correo electrónico o postal, y dirigida a todos los empleados sin tener que discriminar quienes tienen o

17 Regla sobre no competencia FTC, p.328.

no tienen incluidas cláusulas de competencia en sus respectivos contratos, como una forma de apaciguar los comentarios esgrimidos en la consulta pública respecto del costo que tal notificación pudiera implicar para los empleadores.

Como esta notificación tiene que hacerse en o antes de la fecha de entrada en vigor, que tomando en cuenta la fecha de su publicación el 7 de mayo de 2024 y el plazo otorgado de 120 días, aproximadamente a principios de septiembre de 2024 estas notificaciones deberían haber sido efectuadas, a menos que alguna acción judicial haya provocado una orden de suspensión o revocación de la Norma.

3. Excepción a la Norma en caso de venta de empresas

La FTC exceptuó de la Norma que prohíbe las cláusulas de no competencia las contenidas en contratos de venta de empresas de empresas, sin establecer requerimientos de montos de las operaciones o de que el obligado por esta sea propietario, accionista, miembro o socio sustancial del negocio en cuestión, o tenga un porcentaje accionario específico. Como se expresa en la Norma estas cláusulas de no competencia entre los vendedores y compradores de las empresas pueden implicar intereses únicos y tener efectos singulares que esta norma no aborda.¹⁸

Este es un aspecto de mucha relevancia, pues en muchas partes del mundo como es el caso de la República Dominicana, el uso de estas cláusulas de no competencia se da principalmente en ocasión de operaciones de venta de empresas, por lo que el dictamen de esta norma no debería de tener un impacto sobre estas, sobre todo tomando en cuenta que en algunas jurisdicciones como es el

18 *Ibid.*, pp.340-341.

caso de la Unión Europea existen regulaciones específicas sobre estas cláusulas de no competencia en este tipo de acuerdos, y prohibiciones.¹⁹ regulaciones que de alguna manera han servido de referencia para crear ciertos estándares que los propios contratantes y sus abogados toman en consideración en otras partes del mundo fuera del ámbito de aplicación del derecho comunitario.

3.1 Condición para la excepción: venta de buena fe, *Bona Fide Sale*.

No obstante que la FTC no estableció parámetros como acabamos de señalar respecto de los afectados por cláusulas de no competencia en una operación de venta de una empresa, sí dispuso que la validez de estas cláusulas de no competencia en contratos de venta de empresas está sujeta a la condición de que estas sean operaciones de buena fe, *Bona Fide Sale*,²⁰ para de esta forma despejar las inquietudes de algunos que temen que bajo esa excepción puedan realizarse operaciones simuladas entre empresas vinculadas para utilizar las cláusulas de no competencia prohibidas por la norma. La FTC definió la venta de buena fe como:

... aquella que se realiza entre dos partes independientes en condiciones de plena competencia, y en la que el vendedor tiene una oportunidad razonable de negociar los términos de la venta. Los llamados acuerdos de no competencia de «resorte» («Springing Non Competes») y cláusulas de no competencia que surgen de los derechos

19 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, título VI sobre las normas comunes sobre competencia, fiscalidad y aproximación de las legislaciones, capítulo I relativo a las normas sobre competencia, artículo 81.

20 Regla sobre no competencia FTC, p. 340.

de recompra o de los programas obligatorios de canje de acciones no se celebran en virtud de una venta de buena fe porque, en cada caso, el trabajador carece de *good will* que esté intercambiando por el acuerdo de no competencia ni el conocimiento o la capacidad de negociar los términos o condiciones de la venta en el momento de la operación.²¹

La FTC decidió no enumerar contratos que carecen del carácter de buena fe, para evitar la suposición de que cualquier contrato o esquema no enumerado automáticamente califica para la excepción. La FTC añadió que los tribunales han sabido identificar y prohibir dichos contratos y esquemas carecientes de buena fe, en casos relacionados a normativas estatales que prohíben las cláusulas de no competencia. Será la facultad entonces, de los tribunales de los Estados Unidos examinar estos reclamos judiciales y determinar si operaciones de venta son reales y de buena fe, o se trata de simulaciones para torcer la prohibición de la Norma.

El concepto de venta de buena fe existente por igual en nuestro ordenamiento jurídico probablemente también será utilizado en las argumentaciones a favor o en contra de estas cláusulas de no competencia en contratos de venta de empresas en litigios relacionados con estas, y será valorado por los jueces que conozcan de estas acciones judiciales. La definición dada por la FTC sobre qué se considera una venta de buena fe, será un referente en eventuales litigios en el país y otras jurisdicciones.

21 *Ibid.*, p.342.

4. Acciones interpuestas previo a la entrada en vigor de la Norma

La FTC también dispuso como excepción que la Norma no aplica para las acciones que surjan previo a la fecha de entrada en vigor de esta, mitigando de esta forma los argumentos en su contra de tener efecto retroactivo. En este sentido la FTC indica que la Norma no es retroactiva, puesto que «no impone ninguna consecuencia sobre la conducta anterior a la fecha de entrada en vigor. La Comisión no está creando nuevas obligaciones, ni imponiendo nuevos deberes, ni atribuyendo nuevas incapacidades por conductas pasadas».²²

Con esto la FTC busca garantizar el debido equilibrio entre la necesidad que advierte de prohibir las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo ante la problemática identificada por esta, pero respetando la seguridad jurídica de los empleadores. Por ende, decidió que los casos abiertos previo a su entrada en vigor seguirán siendo examinados por los jueces apoderados, los que probablemente no escaparán a la influencia de esta norma.

5. Existencia de otras alternativas a las cláusulas de no competencia en contratos de trabajo

Uno de los argumentos principales de los defensores de las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo y opositores a su prohibición durante el proceso de consulta llevado a cabo por la FTC y reseñado por esta en su norma, es que estas son necesarias para garantizar la confidencialidad de secretos e informaciones sensitivas de las empresas, y es normal que así sea pues se supone esta sea la razón principal para establecerlas. En este sentido algunos expresaron

22 Regla sobre no competencia FTC, p. 344.

en el proceso de consulta de la Norma que la FTC debía hacer una excepción respecto de las cláusulas de no competencia incluidas en los contratos de trabajo de empleados que tenían acceso a secretos comerciales, informaciones confidenciales de los negocios, etc., lo que la FTC declinó hacer. Por el contrario, la FTC consideró que: «la protección de los secretos comerciales, la información confidencial y otros relacionados con propiedad intelectual es una justificación insuficiente para la no competencia, ya que los empleadores tienen alternativas menos restrictivas para proteger dicha información».²³

Entre estas alternativas la FTC menciona la firma de acuerdos de confidencialidad, la ley de protección de los secretos comerciales, contratos de trabajo por tiempo definido, entre otras. Esto hará que algunos empleadores de los Estados Unidos tengan que cambiar su práctica, y en vez de simplemente insertar en todos sus modelos de contratos de trabajo cláusulas de no competencia, hacer que estos suscriban acuerdos de confidencialidad, o en los casos que así lo entiendan pertinente adoptar alguna otra modalidad que pueda lograr su objetivo de proteger conocimientos e informaciones comerciales sensitivas.

En el caso de la República Dominicana, el código de trabajo prevé una obligación de confidencialidad a cargo de los trabajadores respecto de secretos técnicos y comerciales,²⁴ aunque en algunos casos los

23 Regla sobre no competencia FTC, p. 357.

24 El numeral 7° del artículo 44 del Código de Trabajo de la República Dominicana dispone que los trabajadores se encuentran obligados a guardar rigurosamente los secretos técnicos y comerciales de los cuales tengan conocimiento por razón del trabajo que ejecuten, así como los asuntos administrativos reservados, tanto mientras dure el contrato de trabajo como después de su terminación.

empleadores suscriben contratos específicos de confidencialidad y no competencia. También prohíbe que el trabajador ejerza el desahucio cuando el empleador ha erogado fondos para su adiestramiento durante un periodo correspondiente al doble del adiestramiento hasta un máximo de dos años.²⁵ La inversión en adiestramiento de los trabajadores fue uno de los argumentos esgrimidos por quienes en la consulta de la FTC propugnaban por la no prohibición de las cláusulas de no competencia, pero esta consideró que había métodos menos restrictivos para retener a los empleados.²⁶ Naturalmente siempre habrá la discusión sobre qué tan efectivos son esos compromisos de confidencialidad, sobre todo porque habiendo una parte muy poderosa de un lado, y otra presumida débil, una tiene mucho que perder, y otra pudiera pensar o ser llevada a pensar que tiene mucho que ganar.

6. Racionalidad económica de la Norma

Según lo establece la FTC la Norma aborda dos problemas económicos principales que se derivan de la utilización de las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo: i) la no competencia tiende a perjudicar las condiciones competitivas en los mercados laborales, aumentando las barreras a la movilidad laboral voluntaria

25 Artículo 75 del Código de Trabajo dominicano en su parte *in fine* indica que: «Si el trabajador ejerce el desahucio contra un empleador que ha erogado fondos a fin de que aquél adquiera adiestramiento técnico o realice estudios que lo capaciten para su labor, dentro de un período igual al doble del utilizado en el adiestramiento o los estudios, contado a partir del final de los mismos, pero que en ningún caso excederá de dos años), su contratación por otro empleador, en ese período, compromete frente al primer empleador la responsabilidad civil del trabajador y además, solidariamente, la del nuevo empleador».

26 Regla sobre no competencia FTC, p. 309.

e impidiendo que las empresas compitan por los servicios de los trabajadores, lo que resulta en una disminución de la productividad de los trabajadores y de las empresas y en salarios más bajos; ii) la no competencia tiende a perjudicar las condiciones de competencia en los mercados de productos y servicios, creando una barrera para la formación de nuevas empresas y el crecimiento empresarial, lo que afecta negativamente a los consumidores al disminuir la competencia en los mercados de productos y servicios.²⁷

Queda claro que hay dos aspectos que la FTC intenta regular, la no competitividad en los mercados laborales y la no competitividad en los mercados de productos y servicios. Como ya vimos, las restricciones a la movilidad laboral fueron prohibidas por la Norma de forma total, y las restricciones a la competitividad de los mercados de productos y servicios fueron el fundamento para que no obstante la FTC considerar que los altos ejecutivos tenían el poder de negociación de las cláusulas de no competencia, estas fueran también prohibidas, pero hacia futuro, respetando que se mantengan vigentes las existentes en contratos suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Norma.

De nuevo vemos el equilibrio entre el objetivo perseguido por una regulación de defensa de competencia de protección de la libertad de los mercados y la prohibición de actividades consideradas anticompetitivas, y la seguridad jurídica. En parte, esta disyuntiva marcó el debate a lo interno de la FTC, como explicaremos a continuación al resumir el contenido de los votos disidentes de dos comisionados.

²⁷ *Ibid.*, p. 457.

7. Votos disidentes de dos de los miembros de la FTC: consenso con la finalidad, disenso respecto de la legalidad de la Norma

Dos de cinco miembros de la FTC ejercieron un voto disidente motivado oralmente, pendiente de que al menos uno de los comisionados publique ulteriores argumentos escritos.²⁸

7.1 Voto disidente expresado por Andrew Ferguson:

El comisionado Andrew Ferguson²⁹ aunque dice que simpatiza con la política incorporada en la Norma, está en desacuerdo con esta por considerarla ilegal por varias razones: i) porque no es atribución de la FTC legislar, la cual es facultad exclusiva del Congreso, y duda que la FTC tenga el poder de anular decenas de millones de contratos existentes para adelantarse a las leyes de los estados, y de declarar la ilegalidad de dichos contratos en todo el país; ii) porque incluso si se considera que la FTC tiene autoridad legal para emitir normas legislativas, carece de autoridad legal para emitir esta norma, pues conforme su criterio fundado en sentencias de la Suprema Corte de dicho país, se requiere una autorización clara del Congreso para hacerlo; iii) porque la Norma se inmiscuye en un área que es del dominio particular de las leyes estatales; iv) porque incluso si se considera que el Congreso le ha conferido de hecho a la FTC esa facultad, esto constituye

28 En el caso de Andrew Ferguson, así lo señaló.

29 Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/ferguson-oral-statement-noncompete.pdf

una delegación inconstitucional del poder legislativo;
v) porque la Norma es «arbitraria y caprichosa» de conformidad con la Ley de Procedimiento Administrativo ya que las pruebas en las que se basa la FTC no pueden justificar una prohibición a nivel nacional de todos los acuerdos de no competencia, independientemente de sus términos, condiciones y efectos particulares.

En conclusión, reconoce la problemática existente y que hay argumentos sólidos a favor de que se regulen las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo, pero entiende que esta regulación le corresponde al Congreso de los Estados Unidos de América, y que la FTC carece de autoridad para hacerlo.

7.2 Voto disidente de la comisionada Melissa Holyoak:

La comisionada Holyoak también expresó su voto disidente³⁰ señalando que estaba de acuerdo con la necesidad de regular las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo. Sin embargo, entiende que la FTC no tiene autoridad para promulgar normas legislativas en virtud de la Sección 6(g) de la Ley de la FTC, y expresa estar de acuerdo con el comisionado Ferguson en el sentido de que, aun suponiendo, que la FTC tenga esa autoridad reglamentaria, entiende que no existe una autorización clara del Congreso en virtud del artículo 5 de la Ley de la FTC para la promulgación de la Norma.

Estos dos votos disidentes probablemente servirán para las argumentaciones de aquellos que han interpuesto acciones en contra

30 Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/non-compete-oral-statement-holyoak.pdf

de la Norma, y suscitarán un debate doctrinal, como se comprueba con la lectura del resumen³¹ de algunos de los causales invocados por los accionantes en contra de la Norma. Solo los tribunales competentes para juzgar la legalidad de dicha norma podrán determinar si estos argumentos en contra tienen fundamento, o si por el contrario la FTC dictó la Norma haciendo un correcto ejercicio de sus facultades. A este proceso de determinación se le suma el fin de la deferencia *Chevron*, la cual inclina la balanza de interpretación hacia los tribunales, limitando en la práctica la autoridad reglamentaria de la FTC. En cualquier caso, respecto de esta discusión de la Norma están chocando de frente la necesidad de una regulación de defensa de la competencia, en la que todos los comisionados parecen estar de acuerdo, con el respeto a la seguridad jurídica, la autonomía de la voluntad y el debido proceso.

III. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y RAZONABILIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA. EL RASERO DE LA REGLA DE LA RAZÓN EN APLICACIÓN DE REGLAS *PER SE*

La autonomía de la voluntad es un principio jurídico fundamental según el cual:

... la voluntad de las personas frente a la del legislador es apta para darse su propia ley, de donde viene positivamente para el individuo la libertad de contratar o de no hacerlo (libertad contractual), la de determinar por mutuo acuerdo el contenido de un contrato bajo los límites dejados a la libertad de las convenciones por el orden público y las

31 SYKES (Jay B), «Servicio de investigación congresual», abogado legislativo,

buenas costumbres, aquella en principio de expresar su voluntad bajo cualquier forma (consensualismo), de ahí más generalmente, la afirmación que la voluntad de las partes es la fuente de la obligación contratada (Código Civil artículo 1134, párrafo 1) y aquella de la interpretación de los contratos (artículo 1156).³²

No obstante, esta libertad de las personas para decidir libremente y pactar acuerdos tiene límites y restricciones, aunque algunas restricciones pueden ser consideradas necesarias, como veremos.

8. Restricciones accesorias

La restricción accesoria se define como el «Principio conforme al cual deben considerarse autorizadas aquellas limitaciones a la libertad de las partes que sean necesarias para la correcta ejecución y cumplimiento de un contrato, aun cuando aisladamente consideradas pudieran considerarse incompatibles con el derecho de la defensa de la competencia».³³

8.1 Origen de la teoría en los Estados Unidos de América

Las cláusulas de no competencia se consideran restricciones accesorias, concepto que surge en el derecho de la competencia en los Estados Unidos de América desde finales del siglo XIX, específicamente en el caso *Addyston Pipe and Steele Co.* sosteniéndose que «una restricción contractual era legal cuando la cláusula que la contenía era simplemente accesoria en relación

32 CORNU (Gerard), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 3ra., edición.

33 Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej-rae-es.webpkgcache.com/doc/-/s/dpej.rae.es/lema/restricci%C3%B3n-accesoria>

con el objetivo principal del contrato, que era en sí mismo legal, y cuando era necesaria para garantizar al acreedor de la obligación el goce de los frutos legítimos del contrato, o para protegerlo contra un uso injusto de estos frutos por la otra parte». ³⁴

Las guías de colaboración entre competidores de la FTC y el Departamento de Justicia usando este razonamiento consideraban que una restricción es «razonablemente necesaria» cuando no haya alternativas significativamente menos restrictivas disponibles al momento en que se celebró el contrato.³⁵ Como ya vimos, las restricciones accesorias son actualmente analizadas bajo la regla de la razón, caso por caso. Luego de la entrada en vigor de la Norma (regla *per se*) y mientras esté vigente, ya no sería necesario que un juez las examine para determinar si son anticompetitivas, pues han sido declaradas prácticas anticompetitivas por la FTC y en tal virtud prohibidas.

8.2 Restricciones accesorias en la Unión Europea

La Unión Europea también incluye las cláusulas de no-competencia dentro de la categoría de restricciones accesorias la cual tiene sus orígenes en tres casos analizados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: Remia/Nutricia,³⁶ Pronuptia de Paris GmbH

34 MARTÍ MIRAVALLS (Jaume), «Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia». Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3038436.pdf>

35 Federal Trade Commission & Department of Justice, Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, 2000. Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

36 Asunto 42/84; Remia BV y NV Verenigde de Bedrijven Nutricia v. CE; 1985.

v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis³⁷ y Gottrup-Klim.³⁸ La Comisión Europea en la Comunicación 101/08³⁹ se refiere a las restricciones accesorias, expresando que:

...Cuando las empresas lleven a cabo una cooperación a la que no se aplica la prohibición del artículo 101,⁴⁰ apartado 1, por tener efectos neutros o positivos sobre la competencia, la restricción de la autonomía comercial de una o varias de las empresas participantes tampoco está comprendida en dicha prohibición, siempre que dicha restricción sea objetivamente necesaria para llevar a cabo la cooperación y sea proporcionada a los objetivos de la cooperación (denominadas «restricciones accesorias»). Para determinar si una restricción constituye una restricción accesorio, es necesario examinar si la cooperación sería imposible de llevar a cabo en ausencia de la restricción en cuestión. El hecho de que la cooperación sea simplemente más difícil de llevar a cabo, o menos rentable sin la restricción en cuestión, no hace que dicha restricción sea «objetivamente necesaria» y, por tanto, accesorio.⁴¹

37 Asunto 161/84; Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis; 1986.

38 Asunto C-250/92; Gottrup-Klim Grovvareforening y Otros v. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA; 1994.

39 Comisión Europea; Comunicación de la Comisión, Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado; 2004/C 101/08; 2004. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2023-70032>

40 El artículo 101 tiene como objetivo asegurarse de que las empresas no utilicen acuerdos de cooperación horizontal para impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior en detrimento último de los consumidores.

41 Comunicación 101/08, 1.2.6. Restricciones accesorias, párrafo 34.

De la lectura de ese párrafo se desprende que las restricciones accesorias deben ser objetivamente necesarias, y proporcionales a los objetivos perseguidos. En el derecho comunitario de la competencia se han establecido condiciones y límites a las cláusulas de no competencia, en este sentido por ejemplo, la comunicación de la comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin 56/03⁴² incluye limitaciones con respecto de su duración, sólo están justificadas por un máximo de tres años, del ámbito geográfico, deben limitarse a la zona en la que el vendedor ofrecía los productos o servicios, en cuanto a su contenido, limitadas a los productos y servicios que constituyan la actividad económica de la empresa traspasada, y en cuanto a las personas cubiertas incluyen al vendedor, sus filiales y agentes comerciales, excluyendo específicamente cualquier pacto que restrinja la acción de otras partes.

La Comunicación 56/03 también hace excepciones a las cláusulas de no-competencia, considerando que no pueden considerarse necesarias «si, en realidad, el traspaso se limita a activos materiales (como terrenos, edificios o maquinaria) o a derechos exclusivos de propiedad industrial y comercial (cuyos titulares pueden emprender de inmediato acciones legales contra las infracciones que pueda cometer el cedente de dichos derechos)». Tal como hemos expresado las cláusulas de no competencia en tanto que restricciones accesorias, constituyen un pulso entre dos derechos el de la libre competencia, y el de la libre contratación.

42 Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03). Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=EN)

Como exponen distintos autores: «detrás de la doctrina de las restricciones accesorias está la idea de la unidad del sistema jurídico: el carácter unitario del ordenamiento exige no considerar ilícitos por el Derecho antitrust los acuerdos o pactos que son inmanentes al Derecho contractual, en cuanto que imprescindibles para que determinados contratos produzcan los efectos que le son propios».⁴³

Hay que destacar el carácter necesario de esta restricción, que debe considerarse como imprescindible. Luego de la publicación de la comunicación sobre restricciones accesorias de 2005, que está vigente en la actualidad, se ratificó el nuevo principio de autoevaluación de las cláusulas concurrenciales, considerándose que la comisión tiene un rol residual de evaluación. «La modificación de las normas que regulan la evaluación de las restricciones directamente vinculadas a la realización de la concentración y necesarias a tal fin (en adelante denominadas «restricciones accesorias») introduce el principio de la autoevaluación de estas restricciones. Este hecho refleja la intención del legislador de no obligar a la Comisión a evaluar y tratar individualmente las restricciones accesorias».⁴⁴

Esto es, la Comisión Europea si bien dictó reglas *per se*, luego de hacerlo dejó al dominio de la regla de la razón y de la autoevaluación el examen de las restricciones accesorias, como es el caso de las cláusulas de no competencia. La Norma de la FTC como ya hemos

43 PÉREZ MOLINA (Mario Antonio) «La evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas en la Unión Europea», tesis doctoral, p. 35. Disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C6481182F53FF62A052581D9007462B8/\\$FILE/2015000001137.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C6481182F53FF62A052581D9007462B8/$FILE/2015000001137.pdf)

44 Comunicación de la comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), párrafo 2. Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)&from=EN)

señalado decidió abandonar las autoevaluaciones estableciendo una prohibición expresa. Las circunstancias particulares de los Estados Unidos probablemente justificaron tal decisión, no obstante, los cuestionamientos a su legalidad. En otros países con circunstancias similares empieza a debatirse si estas cláusulas de no competencia no debieran ser igualmente prohibidas, como es el caso en Canadá.⁴⁵

Sin embargo, debemos ser cautelosos y no pretender ampliar el contenido de la Norma más allá de sus fronteras, el marco legal imperante, las realidades, necesidades y circunstancias de cada país son distintas, por tanto lo que puede tener justificación en los Estados Unidos, no necesariamente lo tiene en otras jurisdicciones, o lo que tenga fundamento legal allí tampoco lo tendría necesariamente fuera de este como la misma FTC reconoce en su Norma, independientemente del cuestionamiento a dicho fundamento legal que tendrá que ser decidido por los tribunales de dicho país.

8.3 Diferencias entre el caso de los Estados Unidos de América y la Unión Europea

En los Estados Unidos por el tamaño de su economía y sofisticación de sus mercados, y las circunstancias particulares del sistema de derecho anglosajón *Common Law* o de reglas no escritas, el uso de las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo según se reseña en la Norma se expandió de tal manera que se indica que 1 de cada 5 trabajadores de ese país estaban afectados por estas.

Los países de la Unión Europea en su mayoría son países del *Civil Law*, con códigos y leyes escritas, y no necesariamente requieren de

45 Disponible en: <https://www.theglobeandmail.com/business/commentary/article-a-canadian-federal-ban-on-non-compete-agreements-is-long-overdue/>

contratos de trabajo escritos, existiendo en muchos de estos países códigos de trabajo cuyas disposiciones se imponen a la relación entre empleadores y empleados. Es el caso también de la República Dominicana en el que la inmensa mayoría de los contratos de trabajos no constan en un documento escrito ya que todas las disposiciones del Código de Trabajo de la República Dominicana resultan aplicables a la relación laboral, y el mismo código define este contrato en su artículo uno como «...aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta».

La existencia en los Estados Unidos de un significativo número de grandes empresas líderes mundiales en la provisión de productos y servicios, en múltiples sectores en los que la innovación, el secreto comercial y otras informaciones confidenciales son parte esencial, unida a la necesidad de contratos escritos de trabajo, provocó que hubiera un uso más allá de lo razonable de la inserción de cláusulas de no competencia en contratos de trabajo, inclusive en contratos para empleados comunes que probablemente no había justificación para que se les impusieran estas restricciones, derivándose un efecto perverso para estos de restricción a su movilidad laboral y posibilidades de creación de nuevas empresas.

En la Unión Europea, por el contrario, el desarrollo de las cláusulas de no competencia se da fundamentalmente vinculado al de operaciones sofisticadas de fusiones y adquisiciones de empresas y acuerdos de cooperación entre empresas, y bajo la tradición de derecho escrito la Comisión Europea ha establecido reglas *per se* en sus distintas comunicaciones, para mayor seguridad jurídica de

las empresas afectadas.⁴⁶ Las cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo en sentido general son válidas en los países de la Unión Europea, aunque están sujetas a algunas condiciones tales como tiempo máximo y compensación económica razonable, otros países como es el caso de España⁴⁷ tienen regulaciones especiales sobre estas cláusulas en los contratos de trabajo.⁴⁸

En consecuencia la necesidad que se dio en los Estados Unidos de América que a la vez fue parte de la justificación para dictar la Norma, muy probablemente no exista, al menos actualmente, en la mayoría de los países de la Unión Europea, dado que: i) no es indispensable que los contratos de trabajo se suscriban por escrito; ii) hay reglas comunitarias que establecen condiciones a las restricciones que constituyen las cláusulas de no competencia; iii) hay regulaciones específicas sobre cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo; iv) no hay una situación parecida a la de los Estados Unidos de que uno de cada cinco trabajadores esté afectado por una de estas, ni una situación de inquietud e inconformidad como la que allí existía previo al dictamen de la Norma por una utilización más allá de lo razonable de esta.

8.4 Diferencias entre el caso de los Estados Unidos de América y la República Dominicana

46 Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (2005/C 56/03), párrafo 4.

47 VICENS BELLO (Marisol), «Las cláusulas de no competencia: una realidad no regulada en la legislación nacional». Disponible en: <https://headrick.com.do/wp-content/uploads/2017/09/Marisol-Vicens.pdf>

48 Pingo Palacios, Jazmín. Los pactos de exclusividad y no competencia contractuales y post contractuales: inclusión o no en el régimen laboral privado (Tesis para optar el título de abogado).

La República Dominicana al igual que la generalidad de los países de la Unión Europea tiene el «Civil Law», y la mayor parte de sus códigos aún vigentes fueron adopciones de códigos franceses del siglo XIX o códigos napoleónicos.

En nuestro país existe un código de trabajo cuyas disposiciones se imponen a la relación entre empleadores y empleados, y por eso en el caso de la República Dominicana la inmensa mayoría de los contratos de trabajos no constan en un documento escrito ya que todas las disposiciones del Código de Trabajo de la República Dominicana resultan aplicables a la relación laboral, y el mismo código define este contrato en su artículo 1 como «...aquel por el cual una persona se obliga, mediante una retribución, a prestar un servicio personal a otra, bajo la dependencia y dirección inmediata o delegada de ésta».

Las cláusulas de no competencia no están reguladas en la República Dominicana, pero desde hace tiempo son utilizadas ya que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad las convenciones tienen fuerza de ley entre las partes, salvo las restricciones que la ley o las buenas costumbres impongan, conforme dispone el artículo 1134 del Código Civil piedra angular del Derecho Contractual francés y del dominicano, así como el artículo 1133.

Las mismas son utilizadas generalmente en ocasión de venta de una empresa, por la venta total de sus activos o de sus acciones, con el consabido interés 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 determinados casos 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.⁴⁹

Se trata pues de un uso puntual, no generalizado de estas cláusulas, por las razones que ya se expusieron en las diferencias entre las circunstancias en la Unión Europea *versus* los Estados Unidos, aunque reforzadas, dado el tamaño de nuestro país y de nuestro mercado, así como del número de grandes empresas existentes con secretos comerciales e informaciones confidenciales, así como de empleados con acceso a este tipo de informaciones.

La propia jurisprudencia existente evidencia esto, pues existen contados fallos de nuestros tribunales respecto de las cláusulas de no competencia. En sentido general podemos decir que las cláusulas de no competencia en contratos de trabajo son altamente cuestionadas en nuestro país al establecerse como un derecho fundamental por la Constitución el hecho de que «nadie puede impedir el trabajo de los demás ni obligarles a trabajar contra su voluntad» (numeral 2) artículo 62 de la Constitución) en igual sentido el Principio II del Código de trabajo.

En una sentencia del 16 de diciembre de 2022, Suprema Corte de Justicia dominicana⁵⁰ acogió la definición de la doctrina en relación con las cláusulas de no competencia y estableció que, aunque no estén reguladas expresamente en el ordenamiento jurídico como obligación de no hacer, están sometidas a las disposiciones del derecho común,⁵¹ artículo 1145 del Código Civil de la República Dominicana.

49 VICENS BELLO, *Op., cit.*

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

51 artículo 1145 del Código Civil dominicano.

...La doctrina especializada en esta materia ha establecido que las cláusulas de no competencia constituyen 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;¹¹ las cuales, si bien no se encuentran expresamente reguladas en nuestro ordenamiento jurídico, al tratarse de una obligación de no hacer se encuentran sometidas, en principio, a las disposiciones del artículo 1145¹² del Código Civil, el cual establece que: «Si la obligación consiste en no hacer, el contraventor debe daños y perjuicios, por el solo hecho de la contravención».⁵²

En otra sentencia del 31 de octubre de 2018 nuestra Suprema Corte de Justicia⁵³ en cuanto al plazo para solicitar la nulidad de una cláusula de no competencia debió haber sido realizada en el plazo de 3 meses a partir de la extinción del contrato de trabajo que la contenía, ya que «debido a la naturaleza complementaria y accesorio de la cláusula de no competencia al contrato de trabajo, deben aplicarse las normas legales que rigen la competencia y el procedimiento laboral»,⁵⁴ estableciendo que:

...Considerando, que aunque la vigencia de la obligación de no competencia se extendiera por cinco años, a partir de la terminación del contrato de trabajo, la prescripción de cualquier acción que tuviere por objeto

52 Notas de la sentencia:

53 SCJ, 3.a Sala, 31 de octubre de 2018, núm. 760-2018.

54 *Ibid.*, p. 10.

su nulidad debió intentarse en el plazo de los tres meses, a partir de la extinción del contrato de trabajo, tal y como lo dispone el Código de Trabajo, pues al extinguirse este contrato desaparece la relación de trabajo y aunque sus efectos puedan prolongarse más allá de su existencia, su causa se sustenta en un contrato que ya ha terminado;

En otra sentencia del 18 de julio de 2007 nuestra Suprema Corte de Justicia⁵⁵ decidió lo siguiente:

...Considerando, que al comprometerse la empleadora a pagar al trabajador las prestaciones que corresponden por ley no podía verse como una condición suspensiva para el cumplimiento de esa obligación, la necesidad de la firma de un convenio de no competencia señalado en la misiva, el cual, tal como lo expresa el recurrente, está consignado en el contrato de trabajo existente entre las partes, de lo que no se hace mención en la sentencia impugnada, razón por la cual la misma carece de motivos suficientes y de base legal, por lo que debe ser casada;

Especial trascendencia tiene la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional dominicano en fecha 8 de septiembre de 2021⁵⁶ en relación con una cláusula de no competencia que restringía la posibilidad de trabajar a una persona que había suscrito un «contrato exclusivo de artista de grabación», en virtud del cual su contraparte y luego de la dimisión de dicha artista, le notificaron un acto de

55 SCJ, 3.ª Sala, 18 de julio de 2007, núm. 29.

56 TC/0280/21.

alguacil a una empresa que la había contratado advirtiéndola sobre la existencia del contrato exclusivo de representación, lo que trajo como consecuencia que no se concretizara dicha actividad artística. El Tribunal Constitucional consideró que:

... Si bien es cierto que el contrato entre la señora Luisanna Evelina Grullón Hernández y Daomar Enrique Crespo Aldana, Henry Jiménez Music Group y Henry Jiménez fue un contrato con consentimiento de las partes, no puede obviarse el hecho de que dicho consentimiento puede ser revocado, según expresa la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT. La Comisión ha considerado, en relación con la libertad de los trabajadores de dejar el empleo, que aun cuando el empleo resulte directamente de un acuerdo libremente concluido, el derecho de los trabajadores a la libre elección del empleo sigue siendo inalienable.

Y en tal virtud decidió:

...TERCERO: ACOGE en cuanto al fondo la acción de amparo interpuesta por la señora Luisanna Evelina Grullón Hernández contra los señores Daomar Enrique Crespo Aldana y Henry Jiménez así como a las razones sociales Henry Jiménez Music Group y Divas By Jiménez S.R.L y ORDENA que se abstengan de impedir u obstaculizar las labores que pudiera contratar la señora Luisanna Evelina Grullón Hernández en el ejercicio de su derecho fundamental al trabajo, hasta tanto las jurisdicciones apoderadas decidan sobre las demandas realizadas por ambas partes.

Como se desprende de la lectura del fallo antes transcrito, la corte acogió la acción de amparo de la artista, ordenando a las personas que alegan derechos exclusivos sobre esta, abstenerse de impedir las labores o contrataciones que ella pueda realizar en ejercicio de su derecho fundamental al trabajo, naturalmente, hasta tanto los tribunales de fondo decidan sobre las demandas realizadas. En cuanto a esta sentencia del Tribunal Constitucional, debemos destacar lo expresado por una de las magistradas quien ejerció un voto disidente, a pesar de estar de acuerdo con el fondo, precisamente por considerar que era necesario asentar la validez de los contratos de exclusividad, entre otros motivos.⁵⁷

...1. Validez de los contratos de exclusividad:

1.1. Quien suscribe entiende prudente hacer la acotación de que la particularidad de este caso no invalida los efectos generales o validez jurídica de los contratos de exclusividad, pues en efecto como refiere el artículo 1134 del Código Civil dominicano «Art. 1134.- Las convenciones legalmente formadas tienen fuerza de ley para aquellos que las han hecho»; lo que no sería válido, en el marco de una relación contractual de índole laboral, conforme los preceptos del derecho laboral, que se le limite u obligue a reiniciar a derechos reconocidos por la ley, tal como lo señala el Principio de la irrenunciabilidad de los Derechos contenido en el principio fundamental V del Código de Trabajo, el cual reza de la forma siguiente: «Los derechos reconocidos por la ley a los trabajadores, no

57 *Ibid.*, p. 24.

pueden ser objeto de renuncia o limitación convencional.

Es nulo todo pacto en contrario».

También expresó que:

...1.9 Que esta juzgadora, además, hace eco de que los contratos de exclusividad, así como las cláusulas de no competencia, no están expresamente reguladas en la legislación de la República Dominicana, aun siendo éstas una realidad imperante, que según el principio de la autonomía de la voluntad que rige nuestro derecho contractual, son perfectamente válidas y ejecutables.

1.10. Sobre ello precisamos, y concordamos con la fórmula de la legislación española de que, para configurar el pacto de dedicación exclusiva, se exige que concurren dos elementos copulativos: 1) que exista pacto expreso y, 2) que medie compensación económica. Admitiendo la normativa, la rescisión del pacto por parte del trabajador, con a lo menos treinta días de anticipación, perdiendo en tal caso la compensación económica y los derechos vinculados al pacto.⁵⁸

Aunque todavía la Suprema Corte de Justicia y el Tribunal Constitucional no han fallado un caso en el que directamente toquen el fondo de las cláusulas de no competencia, queda claro de las sentencias antes reseñadas que: i) aunque no estén reguladas

58 Artículo 21, apartado 3 del Estatuto de los Trabajadores de España, a saber: En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

expresamente son válidas al tenor del principio de la autonomía de la voluntad expresado en la libertad contractual consagrada en el artículo 1134 del Código Civil; que en relación con un contrato de trabajo se consideran un accesorio de este y por tanto están sujetas a sus plazos de prescripción; iii) que una cláusula de no competencia que se entienda impida trabajar a una persona sería un atentado al el ejercicio del derecho fundamental del trabajo.

Lo expresado en el voto disidente de la jueza del Tribunal Constitucional antes citado, sugiere que en el país deberíamos seguir el precedente de la legislación española. Al presente la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (Pro-Competencia), creada mediante la Ley 42-08, que entró en vigor finalmente luego del dictamen de su reglamento de aplicación mediante Decreto 252-20 de fecha 15 de julio de 2020, no ha conocido, o al menos no se ha publicado al momento, casos en sede administrativa relacionadas con cláusulas de no competencia. Al presente, dicho órgano está llevando a cabo consultas para proponer modificaciones a la Ley 42-08, por lo que estas modificaciones pudieran incluir la incorporación de regulaciones sobre las cláusulas de no competencia y las restricciones accesorias en general.

No obstante, en virtud de la facultad reglamentaria concedida por la Ley 42-08 a la Comisión,⁵⁹ esta pudiera contemplar incorporar algunos lineamientos sobre estas cláusulas de no competencia inspirados en las normativas de la Unión Europea, muchas de las cuales han sido asumidas en la práctica por empresas y sus abogados

59 Artículo 31 literal j) de la Ley 42-08: «Dictar resoluciones reglamentarias de carácter general y de carácter especial en las materias de su competencia, así como para el buen funcionamiento administrativo de la Comisión».

en un ejercicio de auto regulación. Las cláusulas de no competencia, suscritas al amparo de la autonomía de la voluntad y su corolario, la libertad de contratación, en adición a los límites tradicionales de la ley, el orden público y las buenas costumbres, deben pasar la evaluación de no constituir prácticas anticompetitivas, lo que, en la República Dominicana ante la inexistencia de reglas claras y directas, *per se*, deberá seguirse haciendo caso por caso bajo la regla de la razón.

IV. CONCLUSIONES

Las cláusulas de no competencia son aceptadas en casi todo el mundo como una necesidad de los mercados, sujetándolas a regulaciones específicas en algunos casos, reglas *per se*, o dejándolas a la evaluación de los jueces bajo las reglas de la razón.

En los Estados Unidos país en el que se desarrollaron y cuyo uso se expandió masivamente en los contratos de trabajo, luego de décadas de una regulación poco agresiva de la FTC, las circunstancias imperantes e insatisfacción de muchos trabajadores provocaron que dicha agencia hiciera un viraje dictando la Norma sobre cláusulas de no competencia en los contratos de trabajo, prohibiéndolas salvo las excepciones previstas por esta para los altos ejecutivos, y dejando claro que esta prohibición no afecta las cláusulas convenidas en ocasión de una venta, sujeto a que se trate de una operación de buena fe.

La repercusión de esta norma en el ámbito internacional impregnado por las prácticas norteamericanas será limitada dado las diferencias entre sistemas jurídicos del *Common Law*, como es el caso de los Estados Unidos de América, y de *Civil Law*, como muchos países

de la Unión Europea y de Latinoamérica, como es el caso de la República Dominicana, además de las muy distintas circunstancias y necesidades. Esta ruptura de la FTC luego de años de regulación pasiva dejando a los jueces la evaluación de las cláusulas de no competencia, inclinándose por establecer reglas *per se*, para prohibir estas en el ámbito de los contratos de trabajo, evidencia la búsqueda del equilibrio entre la libre contratación y competencia, las necesidades de los mercados y la seguridad jurídica.

Las críticas en contra de la Norma y los argumentos en rechazo de esta esgrimidos por los comisionados disidentes y aquellos que han interpuesto recursos en contra de su aplicación, generan desde ya un debate interesante. El gran desafío será la decidir si la FTC tiene o no el poder de dictar esta Norma. El viraje de la Suprema Corte de Justicia en torno a la deferencia *Chevron*, según se comenta «cambiará el equilibrio de poder entre los poderes ejecutivo y judicial y dará una importante victoria a los conservadores que han buscado durante años controlar la autoridad reguladora del “estado administrativo”». ⁶⁰

Esto pudiera aumentar las posibilidades de que la Norma sea considerada ilegal, por no tener la FTC la autoridad para dictarla, lo que en la antesala de unas elecciones generará mucha presión por parte de grandes empresas que desean mantener estas cláusulas de no competencia. Lo más importante es que las decisiones se tomen buscando el justo equilibrio entre la defensa del interés general y los intereses particulares, garantizando la libre competencia, pero sin quebrantar la seguridad jurídica.

60 Disponible en: <https://edition.cnn.com/2024/06/28/politics/chevron-precedent-supreme-court/index.html>

V. BIBLIOGRAFÍA

ARBOLEDA SUÁREZ (Carlos Ignacio), «El régimen de las cláusulas de no-competencia», *Rev. Derecho Competencia*. Bogotá (Colombia), vol. 12, N° 12, pp. 161-193, enero-diciembre 2016.

CHOPRA (Rohit) y **KHAN** (Lina M.), «The Case for “Unfair Methods of Competition” Rulemaking», *University of Chicago Law Review*: vol. 87: Iss.2. 2020. Disponible en: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/4/> [consulta 26/06/2024].

CORNU (Gerard), *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, 3ra. edición. Diccionario Panhispánico del español jurídico. Disponible en: <https://dpej-rae-es.webpkgcache.com/doc/-/s/dpej.rae.es/lema/restricci%C3%B3n-accesoria> [consulta 27/06/2024].

Federal Trade Commission & Department of Justice, *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, 2000. Disponible en: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf [consulta 24/06/2024].

MARTÍ MIRAVALLS (Jaume), *Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3038436.pdf> [consulta 26/06/2024].

SYKES (Jay B.), «Servicio de Investigación Congressional», Disponible en: <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/>

LSB/LSB11159#:~:text=On%20April%2023%2C%202024%2C%20the,non%2Dcompetes%20with%20senior%20executives_[consulta 24/06/2024].

Tesis Doctoral La evaluación *Antitrust* de las concentraciones de empresas en la Unión Europea, Autor Mario Antonio Pérez Molina, Disponible en: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C6481182F53FF62A-052581D9007462B8/\\$FILE/2015000001137.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/C6481182F53FF62A-052581D9007462B8/$FILE/2015000001137.pdf) [consulta 27/06/2024].

VICENS BELLO (Marisol), Las cláusulas de no competencia: una realidad no regulada en la legislación nacional. Disponible en: <https://headrick.com.do/wp-content/uploads/2017/09/Marisol-Vicens.pdf> [consulta 26/06/2024].