XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO EMPRESARIAL

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

FELIPE CHIARELLO DE SOUZA PINTO

VIRGINIA SUSANA BADO CARDOZO

Copyright © 2024 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU – São Paulo
Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Fernando Passos – UNIARA - São Paulo
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia
Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal
Comunicação:
Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão
Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM – São Paulo
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará
Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI – Santa Catarina
Eventos:
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo
Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina
Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP – Pernambuco

D597
DIREITO EMPRESARIAL
[Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI
Coordenadores: Viviane Coêlho de Séllos Knoerr, Felipe Chiarello de Souza Pinto, Virginia Susana Bado Cardozo – Florianópolis: CONPEDI, 2024.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-964-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: ESTADO DE DERECHO, INVESTIGACIÓN JURÍDICA E INNOVACIÓN
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – 2. Direito. 3. Empresarial. XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU (2: 2024 : Florianópolis, Brasil).
CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XIII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI URUGUAI – MONTEVIDÉU

DIREITO EMPRESARIAL

Apresentação

Texto de Apresentação do Grupo de Trabalho:

DIREITO EMPRESARIAL I

É com grande satisfação que avaliamos os trabalhos selecionados para o GT DIREITO EMPRESARIAL I, a coordenação do GT foi composta pelos Professores Doutores Virginia Susana Bado Cardozo da Universidad De La República – UDELAR, Felipe Chiarello de Souza Pinto da Universidade Presbiteriana Mackenzie – MACK/SP e Viviane Coêlho de Séllos Knoerr do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, que subscrevemos esta apresentação.

O GT reuniu contribuições significativas que exploram diversos aspectos do atual contexto e abrangência do direito empresarial e concorrencial, refletindo a complexidade e a dinâmica do ambiente jurídico contemporâneo.

Os artigos aqui apresentados oferecem uma análise crítica e inovadora sobre temas que vão desde o consumo colaborativo até as cláusulas de não concorrência, passando por questões de arbitragem e recuperação judicial. A diversidade dos temas abordados demonstra a amplitude e a profundidade das pesquisas realizadas, tanto no Brasil quanto no Uruguai, contribuindo para o avanço do conhecimento e para a prática jurídica.

Ordem de Publicação dos artigos:

1. A EVOLUÇÃO DO CONSUMO: O CONTEXTO EMPRESARIAL SOCIAL E SOLIDÁRIO NO CONSUMO COLABORATIVO

o Este estudo analisa as novas formas de consumo colaborativo, destacando seu impacto no contexto empresarial social e solidário.

2. A INSUFICIÊNCIA DO DISREGARD PARA AVALIAR A RESPONSABILIDADE DO GRUPO DE EMPRESAS

o Uma discussão aprofundada sobre a aplicação do disregard e suas limitações na avaliação da responsabilidade entre empresas de um mesmo grupo.

3. ARBITRAGEM NOS CONTRATOS DE FRANQUIA COM VISTAS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

o Este trabalho explora a utilização da arbitragem em contratos de franquia, analisando sua compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

4. AS CLÁUSULAS DE NON-COMPETE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA URUGUAIO

o Uma análise das cláusulas de non-compete e seu impacto sob a ótica do direito da concorrência no Uruguai.

5. AS RELAÇÕES DE TRABALHO CONTEMPORÂNEO: SÍNDROME DE BURNOUT AO KAROSHI NO BRASIL

o O artigo aborda as relações de trabalho modernas, destacando questões como a síndrome de burnout e o karoshi no contexto brasileiro.

6. CLAWBACK: UM DIAGNÓSTICO CONTEMPORÂNEO

o Uma investigação sobre a prática do clawback, oferecendo um diagnóstico contemporâneo sobre sua aplicação.

7. ENSAIO SOBRE O DEVER DE LEALDADE NA HIERARQUIA EMPRESARIAL: DIÁLOGO ENTRE O DIREITO DO TRABALHO E O DIREITO SOCIETÁRIO

o Este ensaio propõe um diálogo entre o dever de lealdade nas relações de trabalho e no direito societário.

8. ESTUDO DA ESTRUTURA FINANCEIRA DE EMPRESAS URUGUAIAS EM CRISE DE SOLVÊNCIA

o Uma análise das estruturas financeiras de empresas uruguaias em crise, com foco na viabilização de sua reorganização através do procedimento concursal.

9. RECUPERAÇÃO JUDICIAL: CUSTOS PROCESSUAIS E RENEGOCIAÇÕES CREDITÍCIAS QUE IMPACTAM NO SOERGUIMENTO DE CRISE ECONÔMICO-FINANCEIRA EMPRESARIAL

o O artigo examina os custos processuais e as renegociações creditícias no contexto da recuperação judicial.

10. SISTEMA MULTIPORTAS E APLICAÇÃO DOS MÉTODOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE DISPUTAS EM VARIADOS TIPOS DE CONFLITOS EMPRESARIAIS

o Uma avaliação do sistema multiportas e a aplicação de métodos adequados para a solução de disputas empresariais.

As apresentações contextualizaram os artigos e destacaram a importância de cada um dos temas para o avanço do direito empresarial, econômico, concorrencial e para a cidadania e uma sociedade sustentável, promovendo um debate enriquecedor entre os participantes, verificada a grande participação de pesquisadores de vários estados brasileiros e especialmente, dos nossos anfitriões uruguaios, com o envolvimento notável de professores, pós-graduandos e alunos de graduação, que compartilhando maneiras de enfrentar os problemas levantados, nos presenteiam com textos de recomendada leitura.

Agradecemos ao seleto grupo que conosco integrou o GT DIREITO EMPRESARIAL I, no CONPEDI internacional 2024, ocorrido na reconhecidamente respeitada e acolhedora UDELAR, em seus 175 anos.

Montevidéu, setembro de 2024.

Os coordenadores

AS CLÁUSULAS DE NON-COMPETE SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA URUGUAIO.

NON-COMPETE CLAUSES FROM THE PERSPECTIVE OF URUGUAYAN COMPETITION LAW

Paulina Fodere
Hector Demian Scaianschi Marquez

Resumo

O dinamismo no mercado é essencial para a concorrência, exigindo mercados abertos sem barreiras para novos participantes. As limitações estabelecidas pelos próprios agentes, as barreiras "privadas", podem paralisar o mercado. No Uruguai, desde a Lei N.º 18.159 e sua reforma na Lei N.º 19.833, os acordos entre empresas que limitam a concorrência são anticompetitivos e estão proibidos. Apesar disso, os pactos de não concorrência (non compete) têm um uso amplo e são percebidos como legítimos. Estas cláusulas são comuns na compra e venda de empresas para evitar que o vendedor se torne um competidor. Também são encontradas em contratos de trabalho, onde uma recente norma da Federal Trade Commission nos EUA renovou o debate a respeito, introduzindo uma proibição geral de tais pactos, levantando questões sobre seu impacto econômico. O estudo foca nessas duas modalidades de restrições: em contratos de trabalho e em aquisições empresariais. A pesquisa busca entender a tensão entre proteger interesses legítimos e a ilicitude de acordos que limitam a concorrência, localizando uma zona de conflito entre o regime de Defesa da concorrência e o da proteção contra a concorrência desleal. Utilizamos uma metodologia que inclui a análise de fontes secundárias e primárias, referidas à jurisprudência e os antecedentes resolvidos pela Comissão de Promoção e Defesa da Concorrência. Conclui-se, de modo preliminar, que nosso direito apresenta particularidades que tornam essa tensão irresolúvel, sendo necessária uma modificação do regime legal vigente em vários níveis.

Palavras-chave: Não concorrência, Defesa da concorrência, Concorrência desleal, Non compete

Abstract/Resumen/Résumé

Market´s dynamism is essential for competition, which requires open markets without barriers for new participants. The limitations established by the agents themselves—"private" barriers—can ossify the market. In Uruguay, since the enactment of Law No. 18,159 as amended by Law No. 19,833, agreements between companies that limit competition are deemed anti-competitive and, as such, prohibited. Despite this, non-compete agreements have widespread use and are perceived as legitimate. These clauses are common in the sale of companies to prevent the seller from becoming a competitor. They are also found in employment contracts, where recent regulations by the Federal Trade Commission in the US

have renewed the debate by introducing a general prohibition of such agreements, raising questions about their economic impact. The study focuses on these two types of restrictions, both in the field of employment contracts and in M&As transactions. The research aims to understand the tension between protecting legitimate interests and the illegality of agreements that limit competition, identifying a conflict zone between the antitrust legal regime and the protection against unfair competition. We use a methodology that includes the analysis of secondary and primary sources, referring to case law and precedents resolved by the Uruguayan Antitrust Authority. Preliminary conclusions suggest that our legal system shows particularities that make this tension irresolvable, demanding a reform of the current legal framework at various levels.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non-competition, Competition defense, Unfair competition, Anti-competitive practices

1. Introducción

El dinamismo en el mercado es una premisa básica para el desarrollo de la competencia. Ello implica que éste debe ser abierto, reduciéndose las barreras de ingreso de nuevos agentes. Muchas veces, el foco en estas cuestiones se coloca sobre las barreras legales, que son aquellas que expresan una determinada política económica del Estado. Pero junto a estas, son tanto o más importantes las barreras que fijan los propios agentes. A diferencia de las primeras—con las que se podrá estar de acuerdo o no, pero cuentan al menos con una legitimación democrática—las barreras "privadas" o "artificiales" son medidas de autotutela de los jugadores ya establecidos que provocan el anquilosamiento del mercado (Broseta y Martínez Sanz, 2008: p. 164). Desde la entrada en vigor de la Ley N.º 18.159[1] ("LDC"), y en particular luego de la reforma introducida por Ley N.º 19.833[2], las prácticas unilaterales o coordinadas entre competidores que generan o tienden a producir este efecto son calificadas como conductas anticompetitivas, estando alcanzadas por una prohibición amplia y estricta.

Sin embargo, lo anterior contrasta con una práctica extendida en Uruguay que desafía esta prohibición. Así, los acuerdos o cláusulas de no competencia (*non compete*)—y otros pactos con efecto funcional equivalente—tiene por objeto, precisamente, limitar la competencia, sin perjuicio de lo cual son percibidos como herramientas lícitas que atienden a intereses dignos de tutela. Lo cierto es que se incluyen en múltiples negocios con la finalidad expresa de bloquear una segregación del capital humano de la empresa que pueda generar un nuevo competidor. En ámbitos como el de la compraventa de empresas, tanto el uso de estas cláusulas como la percepción sobre su licitud está consolidado desde larga data, al punto de ser prevalente la visión de que la prohibición para el vendedor de competir es un pacto implícito (obligación de no reestablecerse) en toda operación de estas características (Rodriguez Olivera, 1978: p. 103; Zunino, 1982: p. 188, Schwartz, 1999: 26; Ripa, 1974: p.132).

Como veremos seguidamente, es indudable la lógica razonable y atendible que hay detrás de estos pactos que buscan prevenir que la empresa se vea expuesta a acciones de competencia desleal. Con ello identificamos el problema central de la investigación. Intentaremos desatar el nudo que genera la tensión entre la necesidad de protección de estos intereses y la ilicitud de los acuerdos que limitan o restringen la competencia. Abordaremos el problema a partir de dos de las modalidades más extendidas

[1] Ley 18.159, de Defensa de la Libre Competencia en el Comercio, del 20 de julio de 2007 y reglamentada por Decreto del Poder Ejecutivo N.º 404/007, del 29 de octubre de 2007 ("Decreto 404/007").
[2] Ley 19.833, de modificación de la Ley 18.159 de 20 de julio de 2007, relativa a la defensa de la libre competencia en el comercio, del 20 de septiembre de 2019.

de pactos de restricción de la competencia. Una refiere a aquellos incorporados en contratos de trabajo o con prestadores de servicios, punto respecto al cuál se ha producido muy recientemente una innovación crucial en el Derecho comparado con el dictado en abril de 2024 de una norma por la *Federal Trade Commision* de los Estados Unidos que prohíbe esta clase de pactos entre trabajadores y empleadores. Dedicaremos cierta atención a este punto ya que involucra un análisis profundo de los efectos económicos del non compete (o de su eventual prohibición), en términos de incentivos para la inversión en la formación profesional, impacto en los niveles salariales o en la creación de nuevas empresas (Palma y Pollard, 2024; Pollard, Fontanella-Khan y Raval, 2024). La otra modalidad sobre la que concentraremos la atención son las restricciones acordadas en operaciones de adquisición de empresas y que buscan impedir que los vendedores continúen desarrollando la misma actividad comercial bajo el ropaje de un nuevo emprendimiento.

Toda esta temática exhibe un indudable interés práctico determinado por el uso profuso de estas cláusulas en los sectores identificados, sin perjuicio de que será necesario profundizar la investigación para obtener evidencia empírica respecto a la extensión de su uso—principalmente a nivel de contratos de trabajo—así como a la importancia que las partes les asignan como condiciones de la operación global en la que se insertan. Adicionalmente, presenta una gran relevancia teórica al colocarnos en el corazón de una zona de conflicto entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la competencia desleal[3]. Aquí colisionan las políticas que sustentan cada uno de estos regímenes, el primero orientado hacia la protección de la libertad de mercado en sí y el segundo más impregnado de notas de tutela de intereses privados (Campuzano, Palomar y Calderón, 2015; Falco y Iglesias, 2016: pp. 154-155; Aumente y Ciavattone, 2020, pp. 570, 573). Los objetivos que nos planteamos se dirigen a describir el régimen jurídico vigente respecto a la validez de las cláusulas de non compete en Uruguay desde la perspectiva del Derecho de la competencia, explicar las causas de sus particularismos, identificar sus deficiencias y, a partir de ella, elaborar algunas ideas iniciales para superarlas. Como veremos en las páginas que siguen, la conclusión preliminar que hemos construido—y que funcionará como hipótesis de trabajo para una futura profundización de la investigación—identifica a los supuestos analizados como un reflejo de que la tensión mencionada no está adecuadamente resuelta en nuestro Derecho. Y ello es causa tanto de deficiencias como de excesos en el régimen jurídico integral de protección del mercado. En

[3] El marco jurídico de la competencia desleal en Uruguay se integra con el 10 bis del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial de 1883, ratificado por el Decreto ley 14.910 y que se complementa con el sistema general de responsabilidad civil extracontractual, en particular, derivado de los artículos 1319 y 1321 del Código Civil.

consecuencia, señalaremos algunas pautas para la construcción de una solución, de *lege ferenda* en este caso, que supone abrir un debate en torno a la base misma de este sector del Derecho económico.

La investigación que aquí presentamos tiene un carácter exploratorio de la problemática central que identificamos como la tensión entre la prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia y los intereses válidos que hay detrás de su incorporación en ciertos sectores de la contratación. A su vez, incluye un estudio descriptivo basado en una metodología de relevamiento de fuentes secundarias, bibliográficas, y primarias consistentes en la jurisprudencia y las resoluciones de la autoridad de Defensa de la competencia de Uruguay (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia) que se han pronunciado sobre algún aspecto de las limitaciones contractuales a la libertad de competir.

Comenzamos en el **Capítulo 2** con la exposición del marco teórico en el que definimos a las cláusulas de non compete y su relación con un grupo de libertades, de mercado, de trabajo, de comercio y la libertad contractual, evidenciando los conflictos que se producen entre ellas. Ingresaremos luego en el **Capítulo 3** al estudio concreto de la validez de las cláusulas de non compete bajo el régimen vigente de Derecho de la competencia en Uruguay y dedicaremos, como adelantamos, el **Capítulo 4** a la revisión de la cuestión a nivel del derecho de los Estados Unidos y Europa, a efectos de evaluar cómo han trabajado estos sistemas sobre los problemas que identificamos como resueltos de modo deficiente por nuestra regulación. Cerraremos el trabajo con unas reflexiones finales a modo de conclusiones sobre las deficiencias y eventuales modos de afrontarlas (**Capítulo 5**).

2. Marco teórico

2.1. Caracterización de los acuerdos y cláusulas de no competencia

Los non compete son pactos contractuales por los que se le impone a una parte una restricción, con mayor o menor alcance, de desarrollar una actividad empresarial. Propiamente, el negocio es fuente de una obligación de no hacer y puede consistir en un contrato autónomo con ese objeto en particular, aunque lo usual es que sea un término accesorio a otro negocio jurídico (Waisman, 2004). La limitación puede afectar, básicamente, a tres dimensiones: geográfica, temporal u objetiva, refiriendo esta última al alcance de las actividades alcanzadas (Príncipe, 2002: p. 40).

Como cualquier término contractual su eficacia deriva del sistema de responsabilidad civil. El incumplimiento habilitará a quien lo padece a reclamar los daños y perjuicios, debiendo acreditar su existencia y cuantía. En tal sentido, la eficacia del pacto puede fortalecerse a través de una liquidación anticipada de daños, en cuyo caso también se deberá acreditar su producción, pero el monto de la

reparación quedará prestablecido o tasado por el acuerdo de partes[4]. Otra posibilidad todavía de mayor intensidad envuelve el pacto de una cláusula penal, lo que hace innecesario incluso probar la existencia del daño, pudiendo reclamarse el pago pactado como consecuencia del simple incumplimiento (Menegatti, 2022: p. 668).

Estos acuerdos son utilizados en una multiplicidad de negocios jurídicos. Es habitual encontrarlos en operaciones de fusión y adquisición de empresas ("M&As") y en toda clase de acuerdos asociativos o de colaboración, tanto a nivel de contratos preparatorios como en los definitivos. También en convenios de accionistas o pactos "parasociales", buscando prevenir que los socios conduzcan una actividad en competencia con la sociedad. Otro campo en el que proliferan es el de los contratos de trabajo o arrendamientos de obra, a través de los cuales se limita al trabajador o contratista a realizar actividades en competencia durante el plazo en el que se mantenga el vínculo contractual y que, por lo general, se extiende por un plazo adicional luego de la terminación.

2.2. Los intereses protegidos por las cláusulas de non-compete

Hay vínculos que necesariamente colocan a una parte en una posición de vulnerabilidad frente a otras. Esta es la situación de la empresa frente a ciertos trabajadores estratégicos, que conocen al detalle el modelo de negocios e incluso los secretos comerciales y, por consiguiente, tiene la aptitud de reproducirlos o tomar acciones eficaces de desorganización del empleador (Menegatti, 2022: pp. 665, 666). El mismo riesgo se presenta en los procesos de compraventa de empresas, donde los vendedores deben proporcionar información crucial a los potenciales compradores. Esta información es necesaria para que los compradores determinen el valor de la empresa, fijen un precio y decidan si seguir adelante con la operación. Sin embargo, al compartir esta información, los vendedores se arriesgan a que los compradores decidan no concretar la compra y utilicen los conocimientos adquiridos para iniciar un nuevo negocio, ya sea desde cero o mediante la adquisición de otro competidor. La necesidad de otorgar protección frente a esta clase de exposición es lo que está en la base, por ejemplo, de la teoría de la *culpa in contrahendo* (Gordley, 2006: p. 304; Kessler y Fine, 1964: pp. 401, 412)

En sede laboral, las cláusulas de non compete restringen el uso de conocimientos que la persona adquirió por su relación con el empleador, muchas veces derivados de inversiones en formación del personal. La lógica que subyace es evitar que los conocimientos extraídos de la propia empresa se

[4] Posibilidad prevista en el artículo 1347 del Código Civil

utilicen en su contra. Estas cláusulas suelen fijar un plazo a la restricción, luego del cual se entiende que el riesgo que se quiere conjurar se difumina porque la empresa cambia naturalmente su modo de operar.

Se ha observado que estos pactos buscan otorgar "derechos de exclusiva", por lo que reflejan una lógica similar a la del sistema de protección de la propiedad industrial (Waisman, 2004). El objetivo es garantizar que el creador de conocimientos sobre productos, técnicas de producción, procesos o métodos, pueda apropiarse del valor que éstos generan. En la base está la protección del valor de la empresa. Esto es especialmente visible en acuerdos de fusiones y adquisiciones (M&As). En estos casos, se busca proteger el valor del bien vendido, preservando los intangibles, en especial la clientela que, si bien no es un bien en sí mismo, es un elemento clave en la determinación del valor (Poziomek, 2014: pp. 332-333; Rodriguez Carrau, 2020: p. 241; Príncipe, 2002: p. 40). La venta de una empresa puede definirse como cualquier negocio jurídico que suponga un cambio de control sobre ésta. Ingresan en esta categoría distintas operaciones, como la compra de activos, de acciones o las modificaciones estructurales, como la fusión o la escisión. Pero, más allá de la forma jurídica, el sustrato económico en todos los casos es el mismo. Lo que se vende es una "empresa" en un sentido económico. Si bien el término es especialmente difícil de definir (Falco, 2016), discutiéndose qué elementos incluye, es claro que abarca a los bienes materiales, inmateriales, pero también el know how y a ciertas relaciones personales, como la clientela[5]. Por eso, la posibilidad de vender una empresa y que el vendedor de inmediato pueda iniciar una actividad en competencia directa implica desnaturalizar el propio bien vendido. En especial, implica afectar su valor, porque sin esas relaciones personales es claro que lo que se está vendiendo es otra cosa.

Por eso, parece razonable que quien recibe una suma de dinero por la venta de una determinada realidad, en base al principio de buena fe en la ejecución de los contratos, debería abstenerse de desnaturalizar el bien vendido.

En definitiva, todo lo anterior se conecta con la protección contra la competencia desleal. Específicamente, contra los actos de desorganización interna del competidor.

2.3. La zona de conflicto: la libertad de mercado y sus límites

El mercado se rige por las reglas de la competencia y el principio básico es el de libertad[6]. A su vez, la dinámica de los mercados (considerados como espacios donde se transan bienes y servicios y

[5] Destacando este aspecto del valor empresarial, ver: Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5º Turno, Sentencia 99/2022 del 24 de noviembre de 2022.

[6] La libertad para competir tiene respaldo constitucional, en el artículo 7, 10 y 36 de la Constitución, y normas concordantes de fuente nacional e internacional.

conducen a la fijación de precios por la interacción entre oferta y demanda) es la de un juego de suma cero: cuando un competidor gana un cliente, otro lo pierde. Esto nos conduce a una idea clave, el "daño concurrencial" es, en principio, lícito (Bugallo, 2006: p. 83). Cuando ingresa un nuevo competidor al mercado su accionar ineludiblemente va a menoscabar la posición que ocupaban los demás. Y, nuevamente, ello es de regla lícito, por lo que el trabajador que decide iniciar un emprendimiento propio o el socio que vende su participación en la empresa y comienza un nuevo proyecto están ambos amparados por el derecho a la libertad de trabajo y comercio (Koff y De Freitas, 2019).

Sin embargo, como ocurre de regla con el ejercicio de las libertades, su despliegue irrestricto puede colisionar con derechos y libertades de otras personas. El Derecho de la competencia y de la competencia desleal constituyen precisamente la respuesta a este desafío de fijar los contornos del ejercicio lícito del derecho a competir y alcanzar cuotas mayores de mercado. El problema pasa por determinar cuáles son los parámetros para decidir, por ejemplo, cuándo un trabajador que se va de una empresa—con todo un bagaje de conocimientos adquiridos por su función—traspasa esos límites.

Nuestro sistema económico apunta a los mercados de competencia perfecta, en los cuales ningún agente puede manipular arbitrariamente las principales variables del mercado. La competencia perfecta tiene como consecuencia natural que la oferta y la demanda encuentren un equilibrio óptimo para consumidores y empresas (Bahamonde, 2016: pp. 36, 38). Con esta base, las acciones de los agentes deberían enfocarse en la mejora de precios, calidad o presentación de sus productos o servicios (Merlinski y Carrión, 2001: p. 412). Por consiguiente, cualquier estrategia que implique una manipulación artificial del mercado, como desprestigiar a competidores o apropiarse de sus secretos, entra dentro del marco de la considerada competencia desleal.

Lo anterior puede explicar el modo en que se produce la articulación entre la libertad de mercado y la represión de conductas desleales. Pero existe un elemento que no puede perderse de vista y que explica por qué, en la práctica, este enlace no es nada sencillo. El Derecho de la Competencia atiende a intereses generales, reprime a las prácticas concertadas y al abuso de posición dominante por la restricción que imponen al mercado. Por su lado, la sanción de la competencia desleal, al menos en nuestro país[7], está orientada a proteger los derechos de los propios competidores afectados, más allá de

[7] Propiamente, si atendemos a los objetivos de la LDC y la competencia desleal es difícil fijar una diferencia nítida entre los dos órdenes. Junto con el Derecho del consumo (Ley 17.250), el Derecho de la competencia y la regulación de la competencia desleal forman el orden de regulación de la actuación de los agentes en el mercado. De manera mediata, el efecto que se busca es el mismo. Es perfectamente concebible unificar la regulación, como sucede en el Derecho comparado, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado de Ecuador de 2011. Los dos órdenes tienen por objeto combatir actos que afectan la libre competencia en el mercado. Y los dos buscan que la competencia sea leal. En ambos casos lo que

que las prácticas desleales tengan la potencialidad de afectar las variables del mercado (Molina Sandoval, 2015: pp. 286 y ss.; Koff y De Freitas, 2019). Frente a ello, corresponde preguntarnos en qué medida la protección de intereses privados puede desplazar la vigencia de principios que protegen el funcionamiento del sistema económico global y que, en última instancia, atienden al bienestar de los consumidores en general.

Desde una perspectiva podría considerarse que los dos sistemas son armonizables. El razonamiento iría en esta línea: el régimen de competencia desleal busca reprimir el abuso del derecho a competir, pero nunca al derecho en sí mismo; en este entendido, los acuerdos de non compete, a pesar de restringir el mercado, se justificarían cuando están dirigidos a prevenir conductas abusivas, como la revelación de secretos, la desviación de clientela, acciones de desprestigio, etc. Siendo así, cualquier pacto contractual que represente una limitación que desborde esta finalidad sería ilícito. Ahora bien, supongamos que aceptamos lo anterior, la pregunta siguiente sería: ¿no es sobreabundante entonces un non compete de estas características cuando ya el propio régimen legal sancionaría estas prácticas sin necesidad de pacto contractual alguno? En decir, a estos efectos alcanzaría con la protección que reconoce el artículo 10 bis del Convenio de Paris y los artículos 1319 y 1321 del Código Civil. ¿Por qué las partes necesitarían pactar algo que ya surge de la ley?

La respuesta nos coloca en el centro problema. Las razones por las que se utilizan estos pactos son, básicamente, dos: o porque la parte expuesta no confía en el sistema de protección de fuente legal o porque, en realidad, lo que busca es establecer una limitación que tenga un alcance mayor. Por ejemplo, intenta impedir que sus trabajadores utilicen en otros proyectos conocimientos que adquirieron en la empresa y que ya los han integrado, que forman parte de su formación intelectual y, por ende, cuando los aplican en otro emprendimiento no están robando nada, porque ya le son propios[8]. Pero, evidentemente, esto es una amenaza para el empresario y es entendible que busque mecanismos para enfrentarla.

---

se busca es que la clientela se gane "en base a calidad, mejor difusión del servicio o del bien producido, mejor precio, una mayor eficiencia empresarial".

[8] Un caso representativo de esta problemática fue el resuelto por el TAC 5º, Sentencia 21/2022 del 3 de marzo de 2022. Se desestimó una pretensión de daños y perjuicios dirigida contra una trabajadora que había trabajado 10 años para una empresa de servicios turísticos (agencia de viajes). La parte actora afirmó que la demandad se había llevado información sobre servicios programados para el año siguiente y contactó a los clientes, utilizando los contactos y grupos de WhatsApp en los que estaba por su rol en la empresa. La sentencia estableció ciertos requerimientos para que el know how configure un secreto comercial y que, por ello, el trabajador debería abstenerse de utilizarla en su provecho. Se señaló que no configura un know how especial el diseño de los destinos turísticos en el caso de la actividad de una agencia de viajes. Tampoco los precios ni las técnicas para la organización de los grupos de viaje.

Pero, al mismo tiempo, también es importante considerar que el régimen legal actual tampoco ofrece seguridades a los trabajadores o a la parte vendedora en un proceso de transferencia de empresas, quienes van a enfrentarse a importantes incertidumbres respecto a cómo pueden ser calificadas las acciones comerciales que puedan emprender[9].

La esencia del problema es que el sistema de competencia desleal de Uruguay es defectuoso y no ofrece seguridad jurídica ni a unos ni a otros. Es sumamente general, deja un margen muy amplio para la discreción y no está construido en clave preventiva. Se necesita la producción de un daño efectivo—y la posibilidad de probarlo y cuantificarlo—para que el afectado cuente con acciones efectivas de reparación, y por consiguiente en lo que nos compete, probar un daño (y por ende la presencia de la competencia desleal) supondría la prueba de un efectivo desvío de clientela y un nexo causal entre el desvío y la cláusula de no competencia, o una baja en la venta productos, y el nexo causal entre la baja en las ventas con la cláusula de no competencia -lo cual es casi que imposible de probar.

Ratificando lo aludido, del análisis de las sentencias que tratan el tema hemos llegado a la conclusión de que los tribunales distinguen entre dos tipos de competencia desleal: la laboral y la comercial. Se pueden reclamar solidariamente sin perjuicio de que una es responsabilidad contractual y la otra extracontractual.

La laboral, a nivel jurisprudencial, se relaciona con dos institutos contractuales: con el acuerdo de confidencialidad (NDA) que trasciende la relación laboral, y con los acuerdos de no concurrencia (exclusividad), que no trascienden a la relación laboral. En esta línea, hay muy pocos fallos que amparan la competencia desleal laboral. Para probar que se transfirió el know how e información “confidencial” ilegítimamente, se tiene que probar que la información que se traspasó era secreta de la empresa, que tenía un alto grado de especificidad, y que no había manera de adquirirla por fuera de la empresa. La jurisprudencia resalta que es normal que un trabajador traspase su experiencia de un lugar a otro. Es una cuestión de prueba: qué tipo de información proporcionó, si era pública o secreta, qué tipo de conocimiento aportó.

La competencia desleal en materia comercial es mucho más amplia, se puede plantear, por ejemplo, desde el punto de vista de la imitación. De todas maneras: para que proceda es necesario probar el daño que se generó en la empresa, y tiene que haber una intención de atraer la clientela del competidor de manera ilícita (posiblemente, haciendo que los clientes se confundan de empresa).

[9] Tal como recientemente quedó de manifiesto en el caso “Netcon”, resuelto en segunda instancia el T.A.C.6º; N° 99/2019.

En este sentido, de un análisis jurisprudencial básico se constata que ambos tipos de competencia desleal son inútiles para amparar al empleador o al competidor ante actos que podrían evadirse con la imposición de la cláusula de no competencia. A menos que haya prueba efectiva de un traspaso de información como, por ejemplo, mensajes de WhatsApp en donde se comunica la información confidencial, o a menos que la imitación en sede comercial fuere alevosa, los tribunales no amparan a las empresas que alegan la competencia desleal.

Esto se ratifica en la sentencia nº 24/007, Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 3º Turno, del 12 de febrero de 2007, redactada por Julio César Chalar; la sentencia nº 70/009, del Tribunal de Apelaciones de Trabajo de 1º Turno, de fecha 27 de marzo de 2019, redactada por Rosina Rossi; la sentencia nº 21/2022, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5º Turno, de fecha 3 de marzo de 2022, redactada por Loreley Beatriz Pera Rodríguez; la sentencia nº 99/2022 del Juzgado Ltdo Civil de 5º Turno, del 24 de febrero de 2022, redactada por Juan José Benítez Caorsi; la sentencia nº 270/2022, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil 2º Turno de fecha 30 de noviembre de 2022, redactada por María Adriana de los Santos; y la sentencia nº 200/2023, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil 1º Turno, de fecha 11 de setiembre de 2023, redactada por Ana Gabriela Rivas.

En definitiva, se constata que un sistema de estas características no puede apoyarse únicamente sobre el régimen de responsabilidad civil que está diseñado desde una óptica reparatoria, que constituye, en lo esencial, una herramienta para indemnizar daños. En el terreno en el que nos encontramos es crucial contar con vías para prevenir o evitarlos. Dadas estas circunstancias las partes se ven impulsadas a suplir y completar el régimen legal mediante acuerdos concretos o, en otras palabras, a *contractualizar* esta realidad a efectos de paliar las deficiencias (Paz Ares, 1995: p. 2853).

Y, efectivamente, tal como fue explicado en este capítulo, la jurisprudencia muestra una tendencia a ser estricta en la calificación como "desleales" de las prácticas comerciales. Hay antecedentes que descartan que los trabajadores asuman cualquier obligación implícita de no competir, reconociéndose que puede instalar en nueva empresa en el mismo rubro, utilizando los conocimiento y contactos adquiridos de su relación anterior, e incluso utilizando una denominación comercial similar[10]. Esta concepción restrictiva de las conductas que traspasan los límites de la conducta lícita se agrega como un incentivo adicional de los potenciales afectados para montar estructuras obligacionales que presionen a

[10] Ver TAC 6, Sentencia 111/2018, del 13 de junio de 2018, en el que se desestimó la demanda contra un empleado de una empresa denominada "Automotora Romano" que, luego de ser despedido por notoria mala conducta, alquiló el local comercial contiguo e inició un emprendimiento en el mismo rubro bajo el nombre "Francisco Romano y Asociados",

los trabajadores, contratistas o ex socios para que se inhiban de aventurarse en actividades que puedan impactar negativamente en el negocio de la empresa.

Corresponde ingresar ahora a dilucidar en qué medida es válida esta "contractualización" y la consiguiente auto imposición de límites a la libertad de participar y competir en el mercado.

3. Validez de las obligaciones restrictivas de la competencia bajo la LDC

3.1. Libertad contractual y libertad de trabajo y comercio

El principio básico que gobierna el Derecho contractual moderno es el de la autonomía de la voluntad, también conocido como principio de libertad contractual (*"freedom of contract"*). Implica que, como regla, corresponde que el orden jurídico reconozca y otorgue soporte al poder de autorregulación de las partes, respaldando en la mayor medida posible los efectos de los términos contractuales diseñados por ellas, salvo cuando éstos colisionen con una norma de naturaleza imperativa que establezca prohibiciones o consagre derechos indisponibles (Grundmann, 2011: p. 494).

Los pactos que restringen la concurrencia estarían amparados por el principio de libertad contractual, pero, desde otra perspectiva, quienes los asumen estarían disponiendo, al menos parcialmente, de su derecho al trabajo y a la libertad de comercio, consagrados en los artículos 7 y 36 de la Constitución de la República. La posibilidad de consentir esta clase de restricciones es reconocida siempre que no represente una abdicación absoluta de estos derechos (Príncipe, 2002: 40). Así lo ha reconocido también la jurisprudencia nacional, avalando en reiteradas oportunidades la legitimidad de estas cláusulas[11].

---

[11] Ver TAC 5º, Sentencia 21/2022, en la que la sala manifestó que la restricción a la concurrencia del trabajador contra el empleador debe interpretarse y aplicarse en forma estricta, haciendo referencia con ello, aunque no de forma explícita, a que la restricción debería abarcar únicamente a conductas desleales. Y, luego, en un comentario lateral pero sumamente relevante a nuestros efectos, se afirmó: *"La excepción a esa regla, se da cuando existe pacto expreso…"*, con lo que se estaría afirmando que una cláusula expresa permitiría ampliar el contenido de la limitación. En la misma línea, se pronunció el Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de 5º Turno, Sentencia 99/2022 del 24 de noviembre de 2022 que señala:

> Formuladas estas consideraciones, se advierte que BRITO y MENA al no estar atados por un acuerdo de no competencia, en su nueva actividad de ex trabajadores, pueden constituir perfectamente competencia en relación con su anterior empleador, en base a la libertad de trabajo y empresa.

Y más adelante:

> Llama la atención que durante todo el proceso, se haya intentado destacar por la parte actora, la relevancia de la función de ingeniero agrimensor de los co-demandados, en cuanto eran dos en una estructura de 1.500 empleados, pero no se haya convenido un pacto de no concurrencia. […] Estos elementos tan relevantes para la actora, no lo fueron en su momento, ya que, pese a la importancia, no suscribió pacto de no concurrencia con la consiguiente contraprestación, ni había la necesidad de un plazo de preaviso razonable para renuncia.

Vemos, entonces, que por el lado de los principios generales del derecho contractual no parecerían surgir objeciones a la validez de esta clase de pactos. Sin embargo, hoy en día la limitación más nítida—y no por ello menos problemática—viene establecida por el Derecho de la competencia. Como vimos, estas normas reprimen acciones que pretenden influir artificialmente en el mercado a través de la concertación entre competidores o el abuso de posición dominante. Por ello, son normas que protegen un interés público, defienden al mercado, colocando en el foco a los derechos de los consumidores como beneficiarios de su funcionamiento adecuado. Por lo tanto, tienen carácter imperativo y no puede renunciarse a ellas.

Y aquí nos encontramos con una segunda característica del sistema legal uruguayo que hace que el tema sea especialmente complejo. Ingresaremos a continuación a analizar cómo se aborda esta cuestión desde el elenco de las conductas prohibidas establecidas en los artículos 4 y 4-BIS de la LDC, adelantando desde ya que la denominada prohibición "per se" de prácticas concertadas incorporada en la reforma del año 2019 no admite, de acuerdo con una interpretación literal del texto vigente, ninguna excepción, se presenta con una rigidez tal que parece constituir una barrera infranqueable para reconocer cualquier clase de non compete en el Derecho uruguayo.

Es evidente que el non compete implica una restricción o limitación a la competencia, constituyendo un dispositivo para bloquear el ingreso de nuevos jugadores[12]. En particular, la práctica parecería quedar fácilmente atrapada dentro del alcance de la prohibición establecida en el artículo 2 de la LDC:

> Se prohíbe el abuso de posición dominante, **así como todas las prácticas,** conductas o recomendaciones, individuales o concertadas, que tengan por efecto u **objeto, restringir, limitar, obstaculizar, distorsionar o impedir la competencia actual o futura en el mercado relevante** [el destacado nos pertenece].

Tanto cuando un trabajador se compromete a no desarrollar un emprendimiento propio en competencia con su empleador, o cuando en una compraventa de empresas se establece un non compete para los vendedores, estamos con claridad ante una acción que tiene por objeto limitar la competencia futura. De regla, nos hallamos ante una conducta prohibida. Sin perjuicio de lo cual, en el marco de los artículos 2 y 4 de la LDC, la práctica podría justificarse bajo la regla de la razón, también incluida en el artículo 2 de la LDC en los siguientes términos:

[12] Asunto N.º 22/2019: Fábricas Nacionales de Cerveza – Mercado de la Cerveza. Investigación de oficio.

> A efectos de valorar las prácticas, conductas o recomendaciones indicadas en el párrafo que antecede, el órgano de aplicación podrá tomar en cuenta si esas prácticas, conductas o recomendaciones **generan ganancias de eficiencia económica** de los sujetos, unidades económicas y empresas involucradas, la **posibilidad de obtener las mismas a través de formas alternativas**, y el **beneficio que se traslada a los consumidores**.

La doctrina ha señalado que la prohibición sería inválida solo si fuera absoluta, observándose, a su vez, que la práctica no debería quedar abarcada por la prohibición si no produjera un impacto efectivo sobre la competencia y siempre que contara con una justificación en el marco del negocio considerado en su conjunto (Poziomek, 2014: 334, 336).

De acuerdo con estas posiciones, la licitud del non compete dependería de que cumpliera con dos requerimientos: por un lado, que no produzca un impacto negativo en los consumidores y, por otro, que su alcance sea razonable, proporcionado a las necesidades del negocio de base, lo que impone analizar, a su vez, su plazo, su alcance geográfico y su alcance respecto a las actividades objetivamente alcanzadas.

De todas formas, el argumento planteado anteriormente se torna irrelevante cuando se analiza el problema bajo el imperio del artículo 4 BIS de la LDC, que vino a consagrar las prohibiciones "*per se*": si una práctica está comprendida por este artículo, está prohibida sin necesidad de analizar el impacto que pueda tener sobre el mercado.

Así, por más que una cláusula de no competencia no genere un efecto negativo sobre la competencia y, en definitiva, se prevea por ejemplo en el marco de un M&A para brindarle seguridad al comprador de que el vendedor no saldrá a competirle inmediatamente después de haber firmado el contrato de compraventa, por imperio de este artículo, la cláusula es ilícita.

El artículo 4 BIS prohíbe expresamente convenir sobre la limitación de la producción de bienes o servicios (numeral 2) y también prohíbe la división geográfica del mercado de bienes, servicios, clientes o fuentes de aprovisionamiento (numeral 3). En este sentido, las cláusulas de no competencia se encuentran contempladas por esta norma en la medida que limitan la producción de bienes al limitar la entrada de agentes económicos al mercado, y también suponen una división del mercado por sectores geográficos, en la medida de que imposibilitan la apertura de mercados competitivos en nuevas zonas al atar al personal a un mercado geográfico específico. También hay casos en donde estas cláusulas se pactan entre competidores, en donde en supuestos de entrar en procesos de fusión, se comprometen a no competir en las zonas en donde cada uno de ellos está asentado.

Es importante destacar que el concepto de "competidores" bajo el artículo 4-BIS incluye tanto a los actuales como a los potenciales. Esto se debe a que las prácticas colusorias pueden no solo afectar a los competidores existentes, sino también disuadir o impedir que nuevos actores ingresen al mercado. Por ejemplo, un gerente que firma una cláusula de no competencia puede ser considerado un competidor potencial si posee el conocimiento, las habilidades y los contactos necesarios para iniciar una empresa competidora o unirse a un competidor existente. Si una cláusula de no competencia impide a dicho gerente entrar en el mercado, esto podría tener el efecto de reducir la competencia futura, lo cual va en contra del espíritu del artículo 4-BIS.

4. Limitaciones al non-compete en el Derecho comparado

La Comisión Federal de Comercio (FTC) de Estados Unidos promulgó una regla final que prohíbe las cláusulas de no competencia en el marco de los contratos de trabajo[13]. La regla prohíbe la creación de nuevas cláusulas de no competencia e invalida las existentes dentro de los contratos de trabajo, y para el solo caso de que se trate de ejecutivos senior, no invalida las existentes (es decir, a diferencia del caso del resto de los trabajadores, las existentes continúan siendo exigibles) pero prohíbe la creación de nuevas[14].

La autoridad estadounidense justifica su decisión desde varios puntos de vista. Desde el derecho de la competencia, argumenta que son injustas porque son **restrictivas** y **excluyentes**, en la medida de que afectan negativamente a la competencia en el mercado laboral y en el mercado de productos y servicios (FCT, 2024: 105). La FCT entra en un profundo análisis de cada punto (por qué es restrictiva, por qué es excluyente, por qué afecta el mercado laboral y por qué afecta el mercado de bienes y servicios). A *grosso modo*, entiende que son excluyentes y restrictivas porque cuando el trabajador entra en un acuerdo de no competencia se afectan los balances de fuerzas en el mercado desfavoreciendo a los rivales en la medida de que les impide ingresar al juego de competir por el talento disponible en un determinado sector de actividad que, por lo general, se encontrarán ocupando puestos clave en otras empresas del sector. Se pierde así la posibilidad de captar el talento sobre la base del mérito y la calidad del trabajo que se ofrece. También impide la posibilidad de apertura de nuevos negocios en ese mercado

[13] Ver Federal Trade Commission, 16 CFR Part 910, RIN 3084-AB74, Non-Compete Clause Rule. El texto completo de la norma puede encontrarse en https://www.federalregister.gov/documents/2024/05/07/2024-09171/non-compete-clause-rule.

[14] *With respect to existing non-competes, i.e., non-competes entered into before the final rule's effective date, the Commission adopts a different approach for "senior executives" than for other workers. Existing non-competes with senior executives can remain in force; the final rule does not cover such agreements.357 For workers who are not senior executives, existing noncompetes are no longer enforceable after the final rule's effective date* (FCT, 2024: 94)

(FCT, 2024: 114), porque cualquier persona que se especialice en un área determinada se encuentra impedida de volcar toda la experiencia adquirida en un negocio en competencia.

Esto se traduce en una suba de precios para los consumidores, y en una baja de salarios para los trabajadores (FCT, 2024: p. 134), consecuencia directa de un mercado en donde la interacción de las fuerzas naturales de la competencia está sometida a restricciones.

En este sentido, la FCT explica que el mercado de bienes y servicios (y no sólo el laboral) se ve dañado porque al encadenar a trabajadores a determinados empleos, se limita la innovación de tres maneras: (a) impide que los trabajadores comiencen negocios en donde persiguen nuevas ideas; (b) prohíbe que cada negocio cuente con los empleados que "encajen" correctamente en su área de actividad, en la medida que impide que cada trabajador busque un trabajo que maximice sus talentos (y por consiguiente la habilidad de innovación de cada empresa se ve disminuida); y (c) reducen el movimiento de trabajadores entre empresas, disminuyendo el flujo de conocimientos lo que inhibe la polinización cruzada (*cross-pollination*) de ideas innovadoras (FCT, 2024: p. 165).

También tiene un efecto negativo sobre la calidad de los productos y servicios, en la medida que los trabajadores que están disconformes con su trabajo y no se pueden ir, tienden a producir y ofrecer servicios de menor calidad (FCT, 2024: p. 202).

Por otro lado, desde el punto de vista del derecho laboral, la FCT entiende que, para los trabajadores por fuera de los ejecutivos senior, estas cláusulas son coercitivas y abusivas, en la medida que colisiona con la libertad de trabajo. La FCT comprueba que muchos trabajadores con empleos no-especializados se someten innecesariamente a acuerdos que contienen cláusulas de no competencia. Alega que mucho de estos trabajadores no acceden a la información confidencial o al *know how* que se pretende proteger con la imposición de este tipo de cláusulas. En estos casos, la FCT concluye que estas cláusulas impiden el aumento de salarios, ya que restringen la demanda de trabajo, y afectan negativamente las condiciones laborales en general, al limitar la posibilidad de los trabajadores de buscar nuevos empleos si están insatisfechos con sus empleos actuales. En este sentido, la FCT argumenta que, en situaciones donde las cláusulas de no competencia son innecesarias, éstas se imponen debido a la falta de poder de negociación de los trabajadores, siendo, por lo tanto, impuestas unilateralmente.

La norma de la FTC no comprende a todas las cláusulas de no competencia -sino que meramente refiere a aquellas que comprometan a trabajadores. A su vez, hace una excepción para las cláusulas de no competencia firmadas en el contexto de la venta de empresas. Esto significa que las cláusulas de no

competencia que forman parte de un acuerdo de M&A pueden seguir siendo válidas, siempre que se justifiquen como necesarias para proteger el valor e integridad de la transacción

Indirectamente, la FCT incorpora la doctrina de las restricciones accesorias o auxiliares que hace larga data se venía aplicando sin estar expresamente consagrado en el derecho positivo. Esta doctrina justifica la licitud de la imposición de cláusulas restrictivas de la competencia en la medida de que sean necesarias y estén estrechamente vinculadas con una operación principal que no sea restrictiva de la competencia (Arboleda Suárez, 2016: p. 166).

El Derecho Europeo ha plasmado esta doctrina en el párrafo 18 de la Comunicación de la Comisión sobre las restricciones directamente vinculadas a la realización de una concentración y necesarias a tal fin (Comunicación 2005/C 56/03[15], publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea:

> Las cláusulas inhibitorias de la competencia impuestas al vendedor en el contexto de la cesión de toda o parte de una empresa pueden estar **directamente vinculadas a la realización de la concentración y ser necesarias a tal fin**. Para obtener el valor íntegro de los activos transferidos, el comprador debe gozar de algún tipo de protección frente a la competencia del vendedor que le permita fidelizar la clientela y asimilar y explotar los conocimientos técnicos. Las cláusulas inhibitorias de la competencia garantizan la cesión al comprador del valor íntegro de los activos transferidos (...). Estas cláusulas no sólo están directamente vinculadas a la concentración, sino que también son necesarias para su realización, porque hay buenos motivos para creer que sin ellas no sería posible la venta de la totalidad de la empresa o de parte de la misma."

Sin perjuicio de ello, la Comunicación 56/03 incluye limitaciones a estas cláusulas. Es decir: por más que las valida siempre que estén prendidas y sean necesarias a una operación económica que no perjudica a la competencia, establece un universo limitado de cláusulas admisibles: restringiendo su duración, su ámbito geográfico, su contenido, y las personas vinculadas a ellas (no se puede exceder el criterio de la necesidad y la proporcionalidad). De esta forma, conforme al párrafo 20 de la referida Comunicación, estas cláusulas sólo son válidas cuando su plazo no excede tres o dos años -dependiendo de la situación.

Cierta doctrina ha intentado de justificar la licitud de las cláusulas de no competencia mediante la incorporación de la doctrina de las restricciones accesorias. Por más lógico que fuere el resultado de esta adopción, entendemos que no encaja con el sistema jurídico de defensa de la competencia uruguayo.

[15] El texto de la norma fue recuperado de https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(02)

En el sistema normativo uruguayo debe prevalecer el sentido claro de la ley, por más defectuosa que puedan resultar las soluciones a las que ella conduce. Por ello, entendemos que no se puede dejar de aplicar el artículo 4 BIS por una vía de escape de una doctrina extranjera. Sin perjuicio de ello, entendemos que tanto el derecho europeo como el estadounidense funcionan como claros ejemplos en donde se regula este tipo de cláusulas de manera acertada, en la medida que se reconocen por lo que son -limitaciones de la competencia- pero se permite su aplicación bajo determinados parámetros.

5. Conclusiones

El artículo 4-BIS de la LDC dispone una prohibición general a los acuerdos restrictivos de la competencia. Como venimos de ver, según su literalidad, el texto no reconoce excepciones. A su vez, al abarcar tanto a competidores actuales como potenciales, comprende a los pactos de no competencia al tratarse de acuerdos que tienen por objeto específico limitarla. Esto coloca al Derecho uruguayo en una situación excepcional. Las cláusulas de non compete pueden atender a intereses válidos. De hecho, a nivel del Derecho comparado existen avenidas de mayor o menor alcance para habilitar la efectividad de esta clase de pactos, pasando la discusión por definir cuáles son los criterios de su licitud, como la razonabilidad de la limitación en términos objetivos, geográficos y temporales (De Ly, 2006: pp. 449 y ss.).

El panorama actual en Uruguay exhibe una rigidez inusual. Ahora bien, la necesidad de escapar de este corsé puede conducir a elaborar excepciones por vía de lecturas contrarias al tenor del texto legal. En muchos casos es comprensible el intento por proteger el valor de un pacto que reviste una utilidad innegable para las partes y que, incluso, puede ser esencial para viabilizar la operación global. Sin embargo, la aplicación contra *legem* genera, por un lado, la erosión de la prohibición en sí y, por otro, nos coloca en un espacio de incertidumbre jurídica, dado que, una vez admitida la perforación de la prohibición, se abre una discusión sin ninguna guía para definir su amplitud.

Por otro lado, el régimen de competencia desleal tiende a proteger a las empresas contra prácticas como el aprovechamiento de secretos u otros intangibles, que son los riesgos que se buscan contener a través de las cláusulas de non compete. Sin embargo, la utilidad práctica que reporta a las empresas es muy relativa. Lo anterior, también nos conduce a pensar en la forma como está diseñado el régimen actual de protección contra la competencia desleal. Como vimos, la opinión generalizada es que la diferencia entre el Derecho de la competencia y la competencia desleal está en el interés jurídico tutelado. Ello explica que el estado se involucre en la protección contra prácticas anticompetitivas, que haya establecido una agencia especializada en su represión y que se la haya dotado de facultades que tienden

a prevenir estas prácticas para proteger el correcto funcionamiento del mercado. La defensa contra la competencia desleal, al visualizarse como un tema que atañe a intereses básicamente privados, se relega en los propios particulares afectados.

Sin embargo, si se mira el fenómeno desde una óptica un poco más general, podemos concluir que esta diferencia no es tal. Ambos regímenes protegen el funcionamiento correcto del mercado, involucrando intereses generales o públicos (Brosenta y Martínez Sanz, 2008, pp. 165, 166). En efecto, la generalización de prácticas de competencia desleal termina, tarde o temprano, corrompiendo la operación adecuada del mercado en su globalidad[16]. Sin dudas que en ambos casos también hay un correlato en la esfera privada, y los dos regímenes ofrecen a los agentes económicos herramientas de protección de sus intereses comerciales individuales. Así, del análisis del caudal de resoluciones de la CPDC se evidencia como son los propios competidores afectados por prácticas anticompetitivas los que recurren ante el organismo solicitando su amparo, utilizando la vía administrativa bajo la confianza de que los poderes de la CPDC son más efectivos que utilizar la vía judicial[17].

En definitiva, no parece razonable que el Estado se repliegue de la represión de las conductas de competencia desleal el Estado dejándola enteramente en manos de los particulares[18]. Esto es lo que sucede en el sistema vigente. Con la agravante ya mencionada de sus carencias a nivel preventivo y la necesidad de probar los daños efectivos causados, derivada de su falta de autonomía y su pertenencia al sistema general de responsabilidad extracontractual.

Estas circunstancias generan la necesidad de ajustar este segmento del Derecho uruguayo. Las acciones deben dirigirse hacia dos objetivos. Por un lado, establecer por vía positiva las matizaciones a la prohibición genérica del artículo 4-BIS de la LDC, bajo el criterio de que las excepciones deben operar con una lógica de *ultima ratio*, en casos en que no existan otras alternativas para conseguir un efecto

[16] El hecho de que hay intereses públicos involucrados lo demuestra la dimensión penal de la competencia desleal que busca atender a intereses públicos. En Argentina: revelación de secretos 153 a 157 del Código Penal argentino. Molina Sandoval: "No puede entenderse que un ordenamiento promueva la "libre competencia" sin sancionar actos y conductas empresariales que puedan considerarse desleales".

[17] Milotur c/ FNC, Resolución 121/2017; Baranur c/ Samsung y otros, Resolución 158/2016, Susviela c/ Santa Rosa 66/2016) entre otros, Leopoldo Trivel c/ ASU, Disco, Tienda Inglesa etc. 330/2021.

[18] En las legislaciones de Chile, Perú, Colombia, Venezuela, la autoridad administrativa tiene poderes represivos, para ordenar el cese de las conductas e imponer sanciones, más allá de la reparación. Hay países que cuentan con organismos administrativos de tutela de la competencia desleal: Colombia, Superintendencia de Industria y Comercio (Ley 256 de 1996). Perú, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal de 1992, Comisión de Protección al Consumidor y a la Comisión de Represión contra la Competencai Desleal. Venezuela, Ley para Promover y Proteger el Ejercicio de la Libre Competencia, 1992, Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia. Chile, ley 20.169 de Competencia desleal, Ministerio de Economía, Subsecretaría de Economía.

similar y con el alcance justo para proteger el interés del beneficiario digno de protección[19]. De este modo, se incluiría los acuerdos de limitación a la competencia en el marco de operaciones de compraventa de empresas en línea con la reciente excepción fijada por FTC en el artículo 910.3 de la nueva regla prohibitiva[20].

A su vez, en una empresa que reconocemos como más ambiciosa, es preciso abocarse a la optimización del régimen de protección contra la competencia desleal. El sistema debe ofrecer mayores certezas, debe operar como base para la construcción de una jurisprudencia coherente y que encuentre un balance adecuado entre el derecho a competir, la importancia que tiene para el sistema que las empresas compitan y la erradicación de prácticas abusivas. Debe contar con dispositivos como la "acción preventiva o de prohibición" (artículo 5 de la ley de Colombia) que permitan anticiparse a que se produzcan daños irreparables o impactos indelebles. A su vez, la sanción de estas prácticas no puede tomar exclusivamente la medida del daño, siendo conveniente que incorpore variables análogas a las que utiliza el Derecho de la competencia, como el grado de participación de los responsables, la intencionalidad, la condición de reincidente del infractor.

6. Referencias bibliográficas

Arboleda Suárez, C. I. (2016). El régimen de las cláusulas de no-competencia. Revisa Derecho Competencia, volumen N° 12, Bogotá, Colombia, p. 161-193. Recuperado de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://centrocedec.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/6-el-regimen-de-las-clausulas.pdf el 14/06/2024.

Aumente, J. y Ciavattone, A. (2020). Reparación de empresas víctimas de prácticas anticompetitivas y de actos de competencia desleal. En Thomasset (coord.) *Derecho de la Competencia* (pp. 569-590). FCU, Montevideo

Bahamonde Delgado, R. (2016). *El Derecho de la competencia y los acuerdos de transferencia de tecnología*. Cizur Menor: Aranzadi.

[19] En tal sentido, hay que tener en cuenta que muchas veces la protección puede conseguirse a través de otros mecanismos e, incluso, que las restricciones jurídicas no es inusual que disten de ser las más eficaces (Rodriguez Carrau, 2021: 189). El establecerse mecanismo operativas de protección, otorgando solo la información necesaria o utilizando medios tecnológicos que dificultan la duplicación de la información. En definitiva, no afectar el mercado cuando existían mecanismos alternativos para conseguir el mismo efecto. También se puede abordar el tema a través de la cláusula de representaciones y garantías. O estableciendo cláusula de ajuste de precio en función de los resultados de los ejercicios siguientes a la adquisición.

[20] La excepción tiene el siguiente alcance: "(a) Bona fide sales of business. The requirements of this part 910 shall not apply to a non-compete clause that is entered into by a person pursuant to a bona fide sale of a business entity, of the person's ownership interest in a business entity, or of all or substantially all of a business entity's operating assets".

Broseta Pont, M. y Martínez Sanz, F. (2008), *Manual de Derecho mercantil*, vol. 1. 15 ed. Madrid: Tecnos.

Bugallo, B. (2006). Competencia desleal: noción evolutiva y algunos actos no previstos expresamente en el artículo 10 bis del Convenio de París. En *Anuario de Derecho Comercial*, t. 11, p. 83-91.

Cadenas, E., Clovin, J., Mercant, J. M. (2020). Capítulo I /Defensa de la Competencia. En Thomasset (coord.) *Derecho de la Competencia* (pp. 19-83). FCU, Montevideo

Campuzano, A., Palomar, A. y Calderón, C. (2015). *El derecho de la competencia*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Carrión Ramos, I. y Merlinski, R. (2001). Competencia desleal. En *Anuario de Derecho Comercial*, t. 9, p.107-113.

De Ly, Filip. (2006). Non-compete clauses in international contract. En *International Business Law Journal*, 2006 (4), pp. 441-494.

Falco, E. y Iglesias, L. (2014). Defensa de la competencia y competencia desleal. En *Revista de Derecho Comercial*, núm. 6, p.145-156.

Guerrini, R. (2020). Capítulo III /Prácticas Prohibidas. En Thomasset (coord.) *Derecho de la Competencia* (pp. 125-306). FCU, Montevideo.

Gordley, J. (2006). *Fundations of Private Law. Property, Tort, Contract, Unjust Enrichment*. Oxford: Oxford University Press.

Grundmann, S. (2011). The future of Contract Law. En *European Review of Contract Law*, 4/2011, pp. 490-527.

Kessler, F. y Fine, E. (1964). Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. En Harvard Law Review, vol. 77, núm. 3, pp. 401, 449.

Koff Coulon, F. y De Freitas, R. (2019). Aspectos relevantes del régimen legal brasileño sobre competencia desleal. En *Suplemento especial de competencia desleal.* 274/2019, p. 597.

Lapique, L. (2008). *El contrato de compraventa de paquetes accionarios de control*. En Anuario de Derecho Comercial, t. 12, pp.153-184.

Menegatti, E. (2022). Non-compete covenants under Italian law. En *Comparative Labor Law & Policy Journal*, 42 (3), pp. 665-678.

Molina Sandoval, C. (2015). La competencia desleal en Latinoamérica. En *Revista Crítica de Derecho Privado*, núm. 12, vol. 2, pp. 283-313.

Palma, S. y Pollard, A. (2024). Employee non-compete agreements barred by US regulators. En *Financial Times*. April 23, 2024.

Paz-Ares, C. (1995). Principio de eficiencia y Derecho privado. En *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pons*, t. III (2843-2900). Valencia: Tirant lo Blanch.

Príncipe, S. (2002). *Adquisición de paquetes accionarios de control*. Buenos Aires: La ley.

Pollard, A., Fontanella-Khan, J. y Raval, A. (2024). Millions of workers are caught in a "non-compete" trap. En *Financial Times*. April 18, 2024.

Ripa Alberdi, V. (1974). *Transmisión de establecimientos comerciales*. La Plata: s/ed.

Rodriguez Carrau, Guzmán (2021). *Compraventa de acciones*, vol. 1. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Rodriguez Olivera, N. (1978). *El establecimiento comercial. Su régimen jurídico*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Schwarts, J. (1999). *El establecimiento comercial*. 2 ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.

Waisman, A. (2004). Cláusulas contractuales de no competencia, En *Obligaciones y Contratos Doctrinas Esenciales*, t. III. Buenos Aires: La Ley.

Zunino, J. (1990). *Fondo de comercio. Régimen legal de su transferencia*. Buenos Aires: Astrea.

****