

***LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA (“NON COMPETE PROVISIONS”)
Y LOS LÁPICES AZULES***

¿Cómo lograr que no se transmita a los competidores la información confidencial en manos de un empleado o directivo o de quien la generó?

Juan Ortiz inventó una fórmula para disolver metales con resultados excelentes. Daniel Gómez, luego de años de experimentos, logró desarrollar un herbicida de alcance muy preciso sin efectos colaterales que impedirían el crecimiento de otras especies vegetales. Elisa García, empleada de una empresa alimenticia, creó un tipo de harina leudante que permitía una cocción rápida con enorme ahorro de energía.

Gracias a sus inventos y descubrimientos, los dos primeros crearon sendas empresas exitosas que, a poco andar, fueron adquiridas por sus respectivos competidores; así, pudieron retirarse a disfrutar del precio obtenido. Elisa, por su parte, recibió una atractiva oferta de empleo de otra empresa que multiplicaría varias veces sus ingresos.

Tanto los abogados de quienes compraron las empresas de Juan y Daniel como el empleador de Elisa quisieron asegurarse de que la información que los tres poseían no afectara el desarrollo futuro de sus respectivos negocios.

En el caso de Juan y Daniel, no tendría sentido pagar un precio suculento por sus empresas para luego convertir a ambos en poderosos competidores. La motivación misma para adquirir las empresas de Juan y Daniel caería por su base.

Con Elisa las cosas eran aún más complicadas: después de todo, la fórmula de la “harina milagrosa” la había desarrollado mientras trabajaba para su empleador inicial.

En los tres casos, se decidió acordar *cláusulas de no competencia*, para impedir a cada uno el uso de sus inventos, ya sea por su cuenta o asociados con competidores y prohibirles captar clientes sobre la base de sus conocimientos (tanto técnicos como del mercado y clientes de sus empresas).

En el caso de Elisa, la cuestión parecía relativamente sencilla: la ley laboral establece que “las invenciones o descubrimientos personales del trabajador *son propiedad de éste*, aun cuando se haya valido de instrumentos que no le pertenecen”, pero también dice que “las invenciones o descubrimientos que se deriven de los procedimientos industriales,

métodos o instalaciones del establecimiento [...] *son propiedad del empleador*”.

En la duda acerca de la propiedad del invento, el empleador de Elisa le pagó un buen precio para poder patentarlo a su nombre. Todos contentos. Pero... ¿y de allí en adelante?

La ley argentina tiene normas expresas acerca de la no competencia de un empleado con la empresa para la que trabaja, *mientras está vigente la relación laboral*. Pero la preocupación del empleador original de Elisa se concentraba en qué pasaría después que ella dejara de trabajar para él: ¿a cuántos clientes podría contactar y “seducir”?

No hay ninguna norma al respecto en la Argentina. No sólo eso: existe una disposición que establece que “será nula y sin valor toda convención [...] que suprima o reduzca los derechos [del empleado]”.

Hay, sin embargo, algunos antecedentes al respecto. En uno de ellos¹, un alto funcionario de Ducilo fue demandado por, supuestamente, suministrar información confidencial a otras empresas fabricantes de hilados sintéticos a pesar de haber firmado un acuerdo de no competencia por cinco años luego de su desvinculación de la empresa.

La justicia resolvió que el convenio, en principio “no era violatorio de la libertad de las acciones del demandado mientras no se le exigiera un compromiso demasiado prolongado en el tiempo que no redundase en una injustificada restricción de la libertad de trabajar.”

¹ In re “Ducilo SA c. Barcia”, CNCiv (A), 1971, ED 38:407.

Pero... ¿serviría un precedente de ese tipo en un caso como el de Elsa, en el que la información sobre la “harina mágica” fue generada por ella misma y no suministrada por su empleador, como había ocurrido en el caso “Ducilo”?

En otro caso², un alto funcionario de Nidera SA, una empresa dedicada, entre otras cosas, a la producción de semillas, al retirarse luego de veinticinco años de servicios firmó un convenio de no competencia por diez años. Como contraprestación, recibió ¡un millón de dólares!

El convenio impedía al funcionario dedicarse a la investigación, creación, producción y comercialización de semillas en competencia directa con la empresa para la que había trabajado tanto tiempo.

Algunos pocos años después, en violación a lo acordado, ese exfuncionario, al asumir la presidencia de otra empresa, expandió las actividades de ésta precisamente al mismo rubro en el que se desempeñaba la anterior. Para poder hacerlo, demandó la nulidad del acuerdo firmado con Nidera, pero éste fue considerado válido por los tribunales.

En términos generales, para que ello ocurra, un acuerdo debe cumplir con las siguientes condiciones: (a) la limitación temporal que establezca debe ser razonable en función de los derechos que se intenta proteger; de lo contrario, podría interpretarse que afecta la garantía constitucional de trabajar y ejercer industria lícita; (b) por las mismas razones, debe describir con precisión las actividades restringidas (que deberán mantener cierta congruencia con las tareas que llevaba adelante el empleado) y el ámbito concreto de la

² In re “L.E.L.M. c. Nidera SA”, CNTrab (I), 2006

restricción, de modo que no se pueda interpretar que se trata de una limitación genérica a un derecho constitucional; y (c) incluir una contraprestación razonable, que guarde cierta relación con los anteriores ingresos del funcionario y el plazo de la restricción.

Como se ve, las situaciones derivadas de la preexistencia de un contrato laboral no son exactamente idénticas a las que pudieran desprenderse de una mera relación comercial. De allí que resulta determinante analizar las circunstancias del caso antes de aplicar un principio general. Pero si el derecho laboral, generalmente más restrictivo que el mercantil, muestra cierta tolerancia, es razonable pensar que las restricciones que acuerde el comprador de una empresa con el vendedor puedan ser más severas que las que se impongan a Elsa.

En ese sentido, en algún caso se ha sostenido que “nada impide, entre otras hipótesis admisibles, que cláusulas convencionales se pacten a fin de restringir la competencia futura que pudiera asumir un ex socio con motivo de su separación de la sociedad; es decir, para asegurar la abstención de que compita con la empresa a la que perteneció”³.

Obviamente, las restricciones que se impongan deberán tener en cuenta también las disposiciones de la ley de defensa de la competencia, por lo que el camino a seguir no está exento de algunas dificultades.

En algunas ocasiones ciertos colegas han optado —a nuestro juicio, equivocadamente— por sujetar estos convenios a algún derecho extranjero, con el argumento de que la ley

argentina es exageradamente restrictiva. Más allá del error conceptual de someter un contrato cuyos efectos tendrán lugar en nuestro país a un derecho extranjero (por las complicaciones que ello acarreará al momento de intentar ejecutarlo), la presunción de que fuera de la Argentina las cosas son más flexibles no es necesariamente cierta.

Tanto es así que en alguna reseña reciente⁴ se ha señalado cuán comunes y generalizadas son estas restricciones, que, a grandes rasgos, siguen exactamente las limitaciones que también establece la ley argentina.

Para intentar obviarlas se ha llegado, incluso, a insertar las llamadas “garden leave clauses” (que, en una traducción burda, podríamos llamar “cláusulas para la práctica de la jardinería”) que permiten que un empleado o funcionario siga cobrando su sueldo pero sin tener que ir a trabajar —y poder así cuidar el jardín de su casa— durante todo el tiempo que dure la prohibición de competir con su empleador.

En algunas jurisdicciones, como Inglaterra, las restricciones son válidas si se puede probar que han sido establecidas para proteger un interés concreto del empleador o comprador de una empresa, para lo cual es necesario demostrar la existencia de un riesgo cierto de que el uso de la información confidencial pone en peligro un negocio específico y de que la restricción es razonable ante ese riesgo en particular.

En algunos estados de los Estados Unidos, muchos tribunales —y no sin grandes discusiones— han recurrido al llamado “principio

³ In re “Rodríguez c. Pereiro”, CNCom (B), 2009, SAIJ FA09989356

⁴ Banerjee, A. y otros, “Non-compete clauses: protection or restraint? *E-Bulletin*, IBA Corporate and M&A Law Committee, noviembre 2020.

o regla del lápiz azul” (“blue pencil principle” o “blue pencil rule”) según el cual los jueces pueden reducir el alcance irrazonable de un contrato sin necesidad de declararlo nulo en su totalidad. Hasta existe el verbo “to bluepencil”: la facultad del juez de modificar un contrato para adecuarlo a lo que considera razonable.

La referencia a los lápices azules deriva del hecho de que, en el pasado, eran los utilizados para corregir pruebas de galera. En la Argentina lo llamaríamos “el principio del lápiz rojo”, que es el que usualmente se usa aquí para tachaduras.

La regla del lápiz azul fue establecida en el derecho anglosajón a partir de una sentencia de 1894, luego incorporada a varias leyes sobre protección al consumidor.

¿En la Argentina una regla semejante sería posible? La respuesta rápida es sí.

Según el Código Civil y Comercial, como principio general “los jueces no tienen facultades para modificar las estipulaciones de los contratos”. Pero cuando se trata de los cele-

brados por medio de formularios o condiciones predispuestas, donde se sospecha la existencia de una parte más fuerte que la otra, que pudo haber impuesto sus condiciones, “cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”.

Estas reglas son idénticas a las aplicables en muchas jurisdicciones de los Estados Unidos.

Las reglas de nuestro Código Civil y Comercial nos llevan a pensar que, (aunque sea con un lápiz rojo) un juez argentino puede “ajustar” una cláusula de no competencia si, por ejemplo, implicara restricciones geográficas más amplias de lo necesario, *sin anular todo el acuerdo*.

Quizás las partes de un convenio semejante, además de tener en cuenta los requisitos que ha establecido la jurisprudencia para su validez, harían bien en estipular, *por las dudas*, que la nulidad de una de sus cláusulas no implicará la nulidad de las restantes.

* * *

Esta nota ha sido preparada por Juan Javier Negri. Para más información sobre este tema pueden comunicarse con el teléfono (54-11) 5556-8000 o por correo electrónico a np@negri.com.ar.

**Este artículo es un servicio de Negri & Pueyrredon Abogados a sus clientes y amigos.
No tiene por objeto prestar asesoramiento legal sobre tema alguno.**