

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



PONTIFICIA
UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ

**“ANÁLISIS DE LA NULIDAD DE CLÁUSULAS DE NO
COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL”**

Tesis para optar por el Grado de Magister en Derecho de la Empresa

AUTOR

Marco Gianfranco Banda Valdivia

ASESOR

Eduardo Aurelio Cueva Vieira

JURADO

Edison Paul Tabra Ochoa

Luis Augusto Fernandini Capurro

Eduardo Aurelio Cueva Vieira

LIMA – PERÚ

2016



INDICE

INTRODUCCIÓN.....	4
SECCIÓN I: MARCO GENERAL, ENTORNO Y FUNDAMENTO SOCIECONÓMICO RESPECTO DEL USO DE CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.....	8
1.1. INDICADORES SOCIO-ECONÓMICOS.....	10
1.2. LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST- CONTRACTUAL Y SU RELACIÓN CON LA RETENCIÓN DEL TALENTO HUMANO.....	41
1.2.1. Formas de retención del talento humano.....	41
1.2.2. Validez e idoneidad de las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual como mecanismo de solución.....	43
1.2.3. Aplicación diferenciada de las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual.....	45
SECCIÓN II: PLANTEAMIENTO DE UNA DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL.....	48
2.1. DEFINICIÓN, TIPOLOGÍA, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.....	48
2.1.1. Definición de las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual.....	48
2.1.2. Diferencia de las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual con otras cláusulas contractuales.....	49
a) Diferencia con las Cláusulas de No competencia Contractual o Cláusulas de No Concurrencia.....	49
b) Diferencia con las cláusulas de confidencialidad.....	50
c) Con las Cláusulas de Impedimento de Caza Furtiva de empleados.....	51
d) Con las Cláusulas de No Captación o Caza Furtiva.....	52
e) Con las Cláusulas de Protección de la Propiedad Intelectual.....	53
2.1.3. Las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual a la luz de las fuentes nacionales e internacionales.....	56
a) Fuentes Nacionales.....	56
a.1. Jurisprudencia.....	56
a.2. Doctrina.....	58
a.3. Análisis de las CNC-PC a la luz de Los Principios del Derecho Individual del Trabajo.....	60
a.3.1.Principio Protector.....	60
a.3.2.Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales.....	61
a.4. Legislación directamente aplicable.....	62
a.4.1. Decreto Legislativo N° 295, T.U.O. Código Civil.....	62
a.4.2. Constitución Política del Perú.....	63
a.4.3. Legislación general con menor aplicabilidad.....	64
- Decreto Legislativo 728, Ley de Competitividad y Estabilidad Laboral.....	64
- Ley N° 27588, Prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos.....	64

- Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa.	68
- Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.	69
- Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.....	70
- Legislación de protección de la propiedad intelectual. .	73
- Decreto Legislativo N° 635, T.U.O. del Código Penal. .	75
- Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.	78
a.5. Proyectos de Ley.	78
b) Fuentes Internacionales.	81
b.1. Legislación comparada.	81
b.2. Jurisprudencia.....	84
2.1.4. Características de las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual	86
a) Onerosidad de la compensación.	86
b) Limitación temporal.	86
c) Limitación funcional.....	87
d) Limitación territorial/espacial.	87
e) Interés legítimo del empleador en proteger información.....	87
f) Formalidad.	87
g) Otras características.	87
SECCIÓN III. PLANTEAMIENTO DE LAS CAUSALES Y ESCENARIOS QUE GENERAN NULIDAD, RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.	89
3.1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y DISPOSICIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES EN CLÁUSULAS DE CONTRATACIÓN.	89
3.1.1. Autonomía de la voluntad de las partes.	89
3.1.2. Disposición de derechos constitucionales en cláusulas de contratación.	89
3.2. LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS.	91
3.3. LA NULIDAD DE CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.	92
3.3.1. Nulidad de cláusulas de contratación.	92
a) La asimetría en las relaciones jurídicas.	92
b) El abuso del derecho.	95
c) ¿Las Cláusulas de no competencia post-contractual tienen naturaleza laboral o civil?	101
3.3.2. Nulidad por falta de razonabilidad.....	102
a) Nulidad por falta de onerosidad de la compensación.	104
b) Nulidad por falta de limitación en tiempo, función y territorio	105
c) Nulidad por falta de interés del ex empleador.	106
3.3.3. Nulidad por falta de proporcionalidad.	107
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.	110
BIBLIOGRAFÍA.	113

INTRODUCCIÓN

Consuetudinariamente y amparados en el principio de primacía de la voluntad de las partes, se vienen aplicando en nuestro país Cláusulas de No Competencia Post-Contractual en materia laboral, las cuales limitan de forma convenida el derecho a la libertad de trabajo por el pago de una contraprestación económica. No obstante, la falta de regulación puede generar abuso del derecho, entre otros motivos por el mayor poder de decisión del empleador en determinar los términos contractuales.

El uso de Cláusulas de No Competencia Post-Contractual en materia laboral, no está regulado en nuestra legislación y tampoco hay jurisprudencia vinculante que delimite de forma específica sus alcances, por lo que se podría generar un abuso del derecho que transgreda los derechos constitucionales y fundamentales del trabajador, o incurrir en vicios de nulidad que en su momento tendrían que ser deducidos por el operador del derecho (juez).

Por ello es necesario desarrollar lineamientos válidos a nivel académico, que permitan determinar si estamos frente a una cláusula de no competencia nula o no, esclareciendo un punto oscuro dentro del ordenamiento jurídico que pueda vulnerar la libertad de trabajo de un grupo considerable y creciente de trabajadores que se someten a ellas, en ese sentido, también nos permitirá proporcionar criterios que puedan ser tomados en cuenta por los contratantes y más aún por los entes encargados de tutelar los derechos de los trabajadores en vía administrativa o judicial.

En este estado de la investigación bibliográfica, a nivel doctrinario se ha encontrado escasos antecedentes a nivel nacional, principalmente constituidos por artículos dirigidos a describirlas, sin entrar a un análisis de ellas ni de las posibles nulidades, en tanto que a nivel jurisprudencial se ha verificado algunos pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano en materia de proporcionalidad que aunque no están directamente relacionados al tema pueden sustentar el análisis respecto a la

colisión con derechos constitucionales.

En el ámbito internacional se han encontrado antecedentes normativos y algunos pronunciamientos judiciales referidos a la regulación específica de estas cláusulas en sus respectivos países, no obstante, no se desarrolla o analiza de forma sistemática su naturaleza y/o requisitos de validez, mucho menos se desarrollan lineamientos aplicables en la casuística en general.

A fin de llegar a establecer dichos lineamientos, podemos considerar que las preguntas clave a ser respondidas durante la investigación son: ¿Cuáles son y por qué se caracterizan las cláusulas de no competencia post-contractual?, ¿Cuáles son los vicios de nulidad aplicables a este tipo de cláusulas? y ¿Qué criterios se pueden establecer para determinar si hay o no vicios de nulidad en una cláusula de no competencia?, para lo cual se ha planteado como objetivos:

- Determinar el fundamento y pertinencia socio - económica para el uso de cláusulas de no competencia post - contractual.
- Identificar y analizar cuáles son y por qué se caracterizan las Cláusulas de No Competencia Post - Contractual.
- Identificar cuáles son los vicios de nulidad aplicables a las Cláusulas de No Competencia Post - Contractual, determinando criterios que puedan ser utilizados a la casuística en general, a fin de establecer si hay o no vicio de nulidad.

Para ello se analizará la legislación vigente y doctrina relevante a nivel nacional e internacional, con un enfoque analítico, basado principalmente en los métodos de interpretación literal, sistemático y finalista, a fin de identificar y determinar los criterios y causales de nulidad aplicables a las cláusulas de no competencia.

Para la consecución de dichos objetivos, la investigación se desarrollará en tres

secciones:

- Sección Primera: Marco general, entorno y fundamento socioeconómico de respecto del uso de Cláusulas de No Competencia Post-Contractual.
- Sección Segunda: Planteamiento de una definición y características respecto de las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual en materia laboral.
- Sección Tercera: Planteamiento de las causales y vicios de nulidad respecto de las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual y determinación de criterios aplicables en la casuística en general.

Respecto a la motivación para la realización del presente, se origina en casuística relacionada al tema de la cual se tomó conocimiento, la cual finalmente por falta de regulación terminaría en la vía civil y con poca perspectiva de que la sentencia aborde el fondo de la controversia de forma integral.

Finalmente se busca que esta investigación sea un aporte en la resolución de la problemática expuesta, ya que tiene tendencia de incrementarse en número de casos y complejidad, debido a que la dinámica socio-económica en nuestro país fomentará mayor especialidad en el trabajo y mayor competitividad empresarial, generando mayores pugnas entre los intereses de trabajador y empleador (este último con cierta ventaja por una especie de asimetría informativa aplicada al ámbito laboral)¹, situación en la cual podrían vulnerarse sus derechos.

¹ Carlos Blancas Bustamante en su libro Derechos fundamentales de la persona y la relación de trabajo (2007, Pag.14)¹, citando a Sanguinetti Raymond (2004) indica que con el paso del Estado Liberal al Estado Social, se fortaleció el derecho del trabajo y el reconocimiento de los derechos laborales como fundamentales, en ese contexto indica que es “*Expresión primera y privilegiada de estos derechos son, naturalmente, los de naturaleza laboral, en la medida que su propósito es reducir el desequilibrio generado por la posición de supremacía contractual del empleador, atribuyendo al trabajador un cierta “inmunidad” respecto de la misma y del mercado”* (el subrayado es nuestro). En este texto hace referencia tanto a la diferencia de posiciones entre trabajador y empleador y el rol protector frente a esa asimetría por parte del derecho laboral, promovido por el nuevo Estado Social.

De forma adicional, puede servir como propuesta para la gestión del capital humano en las empresas, en relación a otras cláusulas de uso común, proporcionando las herramientas y alcances necesarios para aplicarlas de forma adecuada y sin vulnerar los derechos de los trabajadores.



El mismo autor expone más adelante en el mismo texto (Pg. 14), que con ese paso de la conceptualización de los derechos del trabajo de derechos de libertad a derechos de libertad y de prestación, reformula los roles de los sujetos de la relación de trabajo estableciendo que *“esta reformulación se traduce en la reducción o atenuación del poder absoluto detentado por el empleador en el lugar de trabajo, situación hasta entonces sustentada jurídicamente en la regulación de las relaciones laborales por el contrato de arrendamiento de servicios, basado en la autonomía individual y en la igualdad formal de los sujetos contratantes.”* Al respecto el tratamiento diverso en cuanto a las CNC-PC reflejan la lucha que hasta el día de hoy se da entre ambas posiciones, la liberal que apoya la primacía de la voluntad de las partes y la del Estado Social que se traduce en posiciones más protectoras, partiendo del reconocimiento de que no hay igualdad real en la relación de trabajo y que requiere de normas, principios y demás formas de disminución de la asimetría.

SECCIÓN I: MARCO GENERAL, ENTORNO Y FUNDAMENTO SOCIECONÓMICO RESPECTO DEL USO DE CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST- CONTRACTUAL (*en adelante CNC-PC*).

El derecho como disciplina (o ciencia dependiendo del autor), responde en la mayoría de casos a situaciones que de facto ya se dan, en consecuencia, la regulación suele darse de forma posterior a los hechos con relevancia jurídica. Por ello es usual que se tome las prácticas y soluciones consuetudinarias para configurar o nutrir la futura normatividad.

Partiendo del breve análisis anterior, podemos decir que el derecho suele estar en la mayoría de casos retrasado con respecto a los escenarios que se presentan en el quehacer diario, por ello, el periodo en que no hay regulación jurídica específica respecto de una determinada práctica, puede estar sujeto a abusos y/o deficiencias que pueden generar la nulidad de los acuerdos, como analizaremos más adelante.

En cuanto a la resolución de estos conflictos de interés y/o la dilucidación de puntos oscuros, el operador del derecho tendrá que adecuar la legislación vigente, pudiendo en algunos casos generar criterios heterogéneos y hasta injustos en caso no se analice en su integridad el fenómeno jurídico. Por ello es necesario que a nivel académico se identifiquen estas situaciones y se puedan delinear algunos criterios que puedan ayudar tanto a los sujetos de las relaciones jurídicas, como a los operadores encargados de resolver los conflictos que de ellas deriven.

El uso de CNC-PC, responde -principalmente- a la necesidad del empleador de evitar un perjuicio económico (directo o indirecto), producido por la competencia de un ex trabajador debido a determinado conocimiento o expertiz adquirida con motivo de las funciones que desarrollo con su ex – empleador.

Naturalmente la migración del capital humano (rotación laboral), es un fenómeno socio-económico que responde a una dinámica propia, dependiente tanto de

factores intrínsecos (motivaciones personales) como extrínsecos (situación económica del país).

En esta sección analizaremos en principio, los principales factores socio-económicos que rodean e influyen el uso de las CNC-PC, a fin de conocer la dinámica de este fenómeno jurídico, extraer elementos que nos sirvan para caracterizarlas y delimitar su naturaleza jurídica². Así mismo, analizaremos estadísticas que nos permitirán identificar y proyectar su tendencia de uso, de forma que sirva de sustento respecto de la pertinencia social de esta investigación.

² Siendo el derecho de la empresa una maestría interdisciplinaria, y conforme al perfil del graduado, es pertinente conocer los fundamentos económicos y sociales que se desenvuelven alrededor de un determinado fenómeno jurídico. Este no es un enfoque nuevo, ya que por ejemplo el derecho y la economía han demostrado ser disciplinas/ciencias afines y complementarias dependiendo de la situación (como en el caso del análisis económico del derecho).

En el presente trabajo se hace un análisis socioeconómico inicial que nos permitirá graficar la dinámica que lleva al uso de las cláusulas de no competencia, en relación con los objetivos que ella persigue en respuesta a la rotación laboral. También nos permitirá fundamentar y predecir a partir de dichos fenómenos socioeconómicos, que en el futuro dichas cláusulas serán utilizadas con mayor frecuencia, incrementando también la frecuencia de casuística derivada de los conflictos que resulten de ellas, siendo necesario establecer a nivel académico criterios que aporten a la resolución de los mismos.

Finalmente elaborando criterios claros acordes a nuestra legislación, y predictibilidad en caso de conflictos, podremos recomendar su uso en la gestión del capital humano, como parte de la práctica empresarial, siendo una herramienta legal valiosa en relación con otras cláusulas de uso común (situación que será analizada en su momento).

1.1. INDICADORES SOCIOECONÓMICOS

En el presente capítulo analizaremos los factores socioeconómicos que generar el uso de las CNC-PC, además de mostrar porque su uso tiene tendencia a incrementarse en el tiempo en base al comportamiento e interacción de dichas variables.

El crecimiento económico de nuestro país, es el efecto de una serie de factores como el incremento de inversión privada (principalmente) y pública. La mayor inversión se traduce en un incremento de actividades, que desencadena en una mayor necesidad de contratación de personal, tanto en número como en especialización.

A mayor oferta en el mercado laboral, mayor será la competencia por captar y mantener el talento humano (con el fin de mantener la operatividad y competitividad del negocio), lo que genera una mayor rotación laboral. Por ello es necesario tomar medidas para evitarla, ya sea de incentivo (mejora salariales y condiciones de trabajo entre otras), o desincentivando la rotación (cláusulas de rescisión, indemnizaciones, cláusulas de no competencia, etc.).

Pasaremos a ejemplificar y desarrollar la dinámica expuesta partiendo del crecimiento económico del Perú (no obstante la desaceleración de los últimos años)³, el cual analizaremos a partir del Producto Bruto Interno (*en adelante PBI*)⁴.

³ El crecimiento económico es un concepto abstracto, que puede ser medido con distintos indicadores, no obstante se escoge la variación porcentual del PBI como principal indicador ya que este es usado en la mayoría de estudios del Banco Mundial (BM), Banco Central de Reserva del Perú (BCRP) e Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), entre otros.

⁴ El Producto Bruto Interno (PBI), es definido por el BCRP en su glosario de términos económicos (actualizado a agosto del 2015) como: “*el valor total de la producción corriente de bienes y servicios finales dentro de un país durante un periodo de tiempo determinado. Incluye por lo tanto la producción generada por los nacionales y los extranjeros residentes en el país. En la contabilidad nacional se le define como el valor bruto de la producción libre de duplicaciones por lo que en su*

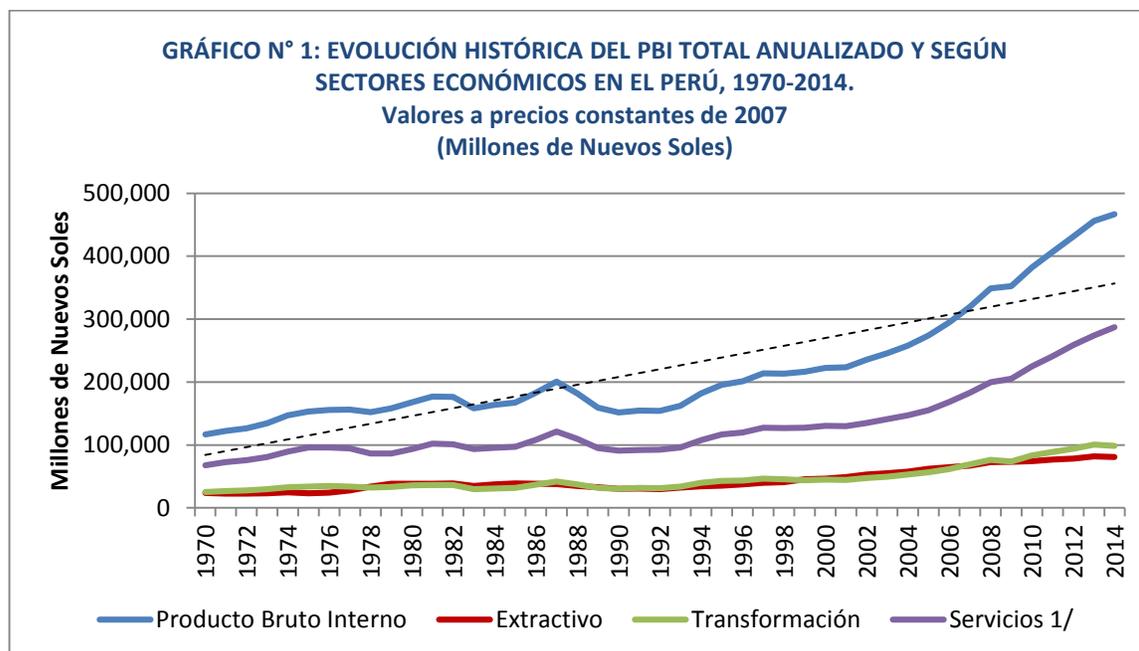
Mención aparte merece el referirnos a los motivos por los cuales escogemos al PBI como indicador de crecimiento económico, al respecto el PBI se ha usado y es usado como indicador de crecimiento económico por la mayoría de Instituciones y estados a nivel mundial (OIT, ONU, FIM, BM y en el caso del Perú INEI, MINTRA, BCR, MEF, entre otros), debido a que los datos que lo componen (incluye toda la producción industrial y de servicios así como la inversión estatal principalmente) son un reflejo del crecimiento económico, y a la vez son factores que influyen en el mismo.

Las referidas razones, son suficientes para utilizar como indicador el PBI, a fin de estimar/medir el crecimiento económico del país, y además, como factor relacionado a otros indicadores que nos permitan dar sustento técnico a las afirmaciones respecto de los fenómenos económicos que rodean el uso de las CNC-PC (por ejemplo la relación entre PBI y empleo).

cálculo no se incluye las adquisiciones de bienes producidos en un período anterior (transferencias de activos) ni el valor de las materias primas y los bienes intermedios.”. Como ya mencionamos el crecimiento económico es un concepto abstracto que puede ser medido con distintas metodologías, y el PBI no escapa a esta realidad por lo que se calcula mediante diferentes enfoques entre los que el BCRP detalla:

- *“Enfoque de la producción: El PBI es un concepto de valor agregado. Es la suma del valor agregado bruto de todas las unidades de producción residentes, más los impuestos a los productos y derechos de importación. El valor agregado bruto es la diferencia entre la producción y el consumo intermedio.*
- *Enfoque del gasto: El PBI es igual a la suma de las utilizaciones finales de bienes y servicios (todos los usos, excepto el consumo intermedio) menos el valor de las importaciones de bienes y servicios. De este modo, el PBI es igual a la suma de los gastos finales en consumo, formación bruta de capital (inversión) y exportaciones, menos las importaciones.*
- *Enfoque del ingreso: El PBI es igual a la suma de las remuneraciones de los asalariados, el consumo de capital fijo, los impuestos a la producción e importación y el excedente de explotación.”*

En el siguiente gráfico se muestra la progresión del crecimiento económico del Perú en los últimos 50 años (medido en base al PBI), pudiendo identificar entre otras cosas, el crecimiento económico acelerado y constante en los últimos 15 años.



FUENTE: INEI (Series Nacionales)⁵

ELABORACIÓN: Propia

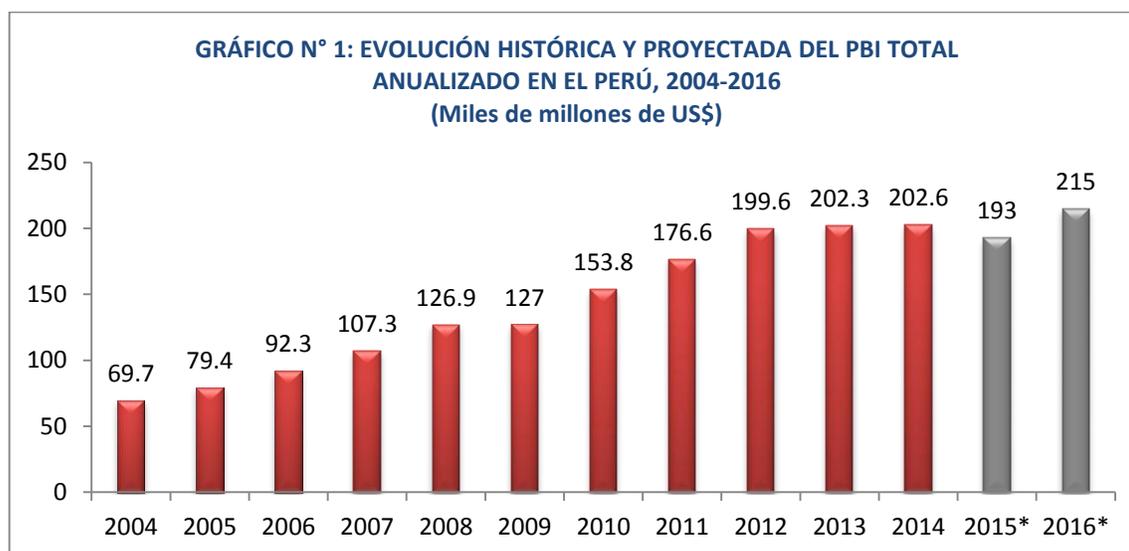
1/ Incluye impuestos

En el gráfico N° 1 apreciamos la evolución histórica del PBI en millones de soles. Vemos que el PBI anual en el periodo comprendido entre 1970 y 2014 hay un claro crecimiento conforme se aprecia en la línea de tendencia. Así mismo, verificamos que el periodo comprendido entre el 2000 y 2014 muestra una tendencia de crecimiento económico más acentuado. En cuanto a los tres principales sectores económicos en que dividimos el PBI (extractivo, transformación y servicios) la tendencia también es positiva, siendo el sector servicios el que históricamente aporta más al PBI, seguido de extractivo y transformación. Podemos inferir de lo visto hasta ahora que, el Perú muestra un crecimiento económico histórico sostenido, acentuado y/o acelerado en el periodo comprendido

⁵ Actualizado al 27 de enero del 2016, ya que aún no se tiene datos anuales respecto del 2015 (falta el periodo 12-2015).

entre los años 2000 a 2014. En conjunto nos permite determinar una tendencia de crecimiento económico marcadamente positiva hacia el futuro.

A fin de reforzar lo afirmado, analizaremos la evolución histórica y proyectada del PBI total anualizado (expresado en miles de millones de dólares), dentro de un periodo más reciente (2004 a 2016), por ello, el gráfico siguiente no solo recoge el PBI histórico (10 años entre 2000 y 2014), sino además el PBI proyectado en base a estimaciones del BCRP (2015 al 2016).



FUENTE: BCRP / PROINVERSIÓN⁶

ELABORACIÓN: Propia

* Cifras estimadas. BCRP (Reporte de Inflación, septiembre 2015)

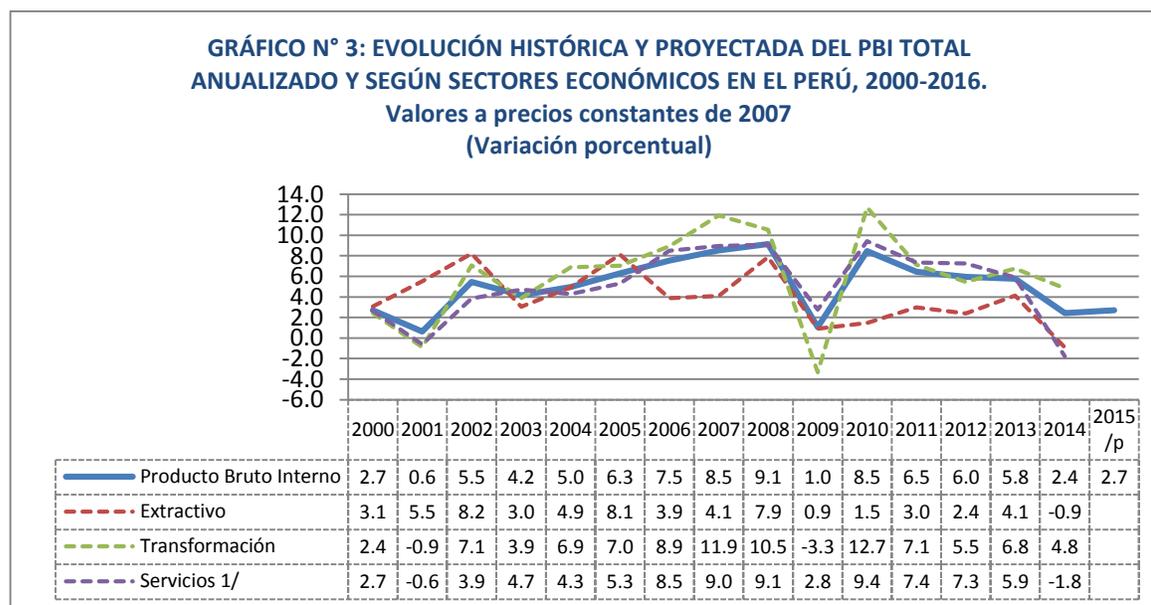
El gráfico N° 2 corresponde a la evolución histórica y proyectada del PBI expresado en millones de dólares de Norteamérica. Podemos apreciar del gráfico un crecimiento del PBI de 202.6 miles de millones de US\$ en el año 2014, a 193 y 215 miles millones de US\$ en el año 2015 y 2016 respectivamente, reduciéndose en 8.4 miles de millones de US\$ en el 2015 e incrementándose en 12 mil millones de dólares en el 2016⁷, reforzando la estimación del gráfico N° 1, que en el futuro la

⁶ Actualizado al 27 de enero del 2016.

⁷ La proyección inicial del crecimiento del PBI en el periodo 2015 y 2016 fue proyectada en el Marco Macroeconómico Multianual para el año 2016 a 2018 de abril del 2015 (*en adelante MMMP 2016-*

tendencia de crecimiento económico es positiva.

El gráfico siguiente expresa el crecimiento económico del Perú, en el periodo 2000 a 2014, en términos de variación porcentual con respecto al año anterior.



FUENTE: INEI (Series Nacionales)/ *PROINVERSIÓN (estadísticas macroeconómicas)⁸/ BCRP (Resumen Informativo N° 03- 2016 del 22 de enero del 2016).

2018) entre un 3.5 a 4.5% (Pag.3), precisando que: “En este entorno internacional desfavorable, que restará 0,5 puntos porcentuales al crecimiento del PBI, la proyección de crecimiento de la economía peruana para el 2015 se encuentra dentro de un intervalo de [3,5% - 4,5%], con una estimación puntual de 4,2%, lo que permitirá que la economía retome el liderazgo de crecimiento en la región. La aceleración del crecimiento de la economía peruana respecto del 2014 se da en un contexto de política macroeconómica expansiva y recuperación de la producción primaria. Este mayor dinamismo se evidenciará de forma más clara en la segunda parte del año en función a la recuperación de los sectores pesquero y minero, y la estacionalidad del impulso fiscal, principalmente de la inversión pública, en un escenario de proceso de aprendizaje de las nuevas autoridades de los Gobiernos Regionales y Locales”. No obstante dicha proyección fue revisada en el mes de agosto en el Marco Macroeconómico Multianual para el año 2016 a 2018 – Revisado de agosto del 2015 (en adelante MMMP 2016-2018 – R), que sitúa el crecimiento del PBI en un intervalo de entre el 2.5 y 3.0%, siendo el principal factor de reducción –según el mismo documento- el descenso de la inversión privada (entre 1.5% a -4.5%), impactando negativamente en 1.3% al crecimiento del PBI.

⁸ Actualizado al 27 de enero del 2016.

ELABORACIÓN: Propia

1/ Incluye impuestos

/p Cifras parciales a noviembre del 2015 (con información a enero del 2015)

En el gráfico N° 3, apreciamos las variaciones porcentuales del PBI y de los principales sectores económicos que la conforman. En cuanto al PBI, observamos que en el periodo entre el 2000 y 2014 hay una variación porcentual positiva, con un promedio de 5.3% en ese periodo y una proyección en el 2015 de 2.7%⁹.

En cuanto a sectores económicos el sector transformación muestra una variación porcentual promedio entre el 2000 y 2014 del 6.5%, seguido por servicios con 5.5% y extractivo con 4.3%, por lo que hasta este punto podemos inferir que hay un crecimiento económico positivo, consistente y considerable tanto histórico como proyectado.

En el siguiente cuadro se analizará a detalle la composición del PBI del año 2014 a mayo del 2015, de forma que podamos examinar los principales factores que

⁹ El MMMP 2016-2018 consideraba una proyección de crecimiento promedio para el periodo 2016 - 2018 en torno a 5,5%, principalmente por una mayor inversión en infraestructura y mayor producción minera, aunado a que el estado ha planteado tres ejes de acción para el crecimiento a mediano plazo estableciendo que se implementarán tres ejes de acción "(...) i) *fortalecimiento del capital humano*, ii) *adecuación de la "tramitología" y reducción de sobrecostos e*, iii) *impulso a la infraestructura*".

No obstante en la revisión del MMM 2016-2018 –R de agosto del 2015 (Pag.4), se precisa que si bien hay una desaceleración económica en toda la región, el Perú mantiene un tasa de crecimiento considerable que lo pone entre los primeros de los pares regionales como se verá más adelante, principalmente impulsado por el consumo interno, al respecto el referido documento establece que "Esto se explicaría por una demanda laboral (urbana) que crece en torno a 1,0%, similar al crecimiento de la fuerza laboral o Población Económicamente Activa. A esto se añaden otros factores como: i) *crecimiento del ingreso real proveniente del trabajo (2,7% en lo que va del año, reflejando cierta inercia en la fijación de las condiciones laborales)*; ii) *expansión del crédito a personas (consumo, vehiculares, tarjetas de crédito e hipotecario) que, a julio, crece 12,0%, muy por encima del consumo privado y con un ratio de morosidad bancaria bajo de 2,6% (promedio histórico 2001-2014: 3,4%)*; iii) *reducción de impuestos a trabajadores*; y iv) *exoneración del pago de Essalud en las gratificaciones y mayor disponibilidad de la CTS*".

influyen el crecimiento de nuestra economía¹⁰.



¹⁰ El análisis se realiza en base a variaciones porcentuales del PBI, ya que para fines del presente trabajo se analizara el crecimiento mostrado por la economía y su tendencia en el futuro. Por ello tomamos en cuenta la composición y/o aportación de cada sector al PBI que en todo caso corresponde a un análisis estructural de la economía del país.

CUADRO N° 1: PRODUCTO BRUTO INTERNO, 2014 A NOVIEMBRE DEL 2015.
Valores a precios constantes de 2007
(Variación porcentual respecto a similar periodo del año anterior)

	Estructura porcentual del PBI 2014 1/	2015		
		Octubre	Noviembre	Enero - Noviembre
PBI Primario	20,3	7,1	10,0	5,0
Agropecuario	5,3	3,8	0,7	2,2
Agrícola	3,2	2,0	-1,8	0,2
Pecuario	1,4	6,0	4,1	5,5
Pesca	0,4	-8,7	49,0	10,6
Minería e hidrocarburos	11,7	9,5	11,3	7,3
Minería metálica	7,4	15,8	17,6	13,1
Hidrocarburos	2,0	-11,5	-10,5	-12,0
Manufactura primaria	3,0	3,7	17,8	0,0
PBI No Primario	79,7	2,0	2,5	2,2
Manufactura no primaria	11,2	-5,1	-3,0	-3,0
Electricidad y agua	1,8	7,2	7,4	5,8
Construcción	6,8	-1,3	-6,6	-6,9
Comercio	11,2	4,0	4,1	3,9
Servicios	48,7	3,5	4,4	4,0
PBI Global	100,0	3,0	4,0	2,7

1/ A precios de 2007.

Fuente: INEI.

FUENTE: BCRP (Nota Semanal N° 03-2016, pág. 6.¹¹¹²)

ELABORACIÓN: BCRP

Se puede apreciar en el cuadro N° 1 que en el periodo 2015, el sector con mayor crecimiento con respecto al 2014 fue el de minería metálica con 13.1%, seguido por el de pesca 10.6% y electricidad y agua con 5.8%, siendo los sectores con mayor contracción el de hidrocarburos con -12%, seguido por construcción con -6.9% y manufactura no primaria con -3.0%.

En cuanto al PBI Global, a noviembre del año 2015 cerró con una variación porcentual del PBI de 2.7%, con respecto al año 2014.

En cuanto a la variación porcentual del PBI, analizaremos en el siguiente cuadro las proyecciones al 2018.

¹¹Actualizado al 27 de enero del 2015.

CUADRO N° 2: PRODUCTO BRUTO INTERNO REAL Y PROYECTADO ANUAL SEGÚN SECTORES ECONÓMICOS, 2014 AL 2018.

(Variación porcentual REAL, Base año 2007)

	2014	2015	2016	2017	2018	Prom. 2016-2018
Agropecuario	1,6	2,2	1,8	3,3	3,3	2,8
Agrícola	0,4	0,7	1,5	3,5	3,5	2,8
Pecuario	5,9	3,7	2,5	3,0	3,0	2,8
Pesca	-27,9	17,3	15,3	8,5	6,6	10,2
Minería e hidrocarburos	-0,8	4,3	9,3	11,3	2,9	7,8
Minería metálica	-2,1	7,5	10,5	13,0	3,1	8,8
Hidrocarburos	4,0	-6,2	4,8	4,4	2,3	3,8
Manufactura	-3,6	-0,7	1,8	3,3	3,5	2,9
Primaria	-9,7	4,0	5,7	5,6	4,2	5,2
No primaria	-1,0	-2,2	0,6	2,4	3,2	2,1
Electricidad y agua	4,9	5,1	5,0	5,6	5,6	5,4
Construcción	1,6	-3,3	4,2	4,2	4,5	4,3
Comercio	4,4	3,7	3,8	4,5	4,5	4,2
Servicios	5,9	5,1	5,1	5,2	5,4	5,2
PBI	2,4	3,0	4,3	5,3	4,5	4,7
PBI primario	-2,3	4,0	7,0	8,5	3,3	6,2
PBI no primario¹	4,1	2,9	4,1	4,6	4,9	4,5

^{1/} No considera derechos de importación y otros impuestos.

Fuente: BCRP. Proyecciones MEF.

FUENTE: BCRP¹³, Proyecciones MEF.

ELABORACIÓN: BCRP

1/ A precios del 2007.

2/ De bienes y servicios no financieros.

3/ No incluye derechos de importación y otros impuestos.

El cuadro N° 2, se muestran las proyecciones de variación porcentual del PBI al 2018, siendo proyectado al 2015 un crecimiento del 3,0%, y en el periodo 2016 a 2018 un promedio de 4.7%.

¹³ Actualizado al 27 de enero del 2016.

El crecimiento estimado de 4.3% para el 2016, según el Marco Macroeconómico Multianual 2016-2018 - R, se reduce respecto de las proyecciones de abril debido a la baja proyección de crecimiento de la inversión privada de 3,0% a 2,0%, de consumo privado de 4,5% a 3,6%, con el riesgo de menor demanda de metales por parte de países emergentes.

En cuanto a la minera metálica se indica que se *“ajusta ligeramente a la baja de 12,7% a 10,5% debido a: i) un efecto base negativo, al tener una mayor producción de metales, especialmente, de cobre y oro durante el 2015, y ii) una proyección más conservadora de la producción inicial estimada de cobre de Las Bambas”* (pág. 26).

Detallando más lo indicado el crecimiento del PBI en el 2016 se acelerará respecto del 2015 (de 3,0% a 4,3%) debido a mayor inversión pública y demanda externa que impulsará las exportaciones no tradicionales y un mayor volumen de producción minera, asimismo el estado implementará una política fiscal *“moderadamente expansiva”* en el 2016, ya que refieren que esta *“orientada a fortalecer la respuesta del Estado frente al FEN, así como hacia inversión pública, maximizando su efecto multiplicador sobre el resto de la economía”*

Algunos de los principales motores de crecimiento identificados son:

- Inicio de construcción de proyectos de infraestructura adjudicados.
- Ejecución de asociaciones público privadas cofinanciadas como la Línea 2 del Metro de Lima, el Aeropuerto Internacional de Chinchero, los proyectos de irrigación Chavimochic III y Majes Siguan II (destrabado mediante adenda), la Red Dorsal Nacional de Fibra Óptica y la carretera Longitudinal de la Sierra (Tramo 2).
- Obras públicas como la Modernización de la Refinería de Talara (obra pública).

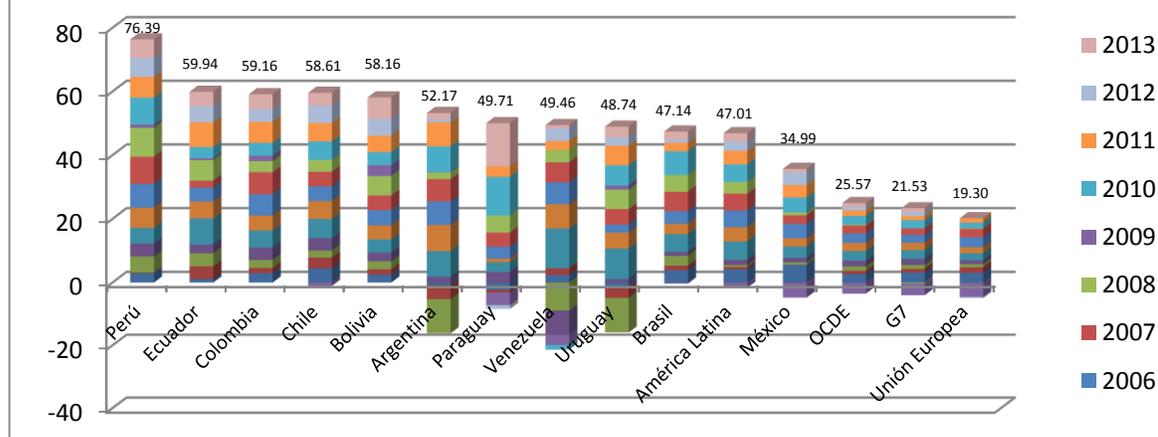
Es por ello que afirman en la revisión de agosto del MMM 2016-2018-R (pág. 26) que: *“Con esto, la inversión pública crecerá 15,3% en el 2016 (7,2% en el MMM de abril) y alcanzará niveles equivalentes al 6,2% del PBI (promedio histórico 2004-2014: 4,6% del PBI), un nivel de inversión alto en términos internacionales. Asimismo, es importante señalar que los niveles de inversión de las APP auto sostenibles serán más altos en el 2016”*.

No obstante se precisa que posteriormente habrá crecimiento cercano a 4,5%, ya que entre 2015-2018 los flujos de capital privado de largo plazo (promedio 2,9% del PBI), principalmente de Inversión Extranjera Directa (IED), alcanzarán en promedio el 2,7% del PBI, retornando a los niveles previos al boom de commodities además de esperarse crecimiento de los socios comerciales, de América Latina y EE.UU que impulsarían la demanda por las exportaciones no tradicionales en un 5,8%, además siendo apuntalado con un mayor crecimiento de la minería metálica debido a:

- Inicio de la producción del proyecto Las Bambas
- Ampliación de Cerro Verde
- Mayor producción de proyectos como Toromocho y Constancia
- Recuperación de la producción de Antamina.

Lo expuesto hasta ahora muestra que hay una marcada proyección de crecimiento económico, reflejado en el crecimiento del PBI. No obstante lo mencionado, es conveniente contrastar nuestro crecimiento económico con economías similares a la nuestra y/o con nuestros pares de la región, a fin de comparar si hay un mejor o peor comportamiento de la economía interna frente a la influencia del mercado y la economía internacional por lo que en el siguiente gráfico analizaremos el crecimiento económico comparado.

GRÁFICO N° 4: VARIACIÓN PORCENTUAL ACUMULADA DEL PBI EN PRINCIPALES ECONOMÍAS DE SUDAMERICA EL MUNDO, 2006 A 2013.
(Sumatoria de variación porcentual acumulada, promedio anual)



INDICADOR	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	SUMATORIA
Perú	2.95	0.21	5.02	4.03	4.98	6.30	7.50	8.50	9.10	1.00	8.50	6.50	6.00	5.80	76.39
Ecuador	1.09	4.02	4.10	2.72	8.21	5.30	4.40	2.20	6.40	0.60	3.50	7.80	5.10	4.50	59.94
Colombia	2.92	1.68	2.50	3.92	5.33	4.70	6.70	6.90	3.50	1.70	4.00	6.60	4.00	4.70	59.16
Chile	4.49	3.38	2.18	3.92	6.04	5.60	4.60	4.60	3.70	-1.00	5.80	5.80	5.40	4.10	58.61
Bolivia	2.51	1.68	2.49	2.71	4.17	4.40	4.80	4.60	6.10	3.40	4.10	5.20	5.20	6.80	58.16
Argentina	-0.79	-4.41	-10.89	8.84	9.03	9.20	8.40	8.00	3.10	0.10	9.10	8.60	0.90	3.00	52.17
Paraguay	-2.31	-0.83	-0.02	4.32	4.06	2.10	4.80	5.40	6.40	-4.00	13.10	4.30	-1.20	13.60	49.71
Venezuela	3.69	3.39	-8.86	-7.76	18.29	10.30	9.90	8.80	5.30	-3.20	-1.50	4.20	5.60	1.30	49.46
Uruguay	-1.44	-3.39	-11.03	2.17	11.82	6.60	4.10	6.50	7.20	2.40	8.40	7.30	3.70	4.40	48.74
Brasil	3.86	1.44	3.11	1.24	5.61	3.20	4.00	6.10	5.20	-0.30	7.50	2.70	1.00	2.50	47.14
América Latina	4.25	0.74	0.60	1.78	5.85	4.60	5.50	5.60	3.80	-1.60	5.90	4.40	3.00	2.60	47.01
México	6.59	-0.03	0.77	1.39	4.07	3.10	5.00	3.20	1.40	-4.70	5.20	3.90	4.00	1.10	34.99
OCDE	4.07	1.32	1.68	2.13	3.31	2.78	3.14	2.67	0.30	-3.48	3.04	1.94	1.32	1.37	25.57
G7	3.67	1.24	1.31	2.02	2.95	2.44	2.59	2.08	-0.22	-3.78	2.88	1.53	1.38	1.44	21.53
Unión Europea	3.90	2.00	1.30	1.50	2.60	2.20	3.40	3.20	0.40	-4.50	2.00	1.60	-0.40	0.10	19.30

FUENTE: INEI, Comisión Económica para América Latina y el Caribe¹⁴

Statistical Office the European Communities (EUROSTAT)

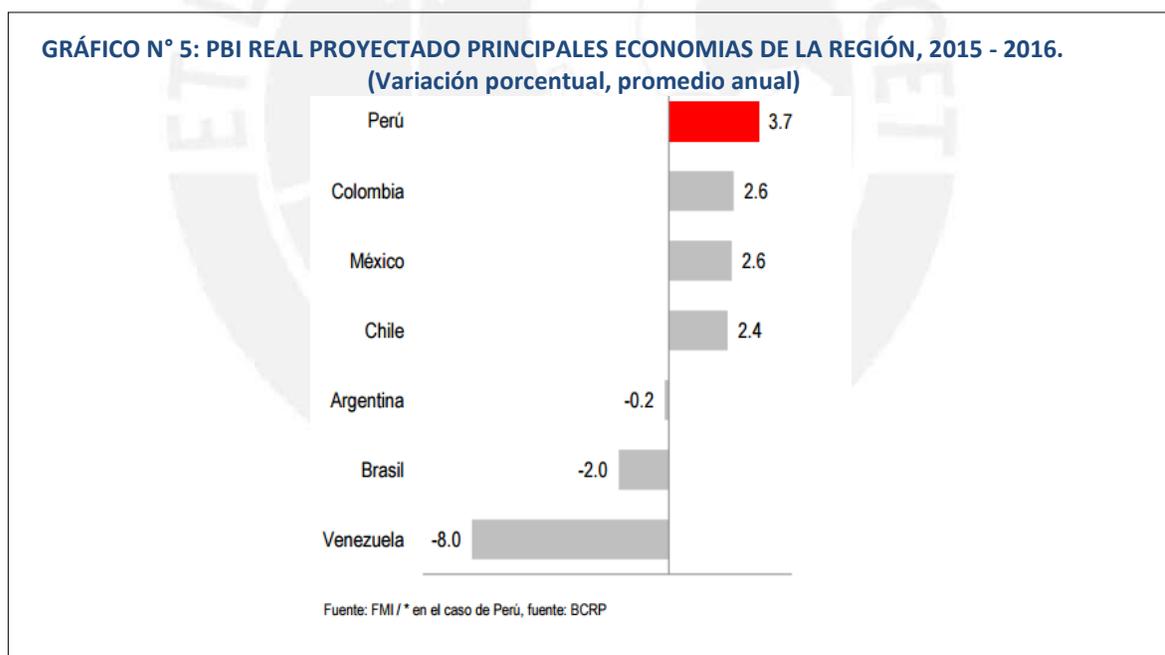
Organization for Economic and Development (OECD)

ELABORACIÓN: Propia

¹⁴ Actualizado al 06 de agosto del 2015.

En el gráfico N° 4 y el cuadro N° 3, apreciamos la variación porcentual anualizada acumulada de las principales economías regionales y del mundo en el periodo 2000 a 2013, podemos apreciar que el Perú lidera la sumatoria con un 76.39% acumulado en ese periodo, seguido con una gran distancia de Ecuador con 59.94%, Colombia con 59.16% y Chile con 58.61%, siendo el promedio de América Latina de 47.01%. En cuanto a su comparación con los crecimientos de las principales economías del mundo la distancia es mayor, ya que por ejemplo los países de la OCDE muestran una variación porcentual acumulada de 25.57%, el G7 de 21.53% y la Unión Europea de 19.30%.

Se desprende del cuadro que no obstante enfrentar los mismos agentes socioeconómicos externos, la economía peruana ha podido alcanzar un destacado nivel de crecimiento histórico acumulado respecto de otros países, tendencia que se mantiene como veremos en el siguiente gráfico.



FUENTE: BCRP / FMI¹⁵

ELABORACIÓN: MEF

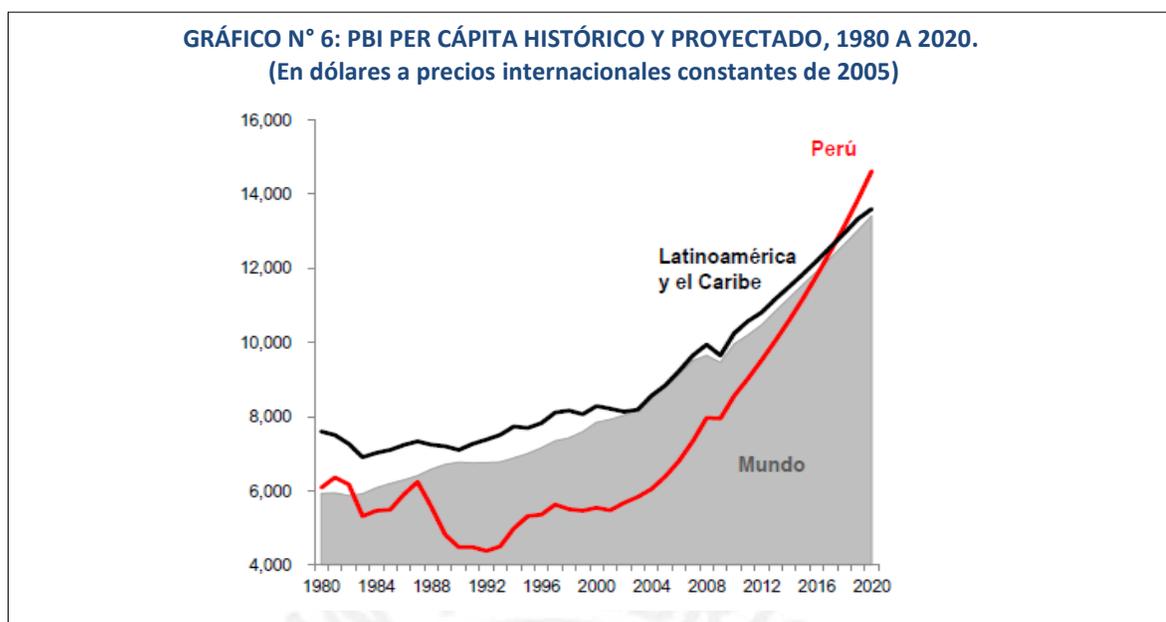
* En el caso de Perú, fuente: BCRP

¹⁵ Actualizado al 27 de enero del 2016.

El gráfico N° 5, muestra una estimación de la variación porcentual promedio del PBI del 2015 al 2016 de 3.7% según el BCRP, comparado con otras economías similares de la región, siendo considerable con este porcentaje con respecto a principales economías de América Latina, ya que después del Perú siguen en el proyectado por el FMI Colombia y México con 2.6%, seguido de Chile con 2.4%. Por lo que apreciamos que se refuerza la premisa establecida que el crecimiento económico experimentado por el Perú todavía tiene proyección de mantenerse, siendo uno de los más altos de la región¹⁶¹⁷.

El crecimiento del PBI, al menos a nivel teórico se relaciona con la población a través del “*PBI per cápita*”, como distribución teórica del producto de un país entre su nación. Esta es una forma de ver como influencia el crecimiento económico en la economía de cada uno de sus habitantes, por ello en el siguiente gráfico analizaremos esta relación.

Por lo dicho anteriormente podemos adicionar también un factor (más que indicador) que influye directamente en el crecimiento económico, el cual es la inversión privada, que además es uno de los factores externos que influencia en el crecimiento del PBI, sobretodo en el caso del Perú donde se ha minimizado el rol empresarial de estado a un nivel subsidiario, en sectores poco atractivos para la empresa privada o estratégicos por su impacto en la nación.



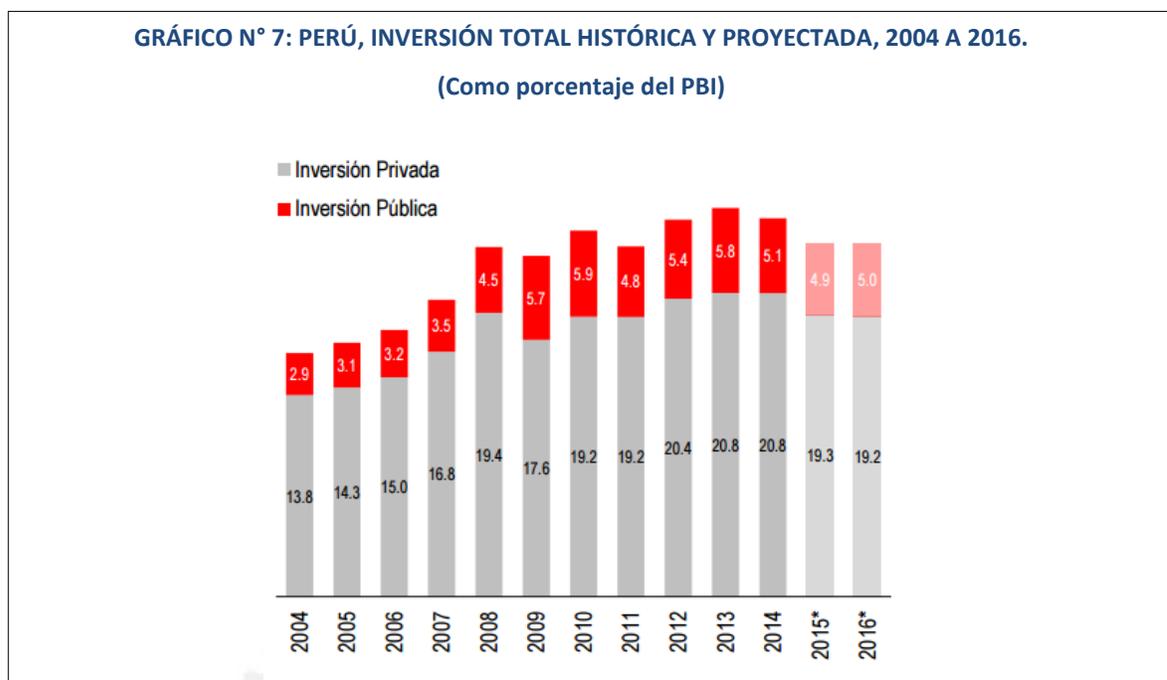
FUENTE: FMI / * en el caso de Perú BCRP)¹⁸

ELABORACIÓN: MEF

En el gráfico N° 5, apreciamos la evolución del PBI per cápita histórico (desde 1980) y proyectado hasta el 2020. Se observa que a partir del 2017, se proyecta un PBI per cápita mayor al promedio latinoamericano y mundial, lo que en teoría debería reflejarse en una mayor capacidad económica de la población, cuyo efecto indirecto será una mayor rotación laboral como analizaremos más adelante.

El crecimiento económico puesto manifiesto en los cuadros y gráficos anteriores, es producto tanto de la inversión pública y privada, siendo esta última la que aporta más al PBI como veremos en el siguiente cuadro, es por ello que un incremento en la inversión privada tiene un efecto directo en el crecimiento económico.

¹⁸Actualizado al 27 de enero del 2016.



FUENTE: FMI / * en el caso de Perú BCRP)¹⁹

ELABORACIÓN: MEF

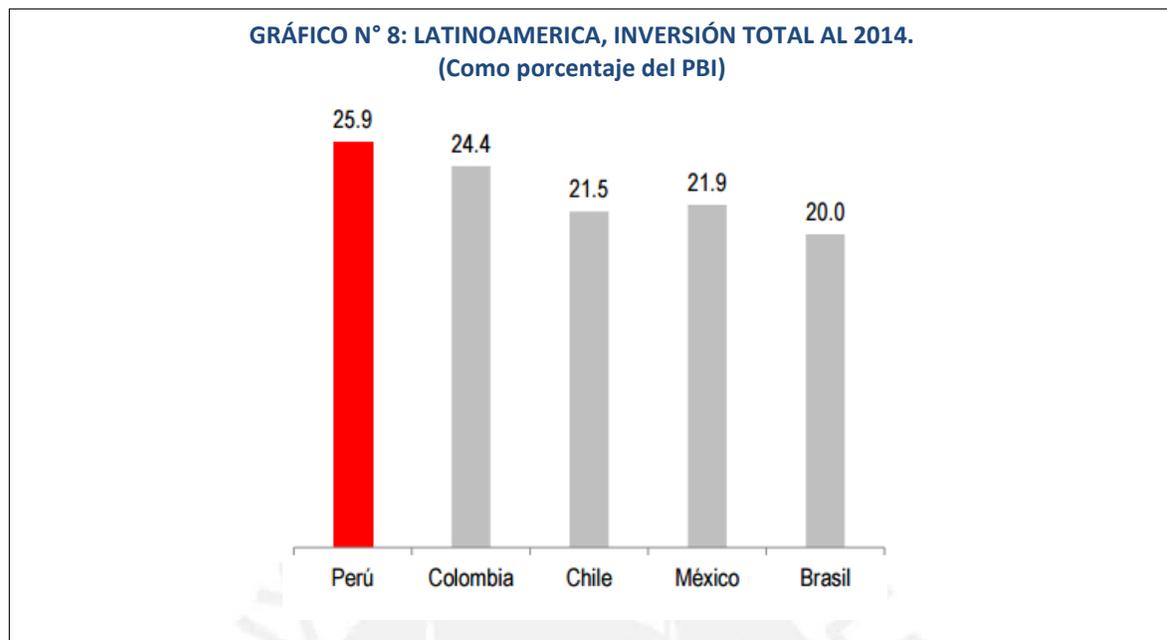
En el gráfico N° 7 referido a la inversión total pública y privada entre el 2004 y proyectada hasta el 2016, observamos que -por una gran diferencia- es la inversión privada la que más aporta al PBI, en el 2014 (último periodo reportado) la inversión privada aportaba el 20.8% del PBI, en tanto que la inversión pública aporta el 5.1%, siendo un poco más de 4 veces el aporte público.

Esta tendencia se aprecia que se mantiene en los proyectados del 2015 y 2016. Se desprende entonces como ya mencionamos que el impacto de la inversión privada en el PBI y en el crecimiento económico del país es imprescindible, no obstante la participación del estado es importante para hacer ajustes en la economía, más aún cuando el estado ha estado aplicando una política contra cíclica.

Esta participación de las inversiones en el PBI es una de las mayores a nivel de

¹⁹ Actualizado al 27 de enero del 2016.

Latinoamérica como veremos en el siguiente gráfico.



FUENTE: FMI. En el caso de Perú, cifras del BCRP²⁰

ELABORACIÓN: MEF

* Cifras estimadas. BCRP (Reporte de Inflación, Septiembre 2015)

El gráfico N° 8, referido a la participación de la inversión total (pública y privada) como parte del PBI, muestra que el Perú tiene uno de los más altos índices de participación de la inversión en el PBI, con un porcentaje de 25.9%, seguido por Colombia con 24.4% y México con 21.9%, porcentaje alto en comparación con Brasil (20.0%) que tienen una industria más desarrollada.

En este punto queda claro que el crecimiento experimentado por el Perú se ha visto influenciado en gran medida por la inversión, y que las estimaciones positivas de crecimiento económico a futuro también se ven sustentadas en las proyecciones de crecimiento de la inversión pública y privada.

Ya que es la inversión privada quien más aporta al PBI, y a fin de sustentar la

²⁰ Actualizado al 27 de enero del 2016.

afirmación de que hay una tendencia positiva de crecimiento económico, impulsado por ella, analizaremos sus perspectivas.



FUENTE: BCRP²¹

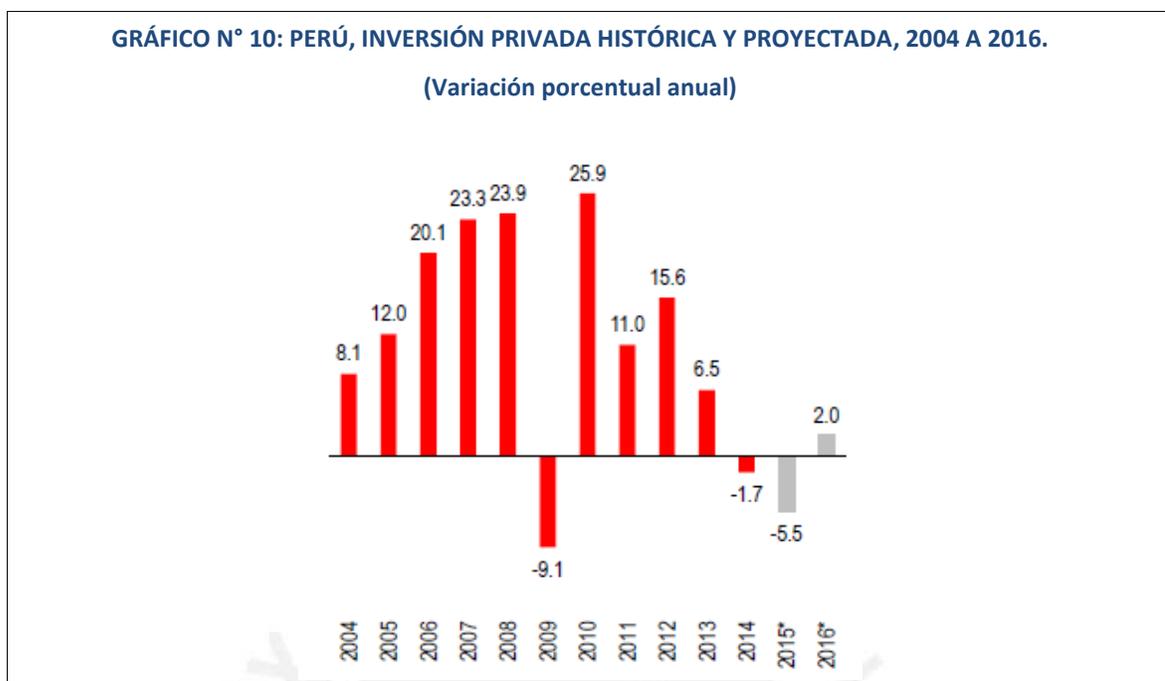
ELABORACIÓN: BCRP

* Cifras estimadas a partir del Reporte de Inflación, septiembre 2015 –BCRP

Como se aprecia del gráfico N° 9, la inversión privada se ha incrementado sostenidamente entre el año 2004 y el 2014, invirtiendo el año 2014, 42.1 miles de millones de dólares, no obstante se redujo en el 2015 este monto a 38.8 miles de millones de dólares, el 2016 se prevé una recuperación e incremento a 42.1 miles de millones de dólares. Por lo que la tendencia sigue siendo a incrementar la inversión.

En el siguiente gráfico apreciamos la evolución de la inversión privada expresada en términos porcentuales anuales.

²¹ Actualizado al 27 de enero del 2016.



FUENTE: BCR y MEF²²

ELABORACIÓN: BCRP

* Cifras estimadas a partir del Reporte de Inflación, septiembre del 2015 –BCRP

Del gráfico N° 10, tenemos que la inversión privada entre el 2004 al 2015 (histórica) y del 2016 (estimada) son mayoritariamente positivas, promediando una variación positiva de 8.8%, con varios picos de más del 20%. Si bien el año 2015 alcanzó un saldo negativo de -5.5%, y hay una reducción de la tasa porcentual debido principalmente a que algunos proyectos mineros no iniciaron operaciones, este porcentaje se estima que se va a recuperar en el presente y siguiente año por las inversiones privadas confirmadas, por lo que se estima se llegaran a valores de 2.0% en el 2016 y con perspectivas ascendentes en el futuro.

El crecimiento de la inversión privada proyectado para el 2016 se debe a la cantidad de proyectos privados confirmados para los próximos 3 años, por lo que presentaremos brevemente el detalle de proyectos por sector económico.

²² Actualizado al 27 de enero del 2016.

CUADRO N° 3: PERÚ, ANUNCIOS DE INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ, 2015-2017.

(Millones de US\$)

	Total Inversión	Número de Proyectos
Minería	13,421	32
Hidrocarburos	6,996	21
Electricidad	4,967	35
Industrial	2,718	15
Infraestructura	4,404	24
Otros Sectores	7,603	114
Total	40,109	241

FUENTE: BCRP / PROINVERSIÓN²³

ELABORACIÓN: PROINVERSIÓN

* Cifras estimadas. BCRP (Reporte de Inflación, septiembre del 2015)

Como se aprecia en el cuadro N° 3, los proyectos de inversión privada anunciados entre el 2015 al 2017, son liderados por el sector minería con 32 proyectos con un estimado de inversión total de 13,421 millones de dólares, hidrocarburos con 21 proyectos con un estimado de 6,996 millones de dólares y electricidad con 35 proyectos con una inversión total de 4,967 millones de dólares, entre los principales rubros.

Hasta este punto, hemos establecido que el Perú ha experimentado un crecimiento económico sostenido (principalmente en los últimos 14 años) y que se ve reflejado en su PBI. Dicho crecimiento se debe principalmente a la inversión privada que aporta casi una quinta parte del PBI nacional, así mismo, la tendencia de crecimiento económico sigue siendo positiva, como se tiene de las estimaciones del BCRP, sustentadas principalmente en la inversión privada, con proyectos de inversión confirmados para los próximos 3 años.

El mencionado crecimiento económico se traduce no solo en incrementar

²³ Actualizado al 27 de enero del 2016.

operaciones, compra de activos y demás sino en mayor contratación de personal y por ende mayor demanda de talento humano en el mercado de trabajo, que lógicamente tiene como efecto el incremento de la oferta laboral, cuyo efecto podremos apreciar en el siguiente gráfico con la medición y evolución de la PEA ocupada.

Lo afirmado en el párrafo anterior ha sido objeto de diversos postulados que relacionan crecimiento económico con el incremento o descenso del empleo, siendo el más importante la “Ley de Okun” enunciada en 1962, por el economista estadounidense Arthur Okun en su artículo “Potencial GNP: Its Measurement and Significance”. Dicho trabajo estudia los valores del PBI y el nivel de empleo de los Estados Unidos desde 1947 a 1960 y obtiene algunos datos estadísticos que le permitió hallar algunas relaciones entre los citados factores, enunciado por ejemplo que *“para mantener los niveles de empleo, una economía necesita crecer cada año entre el 2,6% y el 3% y que cualquier crecimiento inferior significaba un incremento del desempleo debido a la mejora de la productividad”* (Okun, 1962).

La ley de Okun señala además, que *“una vez mantenido el nivel de empleo gracias al crecimiento del 3%, para conseguir disminuir el desempleo es necesario crecer dos puntos porcentuales por cada punto de desempleo que se quiera reducir”*.

Esta teoría ha sido denominada Ley, debido a que si bien ha sido formulada de forma empírica aún es aceptada ya que *“se cumple con regularidad aceptable para la mayoría de las economías desarrolladas, variando únicamente el valor de los coeficientes. Conceptualmente, la ley de Okun establece que una economía en expansión, con una población activa relativamente estable, debe aumentar el volumen de recursos humanos empleados para aumentar su nivel de producción y reduce por tanto su nivel de paro. Análogamente, una economía en recesión disminuirá el número de empleados, aumentando en consecuencia su nivel de*

*desempleo*²⁴. En el caso de América Latina ha permitido predecir los cambios en el empleo en base al crecimiento económico sobre todo en países de América latina, tan solo ajustando el coeficiente de crecimiento esperado.

La efectividad de esta ley en gran parte a tres causas²⁵:

- a. Incorporación de nueva población activa al mercado laboral, debido a que a mayor porcentaje neto de población activa incorporada al mercado laboral con relación al del PIB el resultado será mayor desempleo y viceversa.
- b. La innovación y desarrollo incrementan la productividad de la mano de obra: Debido a que es más cara la mano de obra que el capital, los procesos suelen orientarse a reducir la mano de obra, por lo que si se reduce la producción el resultado será un incremento del desempleo.
- c. Las empresas tratan de ahorrar en mano de obra: Las empresas tienen en su mayoría un excedente de mano de obra para atender a los picos cíclicos. Solo con un incremento de producción consolidado (en cantidad y tiempo) para considerar la contratación de nuevo personal.

Al respecto como muestra de su relevancia en tiempos actuales, por ejemplo Christine Lagarde, Directora Gerente del FMI, refirió que *“la forma más eficaz de fomentar el empleo es volver a poner en marcha el crecimiento... 1 punto porcentual más de crecimiento en las economías avanzadas disminuiría el desempleo en las*

²⁴ LA LEY DE OKUN PARA LAS REGIONES ESPAÑOLAS: DISTINTAS APROXIMACIONES ECONOMETRICAS. Andalucía – España, Vol. 4., 2012.

²⁶ MATERIALES DE ESTUDIO DE MACROECONOMICA Y POLITICA ECONOMICA: TEMA 2 - CONTROVERSIAS BÁSICAS DEL ANÁLISIS MACROECONÓMICO [en línea]. Universidad de Buenos Aires, Facultad de Ciencias Económicas.

<http://www.econ.uba.ar/www/departamentos/economia/plan97/macro_polecon/perezenrri/PDF/Articulos%20y%20Papers/Papers/ley%20de%20okun/Okunyphillips.pdf> [consulta: 18 de septiembre del 2015]

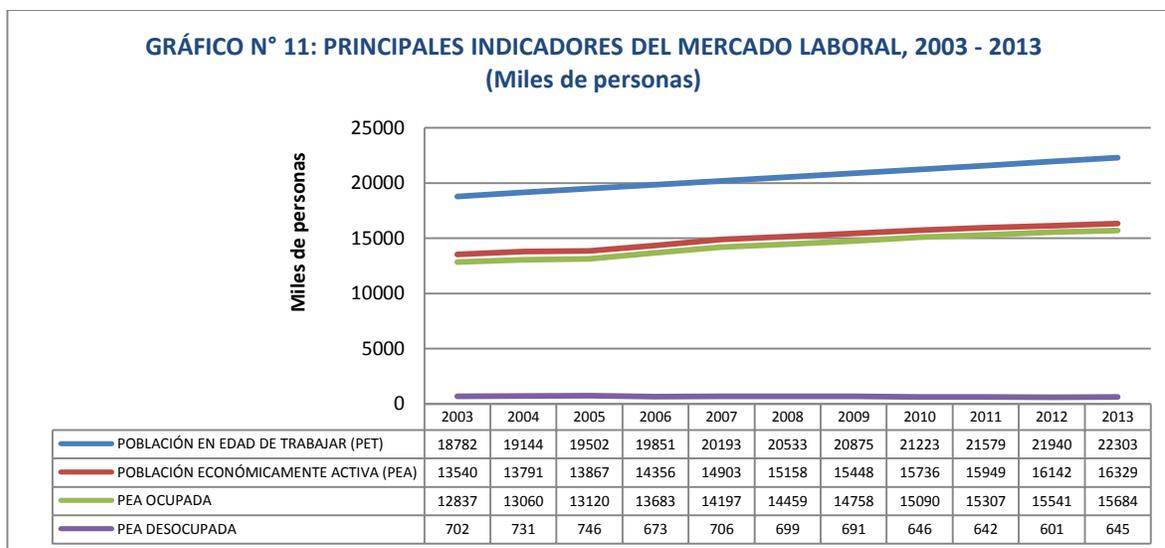
*mismas en aproximadamente ½ punto porcentual, recuperando empleos para más de 4 millones de personas. Entonces, para crear empleos, debemos aumentar el crecimiento económico. ¿Cómo hacerlo? En el corto plazo, no hay duda de que se deberá adoptar una política monetaria y fiscal inteligente para proteger su recuperación”.*²⁶

Ya que hemos establecido que a nivel teórico hay una relación entre el PBI y nivel de empleo, y teniendo en cuenta que hemos detallado que el Perú ha experimentado un crecimiento económico sostenido, entonces en principio debería de hallarse una correspondencia del crecimiento del empleo para corroborar esta relación, por lo que analizaremos en el siguiente gráfico los principales indicadores laborales, en especial la PEA ocupada y la tasa de actividad, la cual -al menos en teoría- debería de incrementarse por efecto del crecimiento económico.

De encontrarse la correspondencia mencionada, entonces podríamos también inferir que las perspectivas de crecimiento económico proyectadas a futuro y presentadas en los párrafos anteriores nos permitirían pronosticar un crecimiento del empleo a futuro (en cantidad y calidad) y de la población ocupada, que implicaría tanto una mayor competencia por el talento humano y un mayor universo de potenciales casos para el uso de CNC-PC, como de problemas derivados de estas.

²⁶ Citado por LOUNGANI, PRAKASH. *¿Aún están vinculados el empleo y el crecimiento?.* [en línea] Revista Dialogo a fondo. 20 de febrero, 2014.

<<http://blog-dialogoafondo.org/?p=3518>> [consulta: 18 de septiembre del 2015]



FUENTE: MINTRA / INEI (Encuesta Nacional de Hogares).²⁷²⁸

ELABORACIÓN: PROPIA

Como observamos tanto en el gráfico N° 11 como en los datos de cabecera, hay una clara tendencia creciente de la PEA ocupada, de 15.541 millones de personas en el 2012 a 15.684 en el 2013, lo que claramente muestra una tendencia de crecimiento del empleo que es concordante con el crecimiento de la inversión privada y el PBI, por lo que vemos una correlación estadística entre crecimiento del PBI, inversión privada e incremento de la demanda laboral.

²⁷ Actualizado al 03 de septiembre del 2015.

²⁸ Descripción de Referencias:

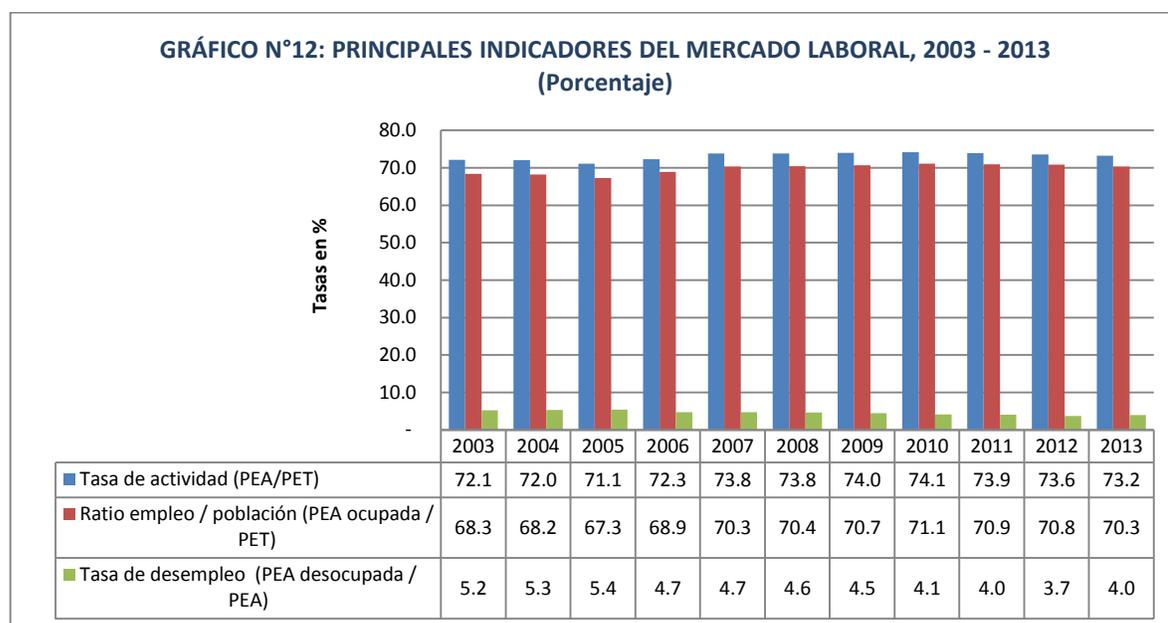
PET: Se refiere a las personas de 14 a más años de edad que están aptas en cuanto a edad para el ejercicio de funciones productivas.

PEA: Se refiere a las personas en edad de trabajar que en la semana de referencia de la encuesta se encontraban trabajando, o no se encontraban trabajando pero estaban buscando trabajo activamente.

PEA OCUPADA: Se refiere a las personas en edad de trabajar que en la semana de referencia de la encuesta se encontraban trabajando.

PEA DESOCUPADA: Se refiere a las personas en edad de trabajar que en la semana de referencia de la encuesta no se encontraban trabajando pero estaban buscando trabajo activamente.

A continuación analizaremos dicha estadística en términos de ratios de empleo (actividad y empleabilidad)



FUENTE: MINTRA²⁹

ELABORACIÓN: PROPIA

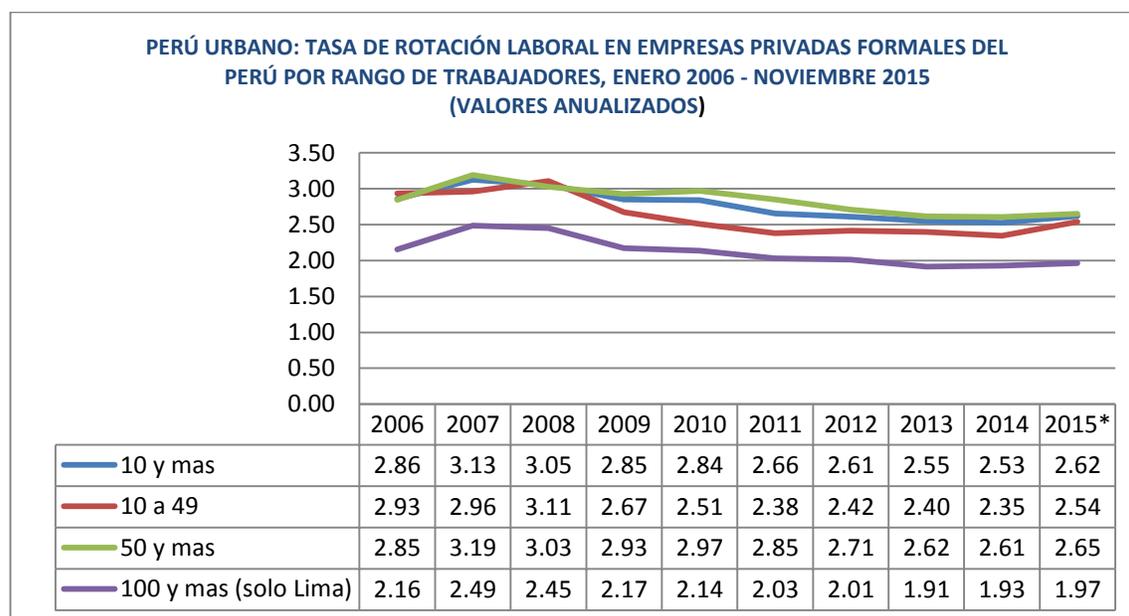
En el gráfico N° 12, apreciamos los principales indicadores del mercado laboral, del cual rescatamos el ratio de empleo que muestra una tendencia creciente en el periodo 2003 al 2013, con un ratio en el 2013 de 70.3%. En cuanto al ratio de desempleo si bien en algunos años se incrementó, la tendencia es a aminorarse siendo el ratio de 4% en el 2013, lo que muestra que se está incrementando el empleo, conforme lo planteado en un inicio, que a mayor crecimiento económico mayor generación de empleo.

En un mercado laboral con mayor oferta laboral, hay una mayor competencia por captar y mantener el talento humano, mejorando las condiciones ofertadas (remuneración, prestaciones, línea de carrera, etc.). Las mejores condiciones del mercado y mayor demanda generan una mayor tasa de rotación laboral, debido a

²⁹ Actualizado al 18 de septiembre del 2015.

que los trabajadores buscan mejores condiciones de trabajo, por ello, en un contexto de mejora económica e incremento de la oferta de trabajo se espera que la rotación laboral aumente.

En el siguiente gráfico veremos la evolución de la rotación laboral según estadísticas oficiales, calculadas en base a la tasa de entrada y salida.



FUENTE: MINTRA³⁰

ELABORACIÓN: PROPIA

Como vemos en el gráfico N° 12, según cifras oficiales del Ministerio de Trabajo y promoción del Empleo, en el 2015 la rotación laboral en empresas de 10 y más trabajadores llegan a una tasa del 2.62%, en empresas de 10 a 49 a una tasa de 2.54% y de 50 a más a 2.65%. En cuanto Lima en las empresas de 100 y más trabajadores la tasa de rotación es de 1.97%.

³⁰ Actualizado al 27 de enero del 2016.

Como vemos las cifras de rotación laboral según cifras oficiales se han incrementado considerablemente, fenómeno que como establecimos en este capítulo y de conformidad con las interacciones entre PBI y empleo, podemos establecer que ha sido influenciado por el crecimiento económico del Perú en los últimos 14 años,

La información oficial es concordante con las cifras obtenidas de una encuesta sobre Rotación Laboral y Retención del Talento Humano, realizada por IPSOS entre mayo y junio del 2013, a Gerentes de Recursos Humanos y ejecutivos de las 3000 principales empresas del país, cuyo panorama si bien también muestra una tasa positiva, esta es más alta que la cifra conseguida por medios oficiales, esto puede deberse en parte a que estuvo orientada a personal de dirección y de las área involucradas.

En el primer gráfico analizaremos las estadísticas presentadas por esta encuesta, respecto del porcentaje de rotación real en las empresas encuestadas versus el porcentaje considerado ideal.

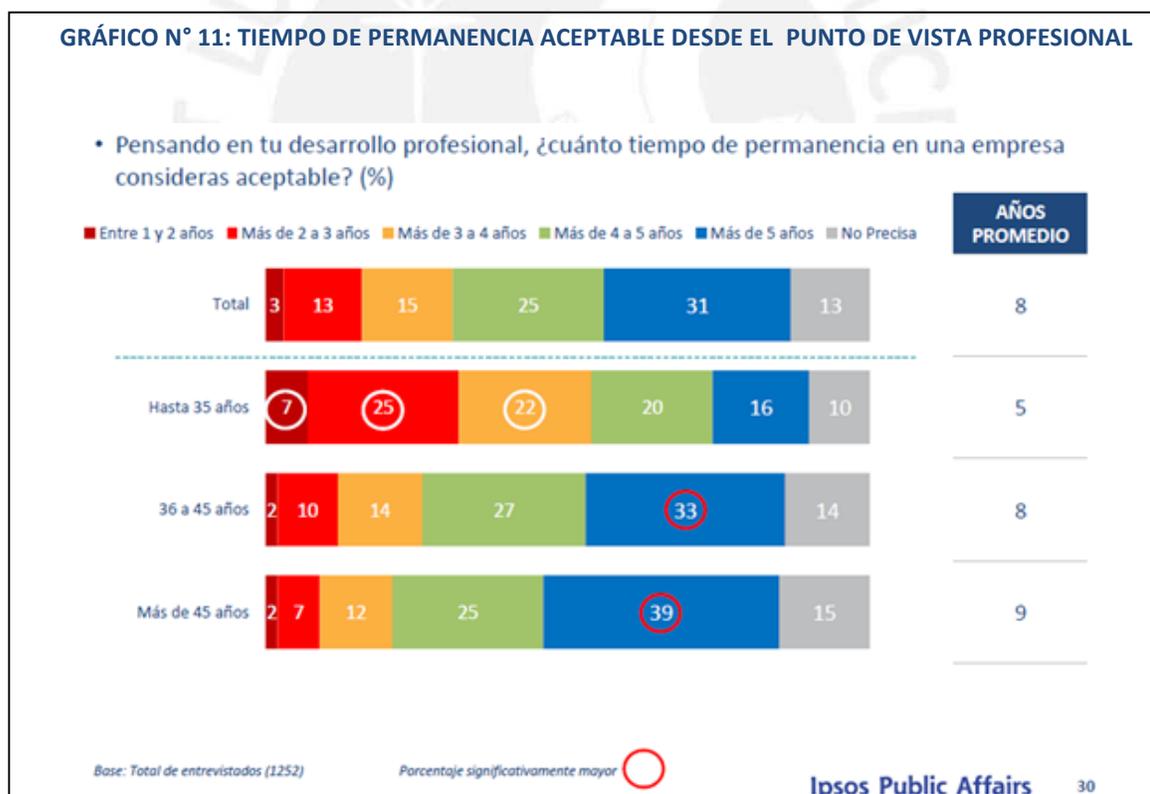


FUENTE: IPSOS

ELABORACIÓN: IPSOS

Según el gráfico N° 10, los porcentajes reales de rotación en las empresas superan a los porcentajes que creen ideales por más del doble (idealmente una rotación de 6.9% es estimada adecuada cuando en la realidad es de 15%), y estos porcentajes reales superan las cifras oficiales por casi el quintuple. Por lo que se entiende que las empresas están teniendo cifras de rotación mayores a las que consideran óptimas para el desenvolvimiento normal de su negocio.

Un buen porcentaje de la rotación laboral se debe a una cuestión interna, ya que los trabajadores podrían tener un preconcepto de tiempo de rotación mayor al que las empresas de por si consideran su óptimo, como veremos en el siguiente gráfico.



FUENTE: IPSOS

ELABORACIÓN: IPSOS

El gráfico N° 11 nos muestra en promedio que a menor edad menor es el tiempo de permanencia ideal. En el caso de los ejecutivos de hasta 35 años (el segmento más joven entrevistado), se considera que 5 años en promedio son aceptables como tiempo de permanencia en una empresa y específicamente el mayor número de entrevistados de este sector refirió inclusive menos tiempo (25% de entrevistados consideran 2 a 3 años de permanencia). Todo enfocado desde el punto de vista de cual es lo mejor para su desarrollo profesional, confirmando que la rotación es percibida de forma positiva para el desarrollo profesional, siendo parte de la cultura del trabajador peruano. Cabe mencionar que esta percepción también se ve influenciada por el mercado laboral, ya que en situación de alta oferta como ya mencionamos, mejoran las condiciones de trabajo y naturalmente el trabajador buscará una mejor condición, percibiendo naturalmente la rotación (en la mayoría de los casos) como beneficiosa.

En este punto pudimos observar que la rotación laboral tiene índices que oscilan en promedio entre 2.31 y 3.13% en lo que va del 2015 según cifras oficiales (las cuales además muestran una tendencia de incremento consistente) y según cifras de la encuesta de IPSOS de 7.88% en promedio, además que la rotación esta percibida positivamente para el desarrollo profesional, no obstante las empresas consideran que las tasas actuales no son las óptimas para su negocio. Aunado a ello, el crecimiento económico genera una mejorar en las condiciones de la oferta laboral tanto en cantidad como en calidad, incentivando aún más la rotación, la cual con altas tasas y con una PET en incremento, tiene como consecuencia en términos reales un número mayor de trabajadores que rotan, número que se irá incrementando de forma sostenida con el crecimiento económico por la dinámica descrita.

Finalmente el último gráfico nos mostrará el fundamento y necesidad del uso de cláusulas de no competencia post-contractual, ya que revela el destino del capital humano que es sujeto de rotación.

GRÁFICO N° 12: DESTINO DEL TALENTO HUMANO MIGRADO

- ¿Cuáles son las principales empresas a las que migra el personal de su empresa? (%)



Base: Total de entrevistados (213)

Ipsos Public Affairs

FUENTE: IPSOS

ELABORACIÓN: IPSOS

El gráfico N° 12 es contundente, ya que observamos que la mayoría del capital humano que rota, pasa a empresas de la competencia (53%) o a clientes (13%) que también es considerada competencia indirecta con la empresa, ya que en estos casos se busca cubrir un trabajo que inicialmente hacía la empresa que pierde el talento humano. En total suma un 66% de migración a empresas que representan competencia con el ex – empleador, por lo que es motivación más que suficiente para que la empresas busquen mecanismos de retención del talento humano, entre otras, las cláusulas de no competencia post-contractual.

A esto podemos sumar la dificultad para conseguir talento humano de reemplazo. Según el portal electrónico Terra citando a Cornerstone Lima, refiere algunas de las causas:

“El 88% de las empresas declaran que existe escasez de talento en el Perú, siendo las principales razones del problema la falta de claridad sobre las carreras y competencias necesarias para el mercado laboral (39%), la carencia de un plan estratégico nacional que oriente políticas de educación (32%) y la falta de experiencia en la posición requerida (16%), según un estudio realizado por Cornerstone Lima”.³¹



FUENTE: Cornerstone Lima

ELABORACIÓN: Terra Perú

En el citado estudio también se menciona las áreas con mayor dificultad para conseguir talento humano, conforme se aprecia en el Gráfico N° 13 estas son: Tecnología de la información (17%), Operaciones (16%), Comercial (16%) y Recursos Humanos (14%) que registran los índices más altos de dificultad, contrastando Legal y Logística con 5% y 3% que respectivamente registran la más baja dificultad.

³¹ PORTAL TERRA. *Escasez de talentos en el Perú: ¿por qué y dónde?* [en línea]. 20 de mayo de 2013.

<<http://noticias.terra.com.pe/nacional/escasez-de-talentos-en-el-peru-por-que-y-donde,54a386d37a3ce310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>> [consulta: 21 febrero 2014].

Hasta este punto hemos establecido que hay una correlación entre crecimiento económico, aumento del empleo y aumento de la rotación laboral, dicha correlación se da en el Perú y tiene perspectivas de acentuarse por lo que se espera que la rotación laboral se incremente con el tiempo. Así mismo hemos establecido que en el Perú la mayor parte del capital humano que migra se va a empresas de la competencia, por lo que queda claro que, ante esta realidad las empresas tienen que hacer algo a fin de retener el talento humano, lo que abordaremos en el siguiente capítulo.

1.2. LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST- CONTRACTUAL Y SU RELACIÓN CON LA RETENCIÓN DEL TALENTO HUMANO.

1.2.1. Formas de retención del talento humano.

La rotación laboral genera grandes costos directos e indirectos a la empresa, entre los que podemos citar:

- Pérdidas relacionadas a inversión en el talento humano: están considerada la inversión en beneficios e incentivos contractuales, inducción, capacitación, bonificaciones extraordinarias entre otros.
- Costos relacionados a trámites administrativos: aquellos relacionados a las horas hombre destinadas los trámites de salida ante entes administrativos, principalmente (Ministerio de Trabajo, AFPs, SUNAT), bancarios (baja de firmas, cuentas, etc.), notariales y registrales (en el caso de poderes).
- Costos relacionados al reemplazo del talento humano: costos de captación, incentivos al talento humano a captar, reducción de producción durante reemplazo del personal y relacionados a los costos por trámites de contratación.
- Costos relacionados a la aclimatación y aprendizaje del personal de reemplazo: costos de inducción, pérdidas de producción atribuidas a la curva

de aprendizaje del personal ingresante e implementación de su programa de trabajo.

- Perdidas relacionadas al conocimiento y expertiz del trabajador que migra: pueden considerarse las perdidas más grandes en potencia, ya que el conocimiento, expertiz y renombre que haya obtenido respecto en su anterior empleador, podrían ser utilizados para competir con su ex – empleador de forma directa o indirecta.

Ante esto el empleador naturalmente intentará retener el capital humano, por lo que el siguiente punto a desarrollar son las alternativas con las que pueden contar la empresa para la retención de su talento humano, las que podemos clasificar de la siguiente forma:

- a) **Mecanismos motivacionales:** orientados a generar un ambiente que promueva el deseo del trabajador de permanecer en la empresa apelando a su voluntad, pueden ser mecanismos permanentes o incidentales, entre los que podemos citar la motivación del trabajador, capacitación, beneficios para familiares, “gestión de la felicidad”, línea de carrera, bonos por rendimiento, incremento salarial, promociones, etc.
- b) **Mecanismos coercitivos:** dichos mecanismos buscar reprimir la migración del talento humano apelando a mecanismos obligatorios que impidan o disuadan de ello, generalmente son mecanismos contractuales y/o legales, como las cláusulas penales, términos laborales contractuales, ejercicio del término legal para renuncia, cláusulas de no captación, cláusulas de no competencia post-contractual, etc.

El empleador optara por uno u/y otro dependiendo del momento, tipo de trabajo o política de la empresa. Generalmente se utiliza un mecanismo coercitivo introducido en el contrato, el que es usado como último recurso, complementado con uno o varios mecanismos motivacionales que se ejercitan durante la vigencia del contrato.

1.2.2. Validez e idoneidad de las Cláusulas de No Competencia Post-

Contractual como mecanismo de solución.

Las CNC-PC desde el punto de vista de la gestión del talento humano, y como mecanismo para la retención del mismo, forman parte de los mecanismos coercitivos que tienen como objetivo disuadir al talento humano de migrar, o en su defecto, proteger al empleador ante un eventual perjuicio por la competencia que pueda ejercer en contra de su ex - empleador.

La cláusula de no competencia no es un mecanismo de retención del trabajador, ya que su fin no es que el trabajador no migre (aunque si lo disuada de ello indirectamente³²), más bien, busca que no se vaya a una empresa de la competencia o ejerza competencia por cuenta propia, por el riesgo de que toda la inversión, experiencia y conocimiento del trabajador sea aprovechado por su competidor y le genere un perjuicio (evidentemente económico). No solo se protege el conocimiento, sino la habilidad y potencial de competencia del trabajador producto de su relación con el ex – empleador.

Este tipo de cláusulas se utiliza con un amplio espectro de trabajadores, cuya característica principal es un conocimiento, expertiz y hasta el renombre obtenido con ocasión de su relación laboral anterior. En la práctica nacional e internacional, suele aplicarse en mayor o menor intensidad a mano de obra calificada y personal de dirección o especializado, generalmente en empresas que cuentan con un importante valor de producto o servicio constituido por algún conocimiento específico o con escasa oferta en el mercado³³.

³² Es un efectivo mecanismo disuasorio indirecto, ya que los términos de la cláusula implican que reduzca su principal espectro de búsqueda de empleo. Por ello el trabajador se ve desincentivado de renunciar no solo por el riesgo implícito de buscar nuevo empleo sino por el añadido de tener que reducir su campo de búsqueda.

³³ Por ejemplo: en el caso de mano de obra calificada es especialmente escaso el personal con el conocimiento para el manejo de maquinaria como motoniveladoras, grúas de alto tonelaje, soldadura certificada, soldadura bajo el agua, especialistas y certificados en el uso de arneses para alta montaña o trabajo en altura. En el caso de personal especializado tenemos el caso de los

Jaime Carbonel³⁴ establece respecto de las cláusulas de no competencia en general:

“(...) Es un recurso ampliamente utilizado por las empresas para impedir que sus trabajadores puedan hacer uso de los conocimientos adquiridos durante la vigencia de su relación laboral en otras compañías competidoras en el mercado en perjuicio de su antiguo empleador. Por consiguiente, el know-how, las estrategias empresariales, así como posibles ventajas competitivas (tener una característica clave en el mercado en exclusiva y con vocación de permanencia) han sido, tradicionalmente, los elementos objeto de protección por el pacto de no competencia post-contractual. Máxime cuando dichos conocimientos pueden ser empleados, tal y como se ha expuesto, como arma contra su antiguo empleador, ya que en un mercado tan competitivo como el de hoy es muy difícil consolidar o mantener una posición de liderazgo o, simplemente, de subsistencia”³⁵.

Es evidente la importancia y utilidad de la aplicación de este mecanismo de retención del talento humano dentro del mercado laboral peruano, cuya necesidad se irá incrementando por los fenómenos económicos descritos que harán más competitivo el mercado laboral. Por ello es necesario tener parámetros claros para determinar las circunstancias que configuren nulidad de las mismas ya que la casuística será también mayor con el paso del tiempo.³⁶

especialistas en cálculo actuarial que no superan la decena en nuestro país, también los profesionales en precios de transferencia. Finalmente en el caso de personal de dirección se da principalmente en gerencias o jefaturas con manejo de know - how, o procesos que puedan ser replicados en un competidor con un efecto perjudicial para su competidor.

³⁴ CARBONEL, Jaime. *La cobertura y los requisitos de validez del pacto de no concurrencia post contractual en la relación laboral especial de los abogados*. JJLEX [en línea].

<<http://www.jjlex.es/?p=273>> [consulta: 21 febrero 2014]

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ También hay que tener en cuenta que dichas cláusulas es mayor en países europeos, por lo que junto a las inversiones privadas también se puede traer modelos de gestión del capital humano, entre

Esta investigación está sustentada en una creciente necesidad de retener el talento humano por la mayor competitividad del mercado, siendo las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual, la forma más sencilla (por su aplicación) y disuasiva (por su alcance), por lo más adelante pasaremos a desarrollar las implicancias jurídicas de su aplicación, conforme a la problemática establecida en la parte introductoria.

1.2.3. Aplicación diferenciada de las cláusulas de no competencia

Las CNC-PC no son aplicadas de la misma forma a todos los empleados, variarán las condiciones dependiendo de las propias características del trabajador y de la empresa, dándole a uno u otro mayor poder de negociación en el caso de establecerse CNC-PC, no obstante podemos hacer una breve reseña de las principales diferencias en su aplicación:

- a) **Diferenciación por rangos o puestos:** nos referimos a los niveles ocupacionales tradicionales, empleados subordinados, rangos intermedios y jerárquicos, que se diferencian en general, por el nivel de responsabilidad asumida por cada puesto independientemente de la persona que lo ocupe. Cabe mencionar que se parte de la premisa que el empleador ya evaluó que sí es pertinente aplicar una CNC-PC, por lo que estamos ante un universo de trabajadores con determinadas cualidades apreciadas por el empleador, al punto de aplicar una cláusula para mitigar el riesgo de rotación laboral.
- **Empleados en régimen de subordinación:** podemos diferenciar este rango ocupacional “*cuya labor se limita a seguir instrucciones específicas*”³⁷ de los niveles más altos “*sin autonomía de criterio para orientar la propia*

ellos el uso de las CNC-PC.

³⁷ Adaptación de la clasificación funcional descrita en la página web del Instituto Sindical de Trabajo, Ambiente y Salud de España (ISTAS) [<http://www.istas.net/fitema/ma/ma0304.htm>]

*actuación*³⁸. Son empleados reclutados principalmente por su formación previa y que en la empresa logran cierta especialización en una determinada tarea o área.

Su poder de negociación inicial es mínimo, salvo que, haya mucha demanda en el mercado, tenga una experiencia considerable, o una formación muy especializada, suelen incluirse las cláusulas con posterioridad al inicio del vínculo laboral, cuando el trabajador ha probado su desempeño, ha adquirido mayor conocimiento y/o especialización del trabajo asignado.

En este grupo es probable que desde un inicio el empleador configurará las condiciones que le sean más convenientes, presentándose mayor probabilidad de vicios de nulidad por transgresión de derechos fundamentales.

El poder de negociación se incrementa un poco, en caso de anunciar un posible fin del vínculo laboral, siempre que haya dificultad para reclutar un nuevo personal y que la curva de aprendizaje/producción sea mayor, en ese caso podrían negociarse condiciones más favorables para el trabajador.

- **Empleados d mando intermedio:** son “*profesionales que ejecutan los programas de trabajo y decisiones emanadas del superior jerárquico*”³⁹, tienen poder de mando sobre el grupo anterior y mayor autonomía dentro del ejercicio de su labor dentro de los límites y políticas delineadas por el nivel superior. Son empleados caracterizados por un nivel de especialización intermedia en la labor que desarrollan y mediano a alto conocimiento del funcionamiento interno del área a su cargo, además de contar con información privilegiada. Su poder de negociación en la configuración de CNC-PC es bajo al ingresar, por no tener la información y especialización que constituyen los principales activos a proteger, pero se incrementa en la medida que las adquiere.

³⁸ Ídem 37.

³⁹ Ídem 37.

- **Empleados de mando jerárquico:** son los empleados “*que toman decisiones, bien sea sobre la utilización de los recursos de la empresa (directivos) bien sobre los procedimientos de trabajo*”⁴⁰, además poseen amplia autonomía en el desarrollo de sus funciones.

Los trabajadores de este grupo ocupacional son el típico grupo de aplicación de CNC-PC, son trabajadores con alta especialización profesional y/o experiencia laboral en un determinado campo ya sea en la empresa o en otras relacionadas.

Su rotación es alta, y su poder de negociación respecto de las condiciones y cláusulas también lo es, por lo que, en este caso si es usual que haya negociación de los términos del contrato y las CNC, en cualquier momento de la relación laboral ya que el potencial de perjuicio económico en el caso de migrar a la competencia es alto por el conocimiento del negocio, los contactos obtenidos y la dificultad para obtener un reemplazo (la forma usual de conseguir uno en este grupo ocupacional es la captación de empresas de la competencia).

⁴⁰ Ídem 37.

SECCIÓN II: PLANTEAMIENTO DE UNA DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL EN MATERIA LABORAL.

2.1. DEFINICIÓN, TIPOLOGÍA, NATURALEZA Y CARACTERÍSTICAS DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.

Las CNC-PC se usan consuetudinariamente en nuestro país, no obstante la ausencia de regulación, por lo que es necesario definir y caracterizarlas a fin de conocer su naturaleza esencial, a fin de desprender criterios que permitan identificar las situaciones en las que estemos ante una cláusula que adolezca de vicios de nulidad (que sería el caso en que una cláusula no cumpla o no encuadre con los fines y características propios de su naturaleza).

2.1.1. Definición de las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual.

Las CNC-PC en materia laboral, son un mecanismo ampliamente usado en la práctica de gestión de recursos humanos, pudiendo configurarse las mismas con más o menos mismas estipulaciones, alcances y restricciones, en las cuales ahondaremos más adelante, por lo que solo las definiremos en su forma esencial.

Son acuerdos suscritos entre el trabajador y empleador a cambio de una contraprestación económica, por el que este último se compromete al terminar la relación laboral, a no trabajar por cuenta propia o de terceros en actividades que haya desarrollado anteriormente con su ex empleador que impliquen competencia con él y que puedan generarle un posible desmedro económico.

Este tipo de acuerdos puede suscribirse durante el vínculo laboral o finalizando este. Constituye una obligación de no hacer, pactada con el fin de evitar que el trabajador que termina su relación laboral, aproveche la información, conocimiento,

capacitación⁴¹ o prestigio adquirido para desarrollar en beneficio propio o de terceros actividades similares que constituyan competencia con su ex empleador y que le genere un perjuicio económico directo o indirecto.

2.1.2. Diferencia de las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual, con otras cláusulas contractuales.

Las cláusulas de no competencia en materia laboral, son recientes, y son producto de la especialización del trabajo y del incremento de la rotación laboral. En nuestro país se viene incrementando su uso como respuesta a esta problemática, no obstante debemos diferenciarlas de otras cláusulas aplicadas en el ámbito laboral cuyos fines pueden parecerse.

a) Diferencia con las Cláusulas de No competencia Contractual o Cláusulas de No Concurrencia:

Las cláusulas de no competencia en materia laboral, son aquellas condiciones pactadas entre el empleador y el trabajador y plasmadas en una cláusula contractual, que restringen la facultad del trabajador de escoger y concurrir en un trabajo o actividad económica para un tercero competidor y que implique la posibilidad de la transferencia de información obtenida con motivo del trabajo realizado previamente.

Las cláusulas de no competencia a su vez se dividen en dos tipos, por el momento de ejecución de la obligación de no hacer (no competir):

⁴¹ María del Carmen López Anierte en su libro La Competencia del Trabajador con su Empresa (Pág. 85), cita un ejemplo de justificación del pacto de no competencia por la especialización recibida con la sentencia STSJ Castilla y León / burgos del 15 de enero 1993 (AS 1993,38), que contempla un supuesto en el que el fundamento del pacto es el costeamiento por parte de la empresa del aprendizaje por el trabajador de las técnicas sobre obesidad y estética aplicadas por la empresa, valoradas en cuatro millones de pesetas.

- Cláusulas de No Competencia Contractual o Cláusulas de No Concurrencia: En este caso la cláusula establece que el trabajador no podrá realizar ningún tipo de actividad para un tercero del mismo rubro de su actual empleador. En este caso la duración de esta obligación se circunscribe a la duración del contrato de trabajo. Estas cláusulas también son llamadas de exclusividad, ya que lo que busca es que el trabajador dedique de forma exclusiva para la empresa su fuerza productiva, evitando fuga de información interna básicamente.

- Cláusulas de No Competencia Post-Contractual : en este caso el pacto limita que el trabajador pueda laborar para un tercero, siempre que este pertenezca al rubro del anterior empleador, sea su competidor o de alguna manera pueda beneficiarse con la información interna de la que dispone el trabajador. El alcance supera al de la relación laboral⁴², en este caso no se busca exclusividad del trabajo, sino más bien es una cláusula más parecida a las cláusulas de confidencialidad, solo que en este caso va más allá en aras de proteger la confidencialidad y también limita el derecho de escoger un trabajo para el ex empleado.

b) **Diferencia con las cláusulas de confidencialidad:**

Una cláusula de confidencialidad tiene como fin principal proteger la información más allá de la persona que la canalice, una cláusula de confidencialidad persigue a la información, pues le da un mayor valor a ella, una cláusula de confidencialidad admite por ejemplo mayores plazos de reserva pues la información es un activo importante para la generación de

⁴² Ya que la cláusula supera la duración de la relación laboral, o mejor dicho es una obligación fuera del contrato laboral pero que nace con este. Nos encontramos que propiamente la cláusula tiene naturaleza civil aunque relacionada a un derecho laboral, siendo su naturaleza la de una obligación de no hacer.

riqueza, una cláusula de confidencialidad tiene naturaleza pre y post-contractual por igual no habiendo mayor diferencia en su aplicación antes (inducción / capacitación) durante o después de la culminación de la relación laboral. Por este motivo esta cláusula podría válidamente usarse en conjunto con una cláusula de no competencia.

En cambio una CNC-PC si bien también valora la información *per se* también valora el canal de ella (el trabajador) como un activo más, la experiencia del trabajador aunada a ese conocimiento, suma al valor de la información el valor presente o potencial del trabajo del empleado. Por ello no admite un tiempo prolongado ya que si bien busca que un trabajador no rivalice o participe de una empresa competidora antes durante o después del contrato, no permite una restricción eterna ya que estaría contraviniendo el derecho fundamental de la persona al trabajo, que es jerárquicamente superior al derecho de empresa y a primacía de la voluntad de las partes.

c) Con las Cláusulas de Impedimento de Caza Furtiva de empleados:

Las Cláusulas de Impedimento de Caza Furtiva, son aquellas por las que un ex - empleado se compromete a que después de culminado el vínculo laboral no va a captar trabajadores de su ex – empleador y están diseñadas “*para impedir la divulgación de secretos comerciales, o para proteger una conexión comercial, que podría ser interpretado puede incluir información confidencial*”⁴³. Una Cláusula de Impedimento de Caza Furtiva protege una posible forma de competencia con el ex - empleador y de protección de información, no obstante no protege respecto de otras manifestaciones de competencia que si son protegidas por las CNC-PC, como son el trabajo e información propia del mismo ex – empleado que bajo una cláusula de caza

⁴³ (La traducción es nuestra) Caso Aussie Home Loans vs. X Inc Servicios – Australia. En Dinamarca se rige por la ley danesa sobre uso de empleadores.

furtiva no está impedido de ejercer por cuenta propia o ajena labores que impliquen competencia con su ex empleador.

Las Cláusulas de Caza Furtiva restringen la libertad de contratar del ex – empleado, y es menos gravosa que una CNC-PC por lo que puede Pactarse por un plazo mayor que la CNC-PC y no implica pago de compensación por parte del ex empleador, pero si implica generalmente el pago de una indemnización en caso no se cumpla lo pactado por parte del ex empleador⁴⁴.

d) Con las Cláusulas de No Captación o Caza Furtiva de Clientes:

Las Cláusulas de No Captación implican que el empleado no puede dejar su trabajo y ofrecer sus servicios por cuenta propia o de una tercera persona a los clientes de su ex – empleador con los que hubiera tenido contacto. Se diferencia de las CNC-PC en que las cláusulas de no captación solo restringen los servicios a clientes de su ex empleado, es decir es una restricción persecutoria del cliente, en tanto que las CNC-PC, abarcan un espectro mayor ya que restringe prestar servicios a cualquier persona o entidad que pueda constituir competencia para su ex – empleador, lo que incluye prestar servicios por cuenta ajena aun posible competidor, o por cuenta propia o de tercero respecto de clientes del ex empleador y además potenciales clientes (en este último supuesto el trabajador es la competencia). La Cláusula de No Captación restringe el contacto con determinadas personas, en tanto que las CNC-PC la prohibición implican una restricción de ejercicio de profesión u oficio o de vinculación laboral como competidor, por lo que es más amplia.

⁴⁴ El código de Trabajo de Francia establece que “este tipo de cláusulas son permisibles y no hacen exigir una indemnización como tal”.

El Código de Trabajo también considera que un empleador que ha contratado a un empleado que violó su contrato de trabajo anterior sin causa puede tener que pagar daños y perjuicios a la empresa anterior, junto con la empleado”.

En la práctica se usa dependiendo del nivel de conocimiento e importancia del empleador una u otra, aplicando cláusulas menos restrictivas como la de no captación en el caso de trabajadores con menor conocimiento e importancia, dejando las CNC-PC para los trabajadores más calificados o con mayor conocimiento por implicar mayor peligro para el negocio.

También pueden ser usadas conjuntamente, estableciendo cláusulas de no competencia por periodos de 2 años (ya que el tiempo y alcance espacial suele ser restringido por ser más onerosa respecto del derecho del trabajador) y además sumar una cláusula de no captación por 3 años de forma que se proteja por un periodo mayor el interés más específico del ex - empleador (se puede establecer un plazo mayor por ser menos gravosa).

e) Con las Cláusulas de Protección de la Propiedad Intelectual:

Las Cláusulas de Protección de la Propiedad Intelectual, buscan que el empleado y ex - empleado no divulgue creaciones realizadas con motivo de sus labores o de las que haya tomado conocimiento en su anterior trabajo, generalmente se introduce el deber no solo de no divulgación sino la cesión de toda creación en favor de su empresa de forma que esta adquiere titularidad de la acción en caso de incumplimiento.

Se diferencia de las CNC-PC evidentemente en el alcance ya que solo protege las creaciones realizadas en su trabajo, durante y después del contrato de trabajo. Tiene un alcance incluso más limitado que las cláusulas de confidencialidad ya que solo protege aquella información creada con motivo de sus labores o de la que haya tomado conocimiento o utilizado con motivo de ellas. El interés son los derechos sobre la propiedad intelectual y no implican indemnización ya que se entiende que es parte de las funciones del empleado.

De una CNC-PC, no es posible desprender o suponer protección de la integridad de propiedad intelectual de la que haya sido participe el ex - trabajador, ya que en tanto el conocimiento protegido no suponga competencia contra el ex – empleador no estará dentro del alcance de esta, por lo que el conocimiento que no implique competencia que pueda producir daño económico al ex – empleador no estará protegida.

Adicionalmente el plazo de protección de una Cláusula de Protección de la Propiedad Intelectual estará determinado como máximo por el plazo de protección que la ley de la materia establezca, por ejemplo 20 años en caso de patente y 10 años respecto de modelos de utilidad y diseños industriales⁴⁵, en tanto que en una CNC-PC solo protegería del uso de aquella creación intelectual durante el plazo de la cláusula (plazo menor).

A continuación presentamos una breve comparación de las CNC-PC y las demás cláusulas presentadas.

CUADRO N° 5: COMPARACIÓN DE LAS MATERIAS DE PROTECCIÓN ENTRE LAS CNC-PC Y OTRAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES DE USO COMÚN⁴⁶

⁴⁵ Si la patente, modelo de utilidad y diseño industrial están registradas, la protección opera sin necesidad de establecer cláusula alguna, salvo como reafirmación del mismo. En caso que no se hayan registrado, la cláusula opera de forma complementaria con aquellos documentos que permitan probar la relación de causalidad entre las funciones y la creación.

⁴⁶ Elaboración: Propia.

MATERIA CLÁUSULA	COMPENSAIÓN NECESARIA	LIMITACION FUNCIONAL	LIMITACIÓN GEOGRAFICA	LEGÍTIMO INTERÉS	PROTECCIÓN DE PROP. INTELLECTUAL	PROTECCIÓN DE INFORMACIÓN	PROTECCIÓN DE COMPETENCIA	RESTRICCIÓN DE CONTRATAR EMPLEADOS DEL EX - EMPLEADOR
CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST- CONTRACTUAL	x	x	x	x		x	x	x
CLÁUSULAS DE NO CONCURRENCIA		x	x	x		x	x	x
CLÁUSULAS DE CONFIDENCIALIDAD						x		
CLÁUSULAS DE IMPEDIMENTO DE CAZA FURTIVA DE CLIENTES							x	
CLÁUSULAS DE IMPEDIMENTO DE CAZA FURTIVA DE EMPLEADOS								x
CLÁUSULAS DE PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELLECTUAL					x			

Como vimos en todos los casos las CNC-PC comprenden un espectro más amplio de protección para el ex – empleador, ya que implican *per se* para el ex- trabajador obligaciones de no competencia, confidencialidad, de impedimento de caza furtiva de clientes y empleados. No obstante como analizaremos más adelante, las CNC-PC deben ser aplicadas con razonabilidad y en proporción efectiva al riesgo para el empleador, de lo contrario deberá de optar por alguna de las cláusulas ya mencionadas dependiendo de la necesidad específica.

2.1.3. Las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual a la luz de las fuentes nacionales e internacionales.

Para hallar las características de este tipo de cláusulas, analizaremos las distintas posiciones contempladas al respecto, tanto en las fuentes del derecho peruano como internacional, o en temas que nos puedan permitir inferir sus características de forma directa o tangencial, por lo que entre las principales fuentes para caracterizar las CNC-PC tenemos:

a) Fuentes Nacionales:

En el Perú no están normadas las CNC-PC, su uso es incidental por lo que tampoco hay aún jurisprudencia que se haya referido al caso particular, solo tenemos un pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano relativo al abuso de derecho en cláusulas de contratación que puede ser aplicable y algunos escasos artículos de la doctrina:

a.1. Jurisprudencia

No hay jurisprudencia específica respecto el caso, no obstante tenemos pronunciamientos sobre temas relacionados que pueden servirnos para interpretar lo que el sistema jurídico nos permite.

La Corte Suprema, en la Casación 2102-2005-Piura establece que “(...) *el contrato de trabajo se transforma en un mecanismo que distorsiona derechos laborales o no permite garantizarlos del modo más adecuado, no cabe la menor duda de que el objetivo de licitud predicado por la norma fundamental (artículo 62º de la Constitución Política) se ha vulnerado, a lo que se suma el hecho de facilitar los derechos que se consideraban constitucionalmente adquiridos e irrenunciables, pueden verse viciados de contenido*”, dicha sentencia establece que si los derechos fundamentales se vulneran se transgrede la licitud contemplada en el art. 62 de la constitución, acaeciendo la nulidad.

En esa línea también se pronuncia la Casación 1817-2004-Puno, relativa a que la libertad de contratación no debe inobservar otros preceptos constitucionales, estableciendo que *“Si bien el artículo 62º de la Constitución Política del Estado establece que la libertad de contratar garantiza (...) debe interpretarse en concordancia con su artículo 2º, inciso 14 que reconoce el derecho a la contratación con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”*. Además concluye que el derecho a la contratación no es ilimitado de forma implícita y explícita *por la* licitud el orden público y especialmente *“(...) frente a lo que pueda suponer el alcance de otros derechos fundamentales y la correlativa exigencia de no poder pactarse contra ellos. Asumir que un acuerdo de voluntades, por más respetable que parezca, puede operar sin ningún referente valorativo, significaría no precisamente reconocer un derecho fundamental, sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos”*. Podría de primera impresión parecer que se proibiría cualquier acto de disposición respecto de derechos laborales, no obstante el Tribunal Constitucional da lineamientos para el caso de disposición de los mismos.

El Tribunal Constitucional, se ha pronunciado respecto de los derechos fundamentales y su relación con las cláusulas de contratación, prescribiendo que una cláusula es violatoria de los primeros y por ende carece de validez cuando no respeta los principios razonabilidad y proporcionalidad respecto de derechos fundamentales -como en este caso- el derecho al trabajo. No obstante estos conceptos son genéricos y requieren de desarrollo y análisis para desarrollar lineamientos válidos y prácticos para su aplicación en la casuística, a fin de poder determinar si estamos ante una cláusula nula, lo que es materia de la presente investigación. Este criterio fue contenido en la sentencia n° 4677- 2004 PA/TC, en donde se señala que: *“los principios de proporcionalidad y razonabilidad son los parámetros que permiten determinar la validez de las limitaciones que puedan invocarse de los derechos*

fundamentales”,⁴⁷ criterio además refrendando en sentencias como la del Expediente 1209-2006-PA/TC, que además precisa que estos principios “son pues el parámetro de determinación de validez de los actos (normativos y no normativos) que establezcan límites a los derechos fundamentales”.

Estos dos parámetros serán parte de los mecanismos para solucionar conflictos de interés entre estas cláusulas, especialmente en caso que no haya regulación, ya que el juzgador tendrá que ponderar la cláusula para determinar en qué medida se aplicará o no (y de ser el caso su nulidad total o parcial), como se analizará en la tercera sección. Ya que en

a.2. Doctrina

Hay poca doctrina relacionada al tema específico (nulidad del CNC-PC), y la doctrina consultada, no se ha abordado la definición o caracterización de las cláusulas de no competencia, sino de hacer un análisis de su validez dentro de un determinado marco jurídico. Por lo que es necesario realizar un análisis que parta de las características y naturaleza de la cláusula, a fin de plantear criterios válidos sustentados no solo en la norma, sino en principios. Teniendo en cuenta ello, citaremos algunos autores que se han ocupado del tema y que aportan algunos criterios que podemos contrastar para los fines propios de esta sección.

Eric Castro Posadas en su artículo “*Los pactos de no competencia en el derecho laboral peruano*”, refiere que para verificar la validez de estos pactos se debe recurrir al test de proporcionalidad tendiente a determinar si el pacto cumple con:

⁴⁷ DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. *Materiales del curso de Derecho Laboral Empresarial*. Escuela De Post-Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012 .P. 150, citando al Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia N° 4677- 2004 PA.

- i) Proporcionalidad con el fin,
- ii) Mecanismo adecuado,
- iii) Comparación entre la afectación del derecho y el fin objetivo.

En cuanto a los convenios post-contractuales refiere que debe haber tres criterios:

- i) Efectivo interés
- ii) Compensación económica
- iii) Limitación temporal.

No obstante se plantean requisitos, no se profundiza en el fundamento de cada uno de ellos, y en cómo podrían constituirse causales de nulidad. En cuanto al uso del test de proporcionalidad como mecanismo de solución en caso de enfrentamiento de dos principios, hay algunas cuestiones previas que pueden ser planteadas respecto de su uso (si es necesario ponderar, que criterios objetivos o cuasi objetivos se pueden establecer para asignar pesos a los principios, ver si efectivamente hay una colisión o si en todo caso solo es necesaria la subsunción a la norma, entre otros).

Este último punto será abordado en la última sección cuando se analice las formas de resolver los conflictos derivados de las CNC-PC.

a.3) Análisis de las CNC-PC a la luz de Los Principios del Derecho Individual del Trabajo.

Recordemos que las cláusulas de no competencia, si bien son pactadas mientras dura el vínculo laboral, extienden sus efectos con posterioridad a este. Por lo que si bien sus efectos constituyen una obligación civil de no

hacer, por estar inmersos en su formulación la restricción de derechos constitucionales laborales es necesario con el fin de interpretar adecuadamente sus alcances analizarlas a la luz de los principios del derecho individual del trabajo, siendo los más cercanos el principio protector y el de irrenunciabilidad de los derechos laborales.

a.3.1. Principio Protector

Este principio busca “*compensar la desigualdad existente en la realidad, con una desigualdad de sentido opuesto*”⁴⁸. Es decir busca compensar la asimetría en las relaciones trabajador empleador (por el natural mayor poder del primero) con normas que protejan los derechos del trabajador evitando que estos se vulneren y mantengan un mínimo indispensable.

En el caso de las CNC-PC, esta desigualdad se manifiesta cuando el empleador quien tiene mayor poder de negociación, configura las cláusulas a su conveniencia, llegando a vulnerar el núcleo esencial de los derechos constitucionales y laborales del trabajador, desnaturalizándolos. Por lo que es materia de análisis en la última sección del presente trabajo, analizar como el derecho laboral y en general todo el ordenamiento jurídico en consonancia con la constitución, en vía de ponderación y en concordancia con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, nos van a dar los mínimos indispensables que separaran una clausula nula de una válida.

En el principio protector además se puede tener por comprendidos los principios de interpretación más favorable al trabajador en caso de duda sobre el significado de una norma y de la norma más favorable al trabajador cuando dos o más normas regulen en forma incompatible un mismo hecho, en el caso de las CNC-PC hay un conflicto aparente de derechos fundamentales y normas o principios de inferior rango, no obstante y como

⁴⁸ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Conferencia "LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO DEL TRABAJO". Lima - 1995

ya hemos mencionado podría resolverse entre otros métodos con la ponderación, o a partir de una interpretación sistemática del ordenamiento legal que debe estar en concordancia con la jerarquía de derechos consagrados en la constitución, que en caso de conflicto o aparente conflicto lógicamente deben inclinarse en favor del empleado o expleado siempre que peligre la desnaturalización de un derecho fundamental, por exceso en la condiciones establecidas en una CNC-PC.

a.3.2. Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales

En palabras de Américo Plá, es “*la imposibilidad jurídica de privarse voluntariamente de una o más de las ventajas concedidas por el derecho laboral en beneficio propio*”⁴⁹. Cuando se pactan CNC-PC, hay una renuncia parcial de un derecho laboral como la libertad de trabajo, no obstante como veremos más adelante, siempre que no se afecte el núcleo esencial del derecho fundamental y haya un sustento adecuado de que esta no perjudica al trabajador, una renuncia parcial puede ser válida.

⁴⁹ Américo PLA RODRÍGUEZ, Los Principios del Derecho del Trabajo 2ª ed., actualizada Depalma, Buenos Aires 1978, p 67

a.4. Legislación directamente aplicable.

a.4.1) Decreto Legislativo N° 295, T.U.O. Código Civil.

Como mencionamos en el punto anterior, las CNC-PC no están reguladas en nuestra legislación, por ello se aplicará supletoriamente –entre otras normas- lo dispuesto en el código civil sobre nulidad, para lo cual nos remitimos al artículo 219, que enumera las causales de nulidad, siendo las siguientes:

- “1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente Incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.*
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.*
- 5.- Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6.- Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7.- Cuando la ley lo declara nulo.*
- 8.- En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la ley establezca sanción diversa.”*

En el caso de las CNC-PC, el primer filtro será que la configuración y ejecución de la referida cláusula reúna los requisitos generales de validez del acto jurídico enumerados, ya que de lo contrario adolecería de una primigenia causal de nulidad del acto jurídico. En el caso en particular no son aplicables las causales enumeradas en los literales 6 y 7, ya que no hay forma específica (ad-solemnitatem) para configurar CNC-PC, y tampoco hay norma que prohíba este tipo de pactos⁵⁰.

⁵⁰ En determinados casos, podría ser aplicable también el numeral 4°, referido a la nulidad por fin ilícito, por ejemplo en el caso que se pacten cláusulas de no competencia con el fin de restringir la

Un segundo filtro es el relacionado al abuso de derecho contemplado en el artículo II del título Preliminar que establece que:

“La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.”

En este caso, se debe entender que si la configuración de la cláusula genera la disposición de un derecho de tal forma que menoscabe su “núcleo esencial”, estaría configurando abuso de derecho, siendo “potencial”⁵¹ causal de nulidad contemplada en el Código Civil, la nulidad virtual, según lo dispuesto por el art. V del T.P. del Código Civil que establece: “*Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres*”. Siendo en este caso las leyes que interesan al orden público el derecho al trabajo y todas aquellas destinadas a proteger los derechos de los trabajadores.

a.4.2) Constitución Política del Perú.

Es aplicable el artículo 2° inciso 15 de la Constitución Política del Perú que establece que toda persona tiene derecho: “*A trabajar libremente, con sujeción a ley.*”, y el art 2 inc. 14 de la Constitución, que prescribe que toda persona tiene derecho: “*A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público*”.

misma.

⁵¹ Potencial, debido a que dependerá de las condiciones de cada caso en particular si es que configura nulidad o no.

En el uso de las CNC-PC, aparentemente son dos derechos que pueden colisionar, no obstante como analizaremos más adelante, ambos derechos han de ser sopesados en el caso en particular y a la luz de lo fines y naturaleza de las CNC-PC, de forma que se pueda obtener una solución justa para resolver un conflicto o aparente conflicto entre ellos.

a.4.3) Legislación general con menor aplicabilidad

- **Decreto Legislativo 728, Ley de Competitividad y Estabilidad Laboral**

El artículo 2° literal f) de la ley establece que son objetivos de la presente Ley:

“Coadyuvar a una adecuada y eficaz interconexión entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo.”

Lo que se busca es que no haya factores que distorsionen el mercado laboral, por lo que en el caso de las CNC-PC, el juez en caso de evaluar una posible nulidad deberá evaluar el “mercado relevante” y el impacto en el del uso de la cláusula de no competencia de forma que efectivamente no se esté distorsionando o mellando la interconexión natural entre oferta y demanda laboral.

- **Ley N° 27588, Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual.**

Las restricciones de naturaleza post-contractual derivadas de las relaciones laborales, no son nuevas en nuestra legislación, ya que en el sector público se contemplan este tipo de disposiciones. En este caso dichas restricciones a la competencia como no son de origen contractual

sino legal, por lo que en este caso si hay una restricción que recoge esta norma que impide pactar en contrario (permitiendo al ex funcionario competir con su anterior empleador).

El fin es proteger la información privilegiada a la que se tuvo acceso con motivo del trabajo en el estado, por ejemplo en el artículo 1, se establece que:

“Los directores, titulares, altos funcionarios, miembros de Consejos Consultivos, Tribunales Administrativos, Comisiones y otros órganos colegiados que cumplen una función pública o encargo del Estado, los directores de empresas del Estado o representantes de éste en directorios, así como los asesores, funcionarios o servidores con encargos específicos que, por el carácter o naturaleza de su función o de los servicios que brindan, han accedido a información privilegiada o relevante, o cuya opinión haya sido determinante en la toma de decisiones, están obligados a guardar secreto o reserva respecto de los asuntos o información que por ley expresa tengan dicho carácter. Tampoco podrán divulgar ni utilizar información que, sin tener reserva legal expresa, pudiera resultar privilegiada por su contenido relevante, empleándola en su beneficio o de terceros y en perjuicio o desmedro del Estado o de terceros. La violación de lo dispuesto en el presente artículo implicará la transgresión del principio de buena fe y será sancionada con la inhabilitación para prestar servicios al Estado, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubiera lugar”.

Para proteger dicha información establece impedimentos en el artículo 2, siendo estos por ejemplo en el caso de las personas referidas en el artículo 1°:

“Respecto de las empresas o instituciones privadas comprendidas en el ámbito específico de su función pública, tienen los siguientes impedimentos:

- a. Prestar servicios en éstas bajo cualquier modalidad;*
- b. Aceptar representaciones remuneradas;*
- c. Formar parte del Directorio;*
- d. Adquirir directa o indirectamente acciones o participaciones de éstas, de sus subsidiarias o las que pudiera tener vinculación económica;*
- e. Celebrar contratos civiles o mercantiles con éstas;*
- f. Intervenir como abogados, apoderados, asesores, patrocinadores, peritos o árbitros de particulares en los procesos que tengan pendientes con la misma repartición del Estado en la cual prestan sus servicios, mientras ejercen el cargo o cumplen el encargo conferido; salvo en causa propia, de su cónyuge, padres o hijos menores. Los impedimentos subsistirán permanentemente respecto de aquellas causas o asuntos específicos en los que hubieren participado directamente.*

*Los impedimentos se extienden hasta **un año posterior al cese** o a la culminación de los servicios prestados bajo cualquier modalidad contractual, sea por renuncia, cese, destitución o despido, vencimiento del plazo del contrato o resolución contractual”.*

Así mismo establece penalidades en el artículo 4, prescribiendo que:

“El incumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente Ley dará lugar al cobro de una penalidad ascendente al monto total de las remuneraciones, honorarios, dietas o cualquier otro beneficio económico percibido o pactado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales a que hubiera lugar.”

Las referidas restricciones surten efecto por imperio de la ley por lo que tampoco es necesario plasmarlas en una cláusula o ser notificadas al trabajador para surtir efecto ya que se presume que la norma es de conocimiento general. Así mismo, ya que su origen no es contractual sino legal o por imperio de la ley, tampoco son materia de renuncia o disposición por parte del estado, por lo que tampoco pueden ser consideradas cláusulas de no competencia.

Finalmente la naturaleza y fines no son los mismos ya que su fin no es evitar un desmedro económico por la competencia de su ex trabajador, sino más bien protección de información y el uso de la misma por el ex funcionario o servidor público, de forma que no se perjudique la entidad estatal y el interés público ya que una entidad pública no persigue fin lucrativo.

Esta norma se desarrolla en concordancia de la Constitución Política Del Perú, que en su artículo 40°, regula las personas comprendidas dentro de la carrera administrativa, indicando que: *“La ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza”*.

Además en el mismo artículo agrega más adelante una limitación de no concurrencia al establecer que *“Ningún funcionario o servidor público puede desempeñar más de un empleo o cargo público remunerado, con excepción de uno más por función docente. No están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta...”*.

En este caso es una restricción legal de no concurrencia, sustentada en el interés público.

- **Decreto Legislativo 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa.**

El decreto legislativo 276, ley de bases de la carrera administrativa establece en su artículo 23° las prohibiciones a los servidores públicos, enumerando entre ellas:

“Realizar actividades distintas a su cargo durante el horario normal de trabajo salvo labor docente universitaria;

Percibir retribución de terceros para realizar u omitir actos del servicio;

Realizar actividad política partidaria durante el cumplimiento de las labores;

Emitir opinión a través de los medios de comunicación social sobre asuntos del Estado, salvo autorización expresa de la autoridad competente;

Celebrar por sí o por terceras personas o intervenir directa o indirectamente en los contratos con su Entidad en los que tengan intereses el propio servidor, su cónyuge o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; y

Las demás que señalen las leyes o el reglamento”.

Dichas disposiciones están relacionadas más a condiciones de no concurrencia que de no competencia.

- **Ley N° 26887, Ley General de Sociedades.**

La Ley General de Sociedades no aporta, disposiciones aplicables a las CNC-PC, no obstante si ofrece un antecedente respecto de la no competencia en materia societaria. En el artículo 180°, regula el conflicto de intereses respecto de los directores de la sociedad al referir que “(...). *No pueden participar por cuenta propia o de terceros en actividades que compitan con la sociedad, sin el consentimiento expreso de ésta”.*

Como se aprecia es una prohibición de competencia durante la duración de a relación con la empresa (prohibición de concurrencia) prevista por la ley, bajo sanción, la cual es descrita en el último párrafo del artículo 180°, por la que se establece que el director que vaya en contra de lo dispuesto es “(...) responsable de los daños y perjuicios que cause a la sociedad y puede ser removido por el directorio o por la junta general a propuesta de cualquier accionista o director”.

Dentro del articulado de la LGS, encontramos otra disposición que sanciona de igual forma la concurrencia de intereses en el artículo 133°, disponiendo la suspensión del derecho de voto de los accionistas, el referido artículo dispone que “El derecho de voto no puede ser ejercido por quien tenga, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad”.

Ambas disposiciones se refieren a prohibiciones legales de no competencia durante la duración del vínculo con la sociedad, es decir obligaciones de no concurrencia, por lo que vemos que no es nueva la idea de restringir la competencia⁵² para proteger el interés de la empresa, en contraposición a otros derechos como los de voto del socio, libre empresa, contratar, etc.

- **Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.**

En este decreto legislativo encontramos un primer concepto que si bien no pertenece al derecho contractual o laboral, si será importante más adelante para identificar las limitaciones geográfica y funcional respecto

de las CNC-PC, nos referimos al concepto de “mercado relevante”, el cual según el artículo 6° de ese cuerpo normativo define así:

“El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. (...)”

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”.

Un segundo concepto se refiere a una conducta que es identificada y sancionada por esta norma, denominada “abuso de posición de dominio”, conducta descrita en el artículo 10° numeral 1, el cual considera que hay abuso de posición de dominio⁵³:

⁵³ Algunas de las situaciones que permiten identificar posición de dominio se contemplan en el artículo 7° numeral 1, en el cual se refiere que:

“Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- a) Una participación significativa en el mercado relevante.*
- b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.*

“Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición”.

Además describe las conductas exclusorias que pueden configurar el mismo, en el artículo 10° numeral 2:

“El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;*
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;*
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;*
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,*

c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.

d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.

e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.

f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

También se precisa en el artículo 7° numeral 2, que *“La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita”.*

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.

Estas conductas pueden configurarse mediante el uso de CNC-PC, siempre que el empleador goce de posición de dominio y abuse de ella estableciendo CNC-PC en sus empleadores tendiente no a proteger un efectivo interés económico sino con un afán de restringir la competencia.

Por ejemplo: una empresa de transporte de valores con gran presencia en el mercado imponga CNC-PC a todos sus trabajadores sin discriminar si poseen conocimiento relevante, solo con el fin de que sus empleados una vez terminado el vínculo laboral no acudan a su única competidora o a una empresa que recién está ingresando al mercado.

- **Legislación de protección de la propiedad intelectual**

Las CNC-PC tratan de evitar que un trabajo utilice el conocimiento y expertiz desarrollada en su ex empleador en su contra y le genere daño económico. Ese conocimiento puede a su vez estar protegido dependiendo de su naturaleza por derechos de autor o inventor, por lo que si un ex – empleado divulga o utiliza sin consentimiento información o conocimiento protegido puede ser objeto de sanciones.

Los derechos de autor están protegidos por el Decreto Legislativo N° 822, Ley sobre el Derecho de Autor, que en su artículo 1° prescribe su ámbito de aplicación:

“Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechohabientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural”.

Además de establecer en el artículo 5°, una lista de las obras protegidas, siendo estas:

- a) Las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos u otros escritos.*
- b) Las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.*
- c) Las composiciones musicales con letra o sin ella.*
- d) Las obras dramáticas, dramático-musicales, coreográficas, pantomímicas y escénicas en general.*
- e) Las obras audiovisuales.*
- f) Las obras de artes plásticas, sean o no aplicadas, incluidos los bocetos, dibujos, pinturas, esculturas, grabados y litografías.*
- g) Las obras de arquitectura.*
- h) Las obras fotográficas y las expresadas por un procedimiento análogo a la fotografía.*
- i) Las ilustraciones, mapas, croquis, planos, bosquejos y obras plásticas relativas a la geografía, la topografía, la arquitectura o las ciencias.*
- j) Los lemas y frases en la medida que tengan una forma de expresión literaria o artística, con características de originalidad.*
- k) Los programas de ordenador.*
- l) Las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido.*
- m) Los artículos periodísticos, sean o no sobre sucesos de actualidad, los reportajes, editoriales y comentarios.*
- n) En general, toda otra producción del intelecto en el dominio literario o artístico, que tenga características de originalidad y sea susceptible*

de ser divulgada o reproducida por cualquier medio o procedimiento, conocido o por conocerse”.

Así mismo integra en su ámbito de protección las obras derivadas con carácter de originalidad en el artículo 6°, siendo estas:

- “a) Las traducciones, adaptaciones.*
- b) Las revisiones, actualizaciones y anotaciones.*
- c) Los resúmenes y extractos.*
- d) Los arreglos musicales.*
- e) Las demás transformaciones de una obra literaria o artística o de expresiones del folklore”*

Un buen ejemplo del uso de conocimiento protegido por derechos de autor en contra del ex – empleado es el uso de diseños arquitectónicos en la industria de la construcción, los cuales suelen ser usados por los arquitectos en proyectos con nuevas empresas.

En el caso de la propiedad industrial, está protegida por el Decreto Legislativo 823, Ley de Propiedad Industrial, la cual según su artículo 3° protege los siguientes elementos:

- a) Patentes de invención
- b) Certificados de protección
- c) Modelos de utilidad
- d) Diseños industriales
- e) Secretos industriales
- f) Marcas de productos y de servicios
- g) Marcas colectivas
- h) Marcas de certificación
- i) Nombres comerciales

- j) Lemas comerciales
- k) Denominaciones de origen

Dicha información es de especial interés en el ámbito industrial, uno de los sectores con mayor especialización y en los que puede darse mayor necesidad de utilización de CNC-PC, para proteger conocimiento sensible que pueda ser usado por su competencia en caso de contratar a un ex empleado (principalmente mejora de procesos, formulas, diseños, secretos industriales, etc.)

- **Decreto Legislativo N° 635, T.U.O. del Código Penal.**

Si bien el incumplimiento de CNC-PC, por sí solo no implica un delito, los deberes conexos a ellas si pueden configurarlos, por lo que revisaremos los principales supuestos relacionados a las CNC-PC que pudieran configurar delitos.

Uno de los deberes implícitos en las CNC-PC es el de no utilizar información de la que haya tomado conocimiento en perjuicio de su ex – empleador, fuera de la indemnización por el perjuicio provocado con motivo del incumplimiento de la cláusula, pueden darse concomitantemente conductas que califiquen como delito.

Generalmente cuando hay incumplimiento de CNC-PC, implica la divulgación de información relevante para el ex – empleador, no obstante dicha información puede estar protegida por las leyes de protección de derechos de autor e inventor, por lo que su puede configurar los siguientes delitos:

En el caso de información protegida por Derechos de Invención, su uso no autorizado puede configurar algunos de los delitos contra la propiedad

industrial en la modalidad de fabricación o uso no autorizado de patente, contemplados en el Capítulo II, específicamente en el artículo 222° que prescribe que :

“Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años, con sesenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación conforme al Artículo 36° inciso 4) tomando en consideración la gravedad del delito y el valor de los perjuicios ocasionados, quien en violación de las normas y derechos de propiedad industrial, almacene, fabrique, utilice con fines comerciales, oferte, distribuya, venda, importe o exporte, en todo o en parte:

- a) Un producto amparado por una patente de invención o un producto fabricado mediante la utilización de un procedimiento amparado por una patente de invención obtenidos en el país;*
- b) Un producto amparado por un modelo de utilidad obtenido en el país;*
- c) Un producto amparado por un diseño industrial registrado en el país;*
- d) Una obtención vegetal registrada en el país, así como su material de reproducción, propagación o multiplicación;*
- e) Un esquema de trazado (tipografía) registrado en el país, un circuito semiconductor que incorpore dicho esquema de trazado (topografía) o un artículo que incorpore tal circuito semiconductor;*
- f) Un producto o servicio que utilice una marca no registrada idéntica o similar a una marca registrada en el país.”*

El uso indiscriminado de CNC-PC, a gran escala o en los casos en que se afecte gravemente la competitividad del mercado relevante podía configurar sin perjuicio de las sanciones administrativas, responsabilidad

penal, como el acaso del delito de Abuso del Poder Económico contemplado en el artículo 232°, que prescribe que:

“El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4.”

No obstante dicho artículo fue derogado por el inciso b) de la Segunda Disposición Complementaria y Derogatoria del Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 25 junio 2008, por lo que esta conducta fue despenalizada.

- **Ley N° 28237, Código Procesal Constitucional.**

El Código Procesal Constitucional nos aporta las herramientas por las cuales un determinado trabajador podría cuestionar la validez de CNC-PC, por considerarlas vulneradoras de sus derechos constitucionales, siendo esta vía la del amparo.

Para el caso de las CNC-PC, el artículo pertinente es el contemplado en el artículo 37°, que regula los derechos protegidos por el amparo, siendo contemplada en su numeral 10, la defensa del derecho al trabajo por parte del referido recurso.

a.5. Proyectos de Ley

No obstante en el Perú no están reguladas taxativamente las CNC-PC, si hubo intentos de normarla incluidos en el articulado de algunos proyectos de la Ley General de Trabajo, no obstante no se llegaron a aprobar.

El principal antecedente es el Anteproyecto de Ley General del Trabajo de junio del 2002⁵⁴, donde se contempló el Pacto de no competencia dentro del Capítulo VI “Derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo” en el Sub-capítulo I “Derechos y obligaciones de los trabajadores”, específicamente en el Artículo 52^o con el siguiente texto:

“La obligación del trabajador de no realizar actividades que supongan competencia con su anterior empleador después de extinguida la relación laboral, sólo tendrá validez si consta por escrito, se acredita que éste tiene un efectivo interés económico o comercial en ello y se otorga al trabajador una compensación económica.

El convenio de no competencia tendrá una duración máxima de un año para el personal técnico y de dos años para el personal de dirección.”.

El referido documento fue remitido al Ministerio de Trabajo en el año 2002 y el Consejo Nacional de trabajo (que es conformado por representantes de los trabajadores, empleadores y el estado) en el 2004 remite el Proyecto de Ley al congreso que fue objeto de dictamen por la Comisión de Trabajo, pero al no ser tratado en el pleno se archivó. Cabe mencionar que en el referido proyecto del 2004, parte de los consensos y acuerdos alcanzados por el Consejo Nacional del Trabajo, fue eliminar el artículo 52^o correspondiente a

⁵⁴ En noviembre del 2001 el congreso conformo una comisión de expertos (Carlos Blancas Bustamante, Adolfo Ciudad Reynaud, Víctor Ferro Delgado, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmópolis, Alfredo Villavicencio Ríos, presidida por Luis Negreiros Criado), quienes trabajaron un proyecto de Ley general del Trabajo que finalizo en junio del 2002.

los pactos de no competencia⁵⁵.

En el año 2006 y 2007 se reactivó en dos oportunidades el Proyecto de Ley General del Trabajo pendiente mediante dictamen de la Comisión, pero no se vio en el pleno, por lo que fue archivado en ambas oportunidades. En septiembre del 2011 el Ministerio de Trabajo forma una comisión de expertos encargada de revisar el proyecto formulado desde el 2001⁵⁶, actualizando el proyecto y llegando a casi un 80% de acuerdos respecto del articulado en coordinación con el Consejo Nacional del trabajo, no obstante dicho proyecto no se materializó en una propuesta legislativa.

Finalmente la más reciente opción de normar las CNC-PC fué el Proyecto de Ley N° 4145/2014.CR, “Proyecto de la Ley General del Trabajo” de fecha 26/01/2015, presentado por el Congresista Manuel Dammert Ego Aguirre, en cuyo texto contemplaba el Pacto de no competencia dentro del Capítulo VI “Derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo”, específicamente en el Sub-capítulo I “Derechos y obligaciones de los trabajadores” en el artículo 46° que prescribe que:

“La obligación del trabajador de no realizar actividades que supongan competencia con su anterior empleador después de extinguida la relación laboral, solo tendrá validez si consta por escrito, se acredita que éste tiene un efectivo interés económico o comercial en ello y se otorga al trabajador una compensación económica.

El convenio de no competencia tendrá una duración máxima de un año”.

⁵⁵ Se eliminó por consenso en las Sesiones Ordinarias N° 113 y 127 y 138 del 30.10.03, 03.02.04 y 16.03.04

⁵⁶ La comisión presidida por Carlos blancas Bustamante, Alfonso de los Heros, Javier Neves Mujica, Mario Pasco Cosmopolis, Jaime Zavala Costa y Alfredo Villavicencio Ríos.

El referido Proyecto de Ley paso a Comisión el 02/02/2015, posteriormente dos congresistas solicitaron en retiro de su firma del Proyecto de Ley (congresistas Yonhy Lescano y Veronika Mendoza), concluyendo sin debate en el pleno ni aprobación por el anterior congreso.

b) Fuentes Internacionales:

A nivel internacional está más difundido el uso de las CNC-PC, ante ello los países han optado o por regularlas formalmente dentro de su legislación o en su defecto en sede judicial se han dado pronunciamientos que han delineado su uso.

b.1. Legislación comparada

El uso de CNC-PC en nuestro país es relativamente nuevo, no obstante a nivel internacional es bastante utilizada, por lo que algunos países optaron por regularlas. Sería extenso referirnos a la normativa de cada una de ellos, por lo que solo las nombraremos y tomaremos algunos datos específicos que puedan servirnos para los fines del presente trabajo^{57 58}.

⁵⁷ IUS LABORIS. *Non-Compete Clauses An International Guide* [en línea], Bruselas, Bélgica. <<http://www.iuslaboris.com>> [consulta: 04 agosto 2015].

⁵⁸ Para la elaboración de la lista se tomó en cuenta como referencia el trabajo de IUS LABORIS, la inclusión de algunas legislaciones que no fueron contempladas en el referido trabajo, así como algunas características no detalladas, pero incluidas en otras fuentes.

CUADRO NRO. 6 : PAISES CON NORMATIVA ESPECIFICA RESPECTO DE LAS CNC-PC ⁵⁹		
NRO	PAIS	REGULACION
1	AUSTRIA	LEY DE TRABAJADORES DE CUELLO BLANCO (Angestelltengesetz - 'AngG'), LEY DE ARMONIZACION DEL EMPLEO - PARA TRABAJADORES DE CUELLO AZUL ('Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz')
2	BELGICA	NORMA NO COMPETENCIA GENERAL
3	CANADA	CÓDIGO CIVIL (QUEBEC)
4	REPUBLICA CHECA	CÓDIGO DE TRABAJO
5	DINAMARCA	LEY DE EMPLEADOS ASALARIADOS (TRABAJADORES NO MANUALES NI DIRECTORES GENERALES)
6	ALEMANIA	CÓDIGO DE COMERCIO
7	GRECIA	CÓDIGO CIVIL
8	ITALIA	CÓDIGO CIVIL (PARA EMPLEADOS, NO DIRECTORES)
9	LUXEMBURGO	CÓDIGO DE TRABAJO
10	HOLANDA	CÓDIGO CIVIL
11	NORUEGA	LEY DE CONTRATOS (NO DIRECTIVOS)
12	PORTUGAL	CODIGO DEL TRABAJO
13	ESPAÑA	ESTATUTO TRABAJADORES
14	SUECIA	CONVENIO COLECTIVO (CBA)
15	SUIZA	CÓDIGO DE OBLIGACIONES SUIZO
16	TURQUIA	CÓDIGO DE OBLIGACIONES DE TURQUIA
17	ESTADOS UNIDOS DE AMERICA	REGULACIÓN FEDERAL ⁶⁰

Si bien en las legislaciones mencionadas se contemplan las CNC-PC, cada país le da un carácter distinto, por lo que nos avocaremos a citar brevemente algunas fórmulas regulatorias propuestas en la normatividad internacional.

⁵⁹ v. ref. 54

⁶⁰ Los estados que tienen leyes o disposiciones constitucionales en materia de acuerdos de no competencia, ya sea en general o respecto de industrias específicas son: Alabama, Arizona, California, Colorado, Connecticut, Delaware, el Distrito de Columbia, Florida, Georgia, Hawaii, Louisiana, Maine, Massachusetts, Michigan, Missouri, Montana, Nevada, Carolina del Norte, Dakota, Oklahoma, Oregon, Dakota del Sur, Tennessee, Texas, Vermont y Wisconsin.

- **España:** Los denominados Pactos de No Concurrencia Post- Contractual están regulados en el Real Decreto Legislativo N° 1/1995, del 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores, en la Sección 2ª en el artículo 21° inciso 2 los regula dentro de los derechos y deberes del contrato, refiriendo respecto de ellos que:

“El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y*
- b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.”*

La legislación española coincide con la mayoría de legislaciones con los requisitos de validez: duración determinada, legítimo interés y compensación adecuada.

- **Colombia:** El artículo 44° del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia establece que:

“...La estipulación por medio de la cual un trabajador se obliga a no trabajar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono, una vez concluido su contrato de trabajo no produce efecto alguno. Sin embargo, es válida esta estipulación hasta por un año cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas, en cuyo caso debe pactarse, por el período de abstención, una indemnización que en ningún caso puede ser inferior a la mitad del salario”.

No obstante la segunda parte del artículo 44° del Código Sustantivo del Trabajo de Colombia que permitía los pactos con posterioridad al vínculo laboral, fue declarada inconstitucional e inaplicable por la Corte Suprema Colombiana, en fallo del 18 de julio de 1973 por considerar que atentaba contra el derecho constitucional de la libertad de trabajo, señalando que el artículo 39° de la Constitución Colombiana de 1886 (vigente a ese momento) que prescribía la libertad de escoger profesión u oficio, no permitía que se desconociera dicha libertad tratándose de trabajadores en general o asalariados especiales, ya fuera por breve o largo lapso.

- **Italia:** El artículo 2125° del Código Civil Italiano, regula las CNC-PC con la siguiente fórmula legal:

“El pacto con el que se limita a la realización de la actividad del trabajador, por el tiempo desde la terminación del contrato es nulo si no se realiza por escrito, si no se acuerda una compensación en favor del empleado y si la restricción no está contenida dentro de los límites de materia, tiempo y lugar.

La duración del acuerdo no puede ser superior a cinco años, si se trata de ejecutivos, y tres años en los demás casos. Si se acuerda una duración más larga, se reduce en la medida descrita anteriormente”.

b.2. Jurisprudencia

No todos los países han normado el uso de las CNC-PC, por lo que ha sido el poder judicial quien mediante pronunciamientos ha delineado el uso de estas, al respecto mencionaremos algunos de ellos.⁶¹

⁶¹ v. ref. 54

ADRO NRO. 7 : PAISES CON JURISPRUDENCIA RELACIONADA RESPECTO DE LAS CNC-PC ⁶²		
NRO	PAIS	REGULACION
1	AUSTRALIA	Tribunal Superior de Justicia de Australia: Amoco Australia Pty Ltd vs. Rocca Bros Motor Engineering Co Pty Ltd; Buckley vs. Tutty; Tullett Prebon; Sear vs. Invocare Australia Pty Ltd.
2	ARGENTINA	Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala 1 ^a , 10 de noviembre de 2006
3	BRASIL	Tribunal Regional del Trabalho da 2 Regiao (São Paulo), 18 de mayo de 2004.
4	CHILE	Corte Suprema, ROL N° 3985-2009, 12 de noviembre de 2009. Segundo Juzgado de Letras de Santiago, RIT N° T-11-2010, 14 de mayo de 2010. Corte de Apelaciones de Santiago, ROL N° 1367-2010, 3 de marzo de 2011. Corte Suprema, ROL N° 5152-2009, 27 de enero de 2011.
5	COLOMBIA	Corte Suprema de Colombia, 18 de julio de 1973
6	FRANCIA	Tribunal Supremo, 25 de marzo de 2009, no 07- 41,894; Tribunal Supremo de 9 de julio de 2008, no 07-41,970; Tribunal Supremo de 4 de junio de 2008, hay 04-40,609.
7	IRLANDA	Cantor Fitzgerald Internacional vs. Callaghan 1999 - IRLR 234; Comercial Plastics Ltd v Vicente, 1965, 1 QB 623; Murgitroyd y Company vs. Purdy.
8	LITUANIA	-
9	REINO UNIDO	Duarte vs. Negro & Decker; Samengo-Turner vs. J & H Marsh & McLennan (Servicios) Ltd.

En el caso de la jurisprudencia, se ha mencionado aquellos países cuyo único referente de regulación está contemplado en jurisprudencia específica. A ello hay que sumarle la abundante jurisprudencia de aquellos países que aparte de tener reguladas las CNC-PC, también han generado jurisprudencia como el caso de España.

⁶² loc.cit.

2.1.4. Características de las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual.

Si bien las cláusulas contractuales tienen requisitos y características establecidas por norma expresa, las CNC-PC, por su naturaleza tienen características especiales, la cuales también son objeto de análisis para determinar su validez. Por ello enumeramos las principales características enunciadas por la legislación, jurisprudencia y doctrina, en defecto de normatividad expresa en nuestro país.

- a. **Onerosidad de la compensación:** Una característica principal es la existencia de una contraprestación, cuyo fin es compensar el tiempo que el trabajador evitara trabajar en una empresa en la que pudiera usar la información obtenida previamente y que pudiera competir con su anterior empleador⁶³.
- b. **Limitación temporal:** Las CNC-PC, no pueden ser generales, ya que serían vulneradoras del derecho de trabajo, por ello debe de establecerse claramente un periodo de tiempo de vigencia, una descripción de las materias que incluyen la prohibición y un territorio o espacio en el cual se aplicarán el cual debe ser a su vez prudencial evitando excesos que puedan provocar su nulidad.
- c. **Limitación funcional:** Esta referida a que no se pueden limitar todas la actividades que pueda desarrollar el ex - empleado, sino solo aquellas que

⁶³ La compensación debe ser onerosa como se refiere, no obstante no hay un momento de cancelación específico. Tampoco hay una forma específica de compensación, un caso emblemático se dio en Sentencia 5.152-2009 del 27 de Enero de 2011, la Corte Suprema de Chile acoge un recurso de casación de un empleador que reclama el cumplimiento por parte del empleador de su contrato de trabajo, no obstante no se ha establecido en la cláusula de no competencia la cuantía de la contraprestación. Al respecto el tribunal estableció que si era válida y exigible la cláusula ya que las altas remuneraciones percibidas por el trabajador podían ser interpretadas como una compensación adelantada. El texto de la sentencia indica en su considerando vigésimo que respecto de la contraprestación *“en este caso, ella está constituida por la remuneración elevada que en su calidad de gerente percibía el demandando...”*.

guarden relación con las que el ex – empleado desarrollo, y a su vez de estas solo aquellas que puedan causar perjuicio económico a su ex. Empleador.

- d. Limitación territorial/espacial:** en este caso la limitación de actividades debe obedecer a una circunscripción territorial/espacial determinada, debiendo preferiblemente restringirse a la ciudad donde el ex empleado desarrollo sus funciones. No obstante esto puede ampliarse en la medida que efectivamente el rango de influencia del trabajo del ex – empleado haya abarcado.
- e. Interés legítimo del empleador en proteger información:** En este caso, solo se sustenta si es que efectivamente el empleador tiene interés en proteger información relevante de su empresa, ya que de no ser así podría llegar a constituir una cláusula nula que además viole el derecho de libre contratación y el derecho de libertad competencia, por ejemplo para impedir que un directivo no se vaya a otra empresa por una mejor oferta.
- f. Formalidad:** Las legislaciones que han contemplado expresamente las CNC-PC no llegan a un consenso en cuanto a las formalidades necesarias, siempre que el pacto pueda ser probado de forma fehaciente, por lo que solo en caso de establecerse expresamente en norma específica se observara la forma escrita, en su defecto bastara probar el pacto de forma fehaciente. En todo caso este no es un requisito esencial a la naturaleza de las CNC-PC sino más bien ligado a los requisitos generales de validez.
- g. Otras características:** se pueden fijar otras características por norma expresa como en el caso de Alemania, que establecen que para la validez de CNC-PC y de cualquier otra cláusula, que el contrato de trabajo debe ser válidamente notificado al empleado antes del inicio de la relación laboral.
- Monto mínimo: otra disposición especial es la establecida por ciertas legislaciones como las de Luxemburgo, Austria y Bélgica, que establecen que para ser válido el uso de las CNC-PC el trabajador debe de percibir un ingreso mínimo.
 - No puede dejarse al arbitrio de una de las partes: en Jurisprudencia dictada para la unificación de doctrina de la Sala Cuarta del Tribunal

Supremo de España de enero a abril de 2011, refiere que no es válida aquella cláusula que deja la validez y cumplimiento del contrato o cláusula al “*arbitrio de una de las partes*”,⁶⁴ en consecuencia “*declarando la nulidad de la cláusula subsistiendo el resto de las obligaciones pactadas*”.



⁶⁴ TS 22-2-11, Rec. 1209/10. *Pacto de no competencia post-contractual* (MS n° 1346; MDES n° 3754), España, 8 de mayo del 2011.

<<http://blog.efl.es/articulo-doctrinal/jurisprudencia-dictada-para-la-unificacion-de-doctrina-de-la-sala-cuarta-del-tribunal-supremo-de-enero-a-abril-de-2011>>

SECCIÓN III. PLANTEAMIENTO DE LAS CAUSALES Y ESCENARIOS QUE GENERAN NULIDAD, RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.

3.1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES Y DISPOSICIÓN DE DERECHOS CONSTITUCIONALES EN CLÁUSULAS DE CONTRATACIÓN.

3.1.1. Autonomía de la voluntad de las partes.

La libertad contractual y la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes, son las manifestaciones del ejercicio de libertades de la persona reconocidas por la constitución, no obstante no son libertades irrestrictas, puesto que cuando se vulneran o lesionan derechos fundamentales, estamos en una situación de abuso del derecho que puede acarrear su nulidad como veremos más adelante. Como mencionamos dicha libertad no es irrestricta, el ejercicio de un derecho tiene límites y en todo caso corresponde a la ley, o el juez -en defecto o ausencia de ella- establecer en el caso particular cuando estamos frente a abuso del derecho y/o nulidad de un contrato por una condición contractual abusiva.

En cuanto al contrato de trabajo, su determinación es libre, no obstante si debe adecuarse a las modalidades de contratación previstas por la ley que son un parámetro, ya que su desnaturalización conlleva a tomarlo como correspondiente a una modalidad distinta consecuente con los fines reales de la relación laboral determinada.

3.1.2. Disposición de derechos constitucionales en cláusulas de contratación.

Hay dos corrientes respecto de la disposición de los derechos constitucionales mediante cláusulas contractuales, la primera y más antigua es la posición liberal por la cual prima la autonomía de la voluntad de las partes, principalmente influenciada por la revolución industrial, dicha postura exalta la libertad de las partes para

configurar sus negocios jurídicos y determinar sus efectos. Bajo esta óptica es válido pactar CNC-PC, no siendo posible o el último caso restringiéndose su cuestionamiento por violación de algún precepto constitucional

La segunda postura – más proteccionista-, es la más reciente y se desarrolla en países con constituciones de corte social, por las cuales se protege al ciudadano y si bien se le reconoce autonomía, también se proclama un marco protector contra el abuso del derecho, en detrimento de la parte más débil en la relación contractual. Esta concepción se plasma en el derecho laboral y derecho del consumidor donde se reconoce que hay asimetría en la relación obligacional, teniendo mayor preeminencia el poder del empleador y proveedor respectivamente, por su especialización, poder de dirección, entre otros, por lo que al reconocer esta asimetría⁶⁵, da mayor protección a la “parte más débil” con disposiciones como por ejemplo el indubio pro trabajador y consumidor.

En el caso de las CNC-PC, nuestra legislación no delinea su uso y como mencionamos puede ser objeto de abuso del derecho en detrimento de sus derechos constitucionales, por lo que en sede judicial deben sopesarse ambas corrientes (ya que aún no hay consenso en la doctrina sobre la preeminencia de una sobre la otra).

3.2. LA RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN LA APLICACIÓN DE CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS.

⁶⁵ Como ya mencionamos esta asimetría laboral, es reconocida tácitamente por el ordenamiento. Por ello este conjunto de normas ius fundamentales, aunadas a las de rango infra constitucional incluyendo incluso a la negociación colectiva son descritas por Carlos Blancas (2007, Pg.14) como un “bloque de laboralidad”, que según el referido autor son importantes puesto que permiten *“equiparar al trabajador con el empleador en el ámbito de la relación laboral”*.

El análisis de validez de las CNC-PC en sede judicial, se basará necesariamente en el análisis de racionalidad y proporcionalidad (al no tener norma expresa), de conformidad con lo expresado en la sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 4677- 2004 PA, en donde se señala que *“los principios de proporcionalidad y razonabilidad son los parámetros que permiten determinar la validez de las limitaciones que puedan invocarse de los derechos fundamentales”*.⁶⁶

La razonabilidad se evaluará en base al cumplimiento de los requisitos de validez enunciados en la Sección II, es decir si las cláusulas en la forma que han sido configuradas y conforme el sentido que se desee ejecutar⁶⁷, cumplen con los requisitos esenciales de validez, siendo estos: onerosidad de la compensación, limitación funcional, geográfica, espacial, e interés legítimo.

En un segundo momento el juez evaluará la proporcionalidad de la medida, la cual no es más que analizar la interacción de todos los requisitos de validez ya mencionados y moderar su configuración a fin de determinar si la configuración dada respecto de ellas es proporcional al interés del ex – empleador.

En todo este proceso siempre tendrá en cuenta que sea cual sea la configuración de la cláusula esta no restrinja su derecho al trabajo de forma que se configure

⁶⁶ DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. *Materiales del curso de Derecho Laboral Empresarial*. Escuela De Post-Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012 .P. 150, citando al Tribunal Constitucional del Perú, Sentencia N° 4677- 2004 PA.

⁶⁷ Si la cláusula como está configurada no contempla una determina restricción el juzgador podría entender que no se ha limitado al ex – empleado en ese punto, salvo que de lo dicho por el ex - empleador se entienda que interpreta la cláusula de forma restrictiva. Por ejemplo: En el caso que en la configuración de la cláusula no se haya establecido limitación territorial, el juzgador podría entender –en sentido favorable el trabajador- , que el trabajador no tiene restricción por razón de territorio, por lo que entenderá que obedece solo a limitación local, ya que no podría entenderse que la cláusula no tiene restricción geográfica. En cambio sí de los escritos de las partes el empleador entiende que la limitación es a nivel nacional el juez tendrá que evaluar en segunda instancia la proporcionalidad de la medida.

abuso del derecho y se restrinja considerablemente su derecho a la libertad de trabajo.

Por ejemplo, en el caso de una CNC-PC que pacte un periodo de 2 años, pero que restrinja al trabajador a ejercer funciones a nivel nacional, probablemente sea abusiva en comparación con una cláusula que pacte limitación geográfica nacional pero por un periodo de 3 meses, la cual podría ser declarada válida por el juzgador.

3.3. LA NULIDAD DE CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA POST-CONTRACTUAL.

Como ya vemos venido esbozando, para determinar si hay nulidad en las CNC-PC se pasará por tres filtros, uno respecto de las cláusulas generales de contratación según lo dispuesto por la normatividad civil, uno de razonabilidad en relación a los requisitos esenciales de validez y uno de proporcionalidad en relación a la moderación de los requisitos, los que analizaremos en la presente sección.

3.3.1. Nulidad de cláusulas de contratación.

a. La asimetría en las relaciones jurídicas.

Como referimos en el párrafo anterior es muy probable que encontremos indicios de nulidad en las CNC-PC, dada la asimetría intrínseca de la relación entre trabajador y empleador, poder y mayor información que se reflejan en su dominio sobre determinar unilateralmente en su gran mayoría el contenido contractual.

Es por ello que inicialmente analizaremos brevemente la asimetría entre empleador y trabajador, ya que es el origen de CNC-PC lesivas, también analizaremos la figura del abuso del derecho cuya configuración que puede acarrear la nulidad, finalmente analizaremos los límites a la disposición de derechos sin configuración de nulidad.

Las relaciones asimétricas han sido analizadas con mayor amplitud en la doctrina del derecho del consumidor⁶⁸, particularmente en las cláusulas de contratación masivas.⁶⁹ Juan Espinoza refiere respecto al análisis de las cláusulas abusivas que:

"Ambos agentes económicos, empresario y consumidor, si bien es cierto se encuentran dentro de un plano formal, en igualdad de condiciones, no están perfectamente equilibradas en un plano sustancial. Ello se evidencia en la capacidad de información que cada uno puede tener respecto del bien o del servicio que se coloca en el mercado. El empresario –de sólo– posee mayor conocimiento del bien o del servicio puesto en circulación, por cuanto lo hace de una manera habitual y profesional (...)".⁷⁰

Más adelante el referido autor agrega respecto del poder de información y de determinación de condiciones contractuales del empresario que:

"Esta capacidad de información (...) no solo se refiere a las condiciones y

⁶⁸ Si bien la asimetría informativa es patrimonio inicialmente de la doctrina derecho del consumidor (al referirse a la relación de desigualdad entre la especialización y conocimiento contractual del proveedor y el del consumidor), este esquema no es exclusivo de esta rama ya que el derecho laboral implícitamente establece una asimetría entre el empleador y el trabajador, es por ello que hay el principio *indubio pro operario* y que la legislación laboral adopta una postura proteccionista del trabajador, como también lo hace el derecho del consumidor, siendo ramas con objetivos y fines compatibles pueden servir sus figuras de base para el análisis de las relaciones de poder al momento de establecer condiciones contractuales y determinar situaciones abuso del derecho aplicadas al ámbito laboral.

⁶⁹ Luis Moisset de Espanés, establece que: "(...) generalmente las cláusulas abusivas se presentan dentro de las condiciones generales que solemos encontrar en los contratos predispuestos, propios de la contratación masiva, donde una de las partes debe aceptar sin mayor discusión las estipulaciones incluidas por el predisponente, que se encuentra en una situación de privilegio, que suele aprovechar para obtener ventajas a su favor (...). Esta modalidad contractual no es en sí misma condenable, y resulta casi indispensable para el aprovechamiento y comercialización de bienes que son de consumo masivo".

⁷⁰ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de los consumidores*. Editorial Rhodas, Lima, 2006. Pg. 149.

características del bien o del servicio que se coloca en el mercado, sino también a las cláusulas contenidas en el contrato que unilateralmente ha sido predispuesto por el empresario”.

La asimetría informativa, no es el único tipo de asimetría que se puede encontrar en la relación entre el trabajador y el empleador, no obstante es un caso contemplado en nuestro sistema jurídico que nos permite ejemplificar claramente la dinámica de las relaciones asimétricas entre dos partes. En el caso del empleador y el trabajador, no solo encontramos asimetría informativa, también comercial, económica, etc., es por ello que en este tipo de relaciones el estado jurídico contempla sistemas jurídicos más proteccionistas, como el derecho del consumidor y el derecho laboral, que buscan equiparar la asimetría con un sistema más favorable a la parte “*más débil*”.

Este predominio de una de las partes, trasladado al ámbito de las CNC-PC, es del empleador, se ve manifestado en las condiciones y cláusulas contractuales, las que por la naturaleza lucrativa de la actividad empresarial, tenderán a beneficiar al empleador en perjuicio del trabajador, siendo propensos a configurar cláusulas y condiciones lesivas para el trabajador, que puedan configurar abuso del derecho y la nulidad de estas, por lo que en este punto es pertinente analizar la institución del abuso del derecho, en especial en los relacionado a las cláusulas de contratación.

b. El abuso del derecho

Nuestra legislación, en el artículo 1398° del Código Civil, menciona un ejemplo de tratamiento de las cláusulas abusivas, refiriendo que “*en los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo; de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato; y de fijar cláusulas compromisorias y sometimiento a arbitraje*”.

Si bien, está referido al caso de contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente (en los cuales la capacidad comercial de una de las partes es mínima o inexistente), es claro que el código civil protege del abuso o exceso que pueda resultar en una renuncia de derechos de una de las partes, bajo sanción de no ser válidas.

Manuel De La Puente y Lavalle, señala que las cláusulas abusivas a que se refiere el código civil podrían ser llamadas vejatorias, ya que se orientan a dejar a la otra parte en inferioridad jurídica o a aumentar la desigualdad ya existente, no obstante hace una precisión entre cláusula abusiva y cláusula excesiva, al referir que:

"Ha quedado perfectamente aclarado que la fórmula 'cláusula abusiva'... debe ser interpretada como cláusula excesiva, demasiado onerosa que reporta una ventaja indiscriminada a favor de uno de los contratantes en menoscabo del otro".⁷¹

Podemos afirmar entonces que este desequilibrio excesivo y oneroso en favor de una de las partes caracteriza a una cláusula abusiva. No obstante hace falta ahondar en la teoría del abuso del derecho a fin de encontrar elementos substanciales para nutrir la teoría de la nulidad por ejercicio abusivo del derecho en cláusulas de contratación.

El abuso del derecho, en la doctrina se establece como un límite o parámetro de acción para el ejercicio de los derechos subjetivos, al respecto, Carlos Fernández Sessarego, en su libro "El Abuso del Derecho" afirma que, la teoría del abuso del derecho surge:

"Como una lógica reacción frente a los códigos civiles que, inspirados en la filosofía del Código Civil francés de 1804, trasuntan una posición de corte

⁷¹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Pg. 202, citado por TORRES CARRASCO, Manuel Alberto. *Las Cláusulas Abusivas en el Código del Consumidor*. Pg. 33.

*netamente individualista. Por todo ello, el abuso del derecho representa, en la actualidad, un instituto indispensable para la convivencia humana, de suma importancia para edificar una sociedad más justa, solidaria y segura”.*⁷²

El abuso del derecho es uno de los principales fundamentos de la teoría general del derecho, es por ello que usualmente su tratativa se remite a los títulos preliminares de los códigos civiles, como en el caso de nuestro Código Civil de 1984, siendo recomendada su ubicación en este punto evitando su repetición en otros capítulos.

*“Por este motivo no figura, en consecuencia, en la sede de la responsabilidad civil, ni debería tampoco aparecer sistemáticamente, como ocurre en algunos recientes códigos civiles, en la sección correspondiente al ejercicio de los derechos, pese a que está estrechamente relacionado con estas materias”*⁷³.

La teoría del abuso del derecho nace de la necesidad de establecer un límite a los derechos subjetivos para proteger a los demás con quienes un determinado sujeto entra en relación en calidad de titular de derechos. Es una salvaguarda que equilibra la balanza de la justicia de conductas “egoístas y antisociales.”⁷⁴

El objetivo es evitar que los titulares de derecho subjetivos cometan excesos al ejercer o dejar de ejercer los mismos, que agraven intereses ajenos o propios tutelados jurídicamente, e incluso ante la inexistencia de norma protectora.

Debemos subrayar, en consecuencia, que lo susceptible de lesión o agravio en el caso del uso abusivo de un derecho no son aquellos intereses humanos que la ley reconoce expresamente y protege directamente a través de derechos subjetivos

⁷² FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *El Abuso del Derecho*. Grijley, 1999. Pg. 4

⁷³ Se suele considerar, generalmente, que la teoría del abuso del derecho se gesta principalmente a través de las obras de Josserand y Saleilles, contemporáneamente escritas en el año 1905.

⁷⁴ Es la caracterización dada por Carlos Fernández Sessarego a las cláusulas abusivas en su libro “El Abuso del Derecho”

perfectos. Tratándose del abuso del derecho, por el contrario, lo que es objeto de lesión son intereses que no están tutelados por norma jurídica específica, sino que su protección se realiza por el juez sobre la base del principio general que considera acto ilícito sui generis el denominado abuso del derecho.

El sustento jurídico para no amparar acciones descritas como actos abusivos estaría dado, por la buena fe, la equidad, la finalidad económico-social de las instituciones jurídicas, valores éticos en general, y por la solidaridad, en especial.

La superación de los límites impuestos por tales principios y valores supone que el titular del derecho lo está usando o no usando de una manera irregular, anormal, lo que puede significar una amenaza o, de hecho, un perjuicio a un interés ajeno no tutelado por una expresa norma jurídica. SPOTA describe el acto abusivo como:

“(...) aquel que se ejecuta sin exceder los límites objetivos del derecho, pero que, por su móvil no concordante con aquella finalidad social o económica, deja de ser amparado por el ordenamiento jurídico”⁷⁵.

Según SPOTA, Alberto G., Tratado de derecho civil. Parte general, t. I, vol. 2, sobre el abuso del derecho:

“(...) respétese la letra de la ley, pero se elude su espíritu, recurriendo a actos aparentemente lícitos, pero que en sí, o en su combinación, si persiguen el resultado prohibido”.

El abuso del derecho, según BEJARANO SÁNCHEZ⁷⁶, es una conducta que parece ser congruente con la norma de derecho, un comportamiento que no contradice el enunciado formal de la regla jurídica y que, sin embargo, quebranta y contraría el

⁷⁵ SPOTA, Alberto G. *Tratado de Derecho Civil. Parte general, T. I, Vol. 2, El Abuso del Derecho*. Buenos Aires, De Palma Editores, 1958.

⁷⁶ BEJARANO SÁNCHEZ, citado por Fernández Sessarego Carlos, *Abuso de derecho*, Astrea, p. 23.

espíritu y el propósito de los derechos ejercidos de manera que su actualización no es ya una acción válida y legítima sino un acto ilícito. Y es que, para el citado autor, el sentido con que se ejercita el derecho, al perturbar intereses vitales, constituye una conducta “*materialmente antijurídica aunque sea coherente con la disposición formal de la misma*”. Es decir, una conducta aparentemente legítima pero sustancialmente ilícita.

Abusar del derecho significa, para RIPERT ⁷⁷, cubrir de jurídica el acto que se tenía el deber de no realizar o por lo menos que no era posible realizar más que indemnizando a aquellos que fueran perjudicados por dicho acto. No puede concebirse un derecho que no esté limitado de una u otra forma por la ley, y que estos se basan en principio, -fijados por la ley o el convenio-, genéricos y aplicables a los derechos subjetivos de una u otra forma.

Aún en el caso de no existir limitación o principio alguno, habrá jurisprudencia o doctrina, que recoja la “conciencia jurídica colectiva”, síntesis de la moral comunitaria.

Dicha conciencia colectiva se materializa en mayor o menor medida en la prohibición del ejercicio abusivo del derecho, esta conciencia en cuanto al abuso del derecho suele ser recogida en los códigos civiles, alimentados por en la doctrina, la jurisprudencia y la costumbre que a su recoge ética colectiva, incorporando dicha prohibición expresamente en algunos casos.

En nuestro caso esta prohibición se consigna en el Código Civil peruano, con la frase “*la ley no ampara el abuso del derecho*”, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 103° de la Constitución Política del Perú que establece que “*La Constitución no ampara el abuso del derecho*”.

En lo que se refiere a la caracterización tradicional del abuso del derecho, es

⁷⁷ RIPERT. *La règle morale dans les obligations civiles*, 40 ed., París, 1949.

conveniente anotar que, desde algunas décadas atrás y más aún en la actualidad, se tiene la convicción de que el derecho subjetivo no es absoluto y que no es un poder ilimitado concedido a su titular por el ordenamiento. Esta tesis, a la cual hemos hecho referencia, se funda en que el derecho, por ser relación entre sujetos, se correlaciona necesariamente con el interés ajeno y el respeto que merecen a pesar de que no hayan sido tutelados por norma específica, se asume un deber por parte del titular de un derecho subjetivo relativizando su derecho en función al derecho de los demás.

El abuso del derecho se configura entonces como un límite que impide el ejercicio irregular del titular de un derecho subjetivo.

Conviene recordar que no solo puede constituir abuso del derecho subjetivo la actuación irregular del mismo, sino también la omisión de su ejercicio quien teniendo el poder de ejercerlo, a través de su omisión causa un daño a otro.

Es del caso anotar que, según los autores antes citados, existen hasta dos categorías de límites genéricos al ejercicio de los derechos subjetivos. La primera de ellas se sustenta en las convicciones éticas imperantes en la comunidad, mientras que la segunda supone la adecuación de dicho ejercicio a las finalidades económica o social para la cual el derecho subjetivo ha sido creado y atribuido al titular por el ordenamiento jurídico.

Cuando hablamos de la aplicación ética nos referimos por ejemplo a que los derechos subjetivos se ejerzan bajo el halo de la buena fe, en cambio cuando hablamos de los fines sociales y económicos del estado de derecho, este fin común más que regular impone la prohibición del abuso del derecho de forma expresa o tácita, la cual podría ser sancionada desde la nulidad virtual del art. V del T.P. del Código Civil que establece: *“Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres”*.

En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiteradas ocasiones, como en el EXP. N.º 05859-2009-PA/TC, estableciendo que *“La proscripción genérica, que tiene como punto de partida la figura del abuso del derecho, es categórica desde el análisis constitucional: la Constitución no ampara el abuso del derecho, afirmación que se encuentra en el párrafo final del artículo 103 de la Constitución. (...) Mientras que en el abuso del derecho se presenta un conflicto entre, por un lado, las reglas que confieren atributos al titular de un derecho subjetivo, y por otro, los principios que sirven de razones últimas para su ejercicio”*, en ese sentido el tribunal considera *“Que el empleador pretenda desconocer los derechos laborales de sus empleados por la mera invocación de las reglas de contratación por obra o servicio específico no puede ser un supuesto amparable desde la Constitución. Como se ha argumentado, la licitud de una conducta no se obtiene con el sólo hecho de invocar una disposición legal, pues ésta no puede utilizarse de forma aislada ni en desconocimiento de los principios constitucionales”*. Podemos concluir hasta este punto que la asimetría de la relación entre empleador y trabajador, va a determinar que el primero pueda ejercer su poder para conseguir cláusulas más favorables y en detrimento del trabajador, imponiéndole condiciones lesivas que en el caso de las CNC-PC vulneran la libertad de trabajo de este, configurando abuso del derecho y su validez. También podemos concluir que tampoco significa que la libertad de trabajo –u otros derechos- sean indisponibles ni puedan ser objeto de pactos, ya que solo configurarán abuso del derecho, en la medida que transgreda los límites éticos de la comunidad y el ordenamiento jurídico.

Para determinar si hay abuso del derecho, se deberá analizar principalmente, si hay o no vulneración del núcleo esencial de un derecho constitucional, lo que se deberá realizar a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad y siempre teniendo en cuenta los fines y características de las CNC-PC.

c. ¿Las Cláusulas de No Competencia Post-Contractual tienen naturaleza laboral o civil?

Habiendo determinado los límites a la disposición de derechos para no caer en abuso de derecho, corresponde diferenciar la naturaleza de esta cláusula.

Cuando hablamos de cláusulas contractuales laborales, nos referimos básicamente a las cláusulas de contratación civiles aplicadas al derecho laboral. Las cláusulas de contratación se basan en el principio de la autonomía de la libertad de las partes y la libertad contractual consagrada por la Constitución Política del Perú, que es común a ambos tipos de cláusulas y que serán reguladas en su mayoría por los principios del derecho civil y por el libro de Acto Jurídico.

Cuando tratamos de diferenciarlas de las cláusulas laborales nos referimos a las mismas cláusulas civiles pero enmarcadas en el derecho laboral, por ende primará la aplicación de los principios generales del derecho laboral y tendrán como marco regulador el derecho laboral y los usos y costumbres laborales, siendo que el derecho laboral es más proteccionista que el derecho civil (por la naturaleza asimétrica de la relación empleador empleado), las cláusulas tenderán a equilibrar esta asimetría.

Es por ese criterio proteccionista, que parte de la suposición que una de las partes tiene mayor conciencia y poder de determinación de las condiciones contractuales, lo que puede llevar al abuso del derecho por una de las partes, en merito a cláusulas de contratación que lindan entre lo nulo y anulable, en el caso de las CNC-PC, nos encontramos frente a una obligación de no hacer civil, pero ya que la cláusula no está aislada y está ligada a un contrato de trabajo previo, y que implica la restricción del derecho del trabajo, que debe analizarse no solo su configuración a la luz de los requisitos de validez del código civil, sino a la luz de los principios del derecho del trabajo, del derecho constitucional y los propios requisitos esenciales de validez de este tipo de cláusulas.

3.3.2. Nulidad por falta de razonabilidad

El Tribunal Constitucional desarrolla jurisprudencialmente el principio de razonabilidad y coincide en que el requisito de razonabilidad excluye la arbitrariedad, en aras de buscar una solución justa a cada caso.

En su sentencia 0090-2004-AA/TC, refiere que *“La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran”*, en la misma sentencia en el considerando 6, además agrega que *“En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado”*.

En el considerando 35 divide la razonabilidad en dos tipos:

- Razonabilidad cuantitativa por la cual *“pondera el contenido del proceso discursivo o inferente que concluye con una proposición lógica y axiológicamente válida”*.
- Razonabilidad cualitativa que: *“pondera el proceso discursivo o inferente que concluye con una regla simétrica o asimétrica de asignación de facultades, derechos, deberes, deberes o servicios, según sean iguales o diferentes los hechos generados por las personas. Así, su objeto será la determinación de consecuencias jurídicas homólogas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias”* (el subrayado es nuestro).

Finalmente agrega que *“La doctrina plantea la verificación lógico-axiológica de una proposición jurídica bicondicional; esto es, que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y sólo si guardan armonía y sindéresis con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes”*.

El principio de razonabilidad “Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarios.”⁷⁸, la mejor forma de conseguir justificación lógica y axiológica, además de tener predictibilidad dando mismas consecuencias jurídicas para quienes estén en situaciones homólogas, es basarse en criterios objetivos. En el caso de las CNC-PC, estarían constituidos por las características esenciales de validez respecto de estas cláusulas, debiendo el juzgador determinar la concurrencia de estos, ya que en su defecto adolecería de causal de nulidad.

Los requisitos de validez, constituyen el mínimo de configuración, sin el cual razonablemente no podrían operar las cláusulas de no competencia, por lo que la ausencia de uno de ellos configura la desnaturalización de las CNC-PC, siendo causal de nulidad de las mismas, por lo que se desprenden como causales de nulidad las siguientes:

- a. **Nulidad por falta de onerosidad de la compensación:** Una característica principal es la existencia de una contraprestación, cuyo fin es compensar⁷⁹ el tiempo que el trabajador evitará trabajar en una empresa en la que pudiera usar la información obtenida previamente y que pudiera competir con su anterior empleador.

En todos los casos, las imposiciones de estas cláusulas al empleador deben de tener como contraparte una contraprestación mayor a favor de trabajador a fin de “compensar” el lucro cesante que pudiera devenir por la observancia de la misma.

⁷⁸ EXP. N.º 00535-2009-PA/TC del Tribunal Constitucional Peruano, del 05 de febrero del 2016.

⁷⁹ Propiamente no es una compensación sino una indemnización ya que estamos refiriéndonos a una lesión en parte de un derecho, siendo que los derechos son indisponibles corresponde indemnizar, finalmente porque el pago no restituye un derecho.

En este punto debemos tener en cuenta que el trabajador deberá evitar laborar en empleos que guarden relación directa con su experiencia profesional, por lo que le será más difícil encontrar trabajo, así mismo una vez pasado el tiempo de vigencia al intentar reincorporarse al medio deberá actualizarse, relacionarse e integrarse nuevamente, situación que le puede ser adversa. Así mismo el uso de la información hubiera podido redituarse en una mayor contraprestación económica, posición laboral, línea de carrera etc.

Por ello la contraprestación es necesaria, ya que tiene como fin resarcir todo aquel concepto ya mencionado, por ello estimo conveniente determinar que la inexistencia de una compensación económica sería una causal de nulidad de la cláusula.

b. Nulidad por falta de limitación en tiempo, función y territorio: Las CNC-PC, no pueden ser generales, deben especificar tiempo, materia y territorio o espacio de aplicación, ya que de lo contrario serían vulneradoras del derecho de trabajo por que implícitamente se estaría renunciando al ejercicio de su derecho a la libertad de trabajo.

Las cláusulas se caracterizan por que se circunscriben a un periodo de tiempo determinado, ya que su extensión indefinida quebrantaría la libertad de trabajo prescrita por la constitución (art. 2 inc. 15 de la Constitución⁸⁰), situación que también acarrea nulidad virtual según lo dispuesto por el art. V del T.P. del Código Civil⁸¹), por lo que en principio podemos determinar que una cláusula genérica sería nula por contravenir la ley, en este caso la Constitución y lo dispuesto en el Código Civil.

⁸⁰ Artículo N° 2 inciso 15 de la Constitución Política del Perú: “*toda persona tiene derecho: A trabajar libremente, con sujeción a ley.*”

⁸¹ Artículo V del TP del código Civil: “***Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres***”

En cuanto a la duración máxima de las mismas, hay que tener en cuenta que el trabajador calificado para una determinada labor tendrá que evitar trabajar en el área en que adquirió experiencia, y no obstante esto será compensado, se deben establecer topes, ya que el abuso de la temporalidad no solo afecta al empleador sino a la libre competencia, a la libertad de contratar (art. art. 2 inc. 14 de la Constitución) y la libertad de trabajo, por lo que al ser varios bienes jurídicos de interés público es conveniente establecer un parámetro legal que puede ser escalonado dependiendo de la especialización.

En cuanto a la materia y espacio el fundamento es el mismo, estos deben de ser determinados claramente, circunscritos a un espacio geográfico determinado (ciudad, país o en su defecto instituciones o entidades específicas), en cuanto a la materia deben ser establecido con claridad aquellos contenidos que efectivamente puedan no solo servir de competencia al ex empleador sino que efectivamente le puedan generar una merma económica, no pudiendo limitarse en ningún caso el ejercicio de una profesión, ciencia, arte u oficio ya que sería una disposición total de un derecho fundamental⁸².

- c. Nulidad por falta de interés del ex empleador:** En este caso, solo se sustenta si es que efectivamente el empleador tiene interés en proteger información relevante de su empresa, ya que de no ser así podría llegar a constituir una cláusula nula que además viole el derecho de libre contratación y el derecho de libertad competencia, por ejemplo para impedir que un directivo no se vaya a otra empresa por una mejor oferta cuando esto no constituye desmedro económico directo o indirecto.

Las CNC-PC tienen como fin proteger el uso de información, conocimiento

⁸² Como expresamos anteriormente un trabajador puede dejar de ejercer un parte de sus derechos a cambio de una indemnización o compensación, ya que en todo caso no está “renunciando” a un derecho sino obligándose a “no hacer” determinada actividad a favor de un competidor.

que se ha obtenido a partir del trabajo realizado y que pueda servir a la competencia. No obstante se pueden utilizar las cláusulas no con el fin de proteger la información sino con fines subalternos como limitar la libertad de contratación de sus competidores, fin que es contrario a lo dispuesto por el art. 2, inciso 14 de la constitución que establece que toda persona tiene derecho: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.” y que también es contrario a lo dispuesto por el art. 219 inc. 4 que prescribe que el acto jurídico es nulo: “Cuando su fin sea ilícito”, ya que el fin subalterno es ilícito, el de pactar para limitar la libre competencia y contratación, por lo que también sería en parte aplicable la nulidad virtual del art. V de TP del Código Civil.

En todo caso lo que determinara si el fin es el adecuado, será si la información que maneja el trabajador sea relevante para un competidor, por lo que efectivamente concurre un legítimo interés del empleador. Lo contrario será probado obviamente por quien invoque la causal.

3.3.3. Nulidad por falta de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad según el Tribunal Constitucional Peruano es entendido como “prohibición de exceso” y comprende tres sub- principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto⁸³.

Además agrega que “este principio constituye el parámetro para examinar la constitucionalidad de las intervenciones en los derechos fundamentales”

Lo referido concuerda con lo expresado por Eric Castro Posadas en su artículo “*Los pactos de no competencia en el derecho laboral peruano*”, quien indica que para verificar la validez de estos pactos se debe recurrir al test de proporcionalidad⁸⁴

⁸³ Sentencia 0045-2004-AI/TC del Tribunal constitucional Peruano.

⁸⁴ La determinación de estas variables a diferencia de la razonabilidad, es bastante subjetivo en la

tendiente a determinar si el pacto cumple con:

- Proporcionalidad con el fin,
- Mecanismo adecuado,
- Comparación entre la afectación del derecho y el fin objetivo.

En este caso se refiere al filtro de proporcionalidad, que constituirá básicamente en la ponderación de los requisitos esenciales de validez dentro del caso en particular, de forma que la solución al caso no vulnere los derechos constitucionales. Para ello, deberá de interrelacionar los requisitos de validez y sopesarlos adecuadamente, una vez encontrado el punto de equilibrio determinará si la cláusula es nula o no, si es excesivamente onerosa el juez puede declarar la nulidad y establecer las reparaciones necesarias, en su defecto y dependiendo del caso también podría también moderar la cláusula y extender sus efectos a límites adecuados si estimara que dejándola sin efecto causaría un mayor daño.

Por ejemplo, en el caso de pactarse una CNC-PC, por 2 años a nivel nacional, en ese caso el juez podrá determinar que la relación entre tiempo y restricción geográfica es excesiva y poco proporcional por lo que tiene dos opciones, o declarar nula la cláusula, situación en la cual el ex empleado puede demandar indemnización por el tiempo no laborado o en su defecto moderar la cláusula dejando sus efectos válidos pero restringidos como restringir la aplicación en el ejemplo solo al ámbito local. Una u otra solución corresponde al caso particular, a lo expuestos por las partes y a la tendencia dogmática del juzgador.

mayoría de casos. La proporcionalidad con el fin, determinar si el mecanismo adecuado es el menos invasivo y la comparación entre la afectación del derecho y el fin son parte de un mismo proceso, el cual básicamente está en asignar un mayor o menor peso o preeminencia a dos derechos subjetivos en un conflicto aparente. Este análisis de proporcionalidad dependerá en la mayoría de casos de la valoración particular del juzgador de cuál es el “peso” que estima corresponde a un derecho respecto de otro, o a una circunstancia de otra, por ello es importante conocer el fin de una determinada institución jurídica y sus características a fin de evaluarla adecuadamente y ponderar o proporcionar adecuadamente al momento de resolver.

La aplicación del principio de proporcionalidad, como indicamos, es un proceso más subjetivo que en el juicio de razonabilidad, por ello puede haber sentencias en casos parecidos y con resultados diametralmente opuestos⁸⁵, en estos casos los juzgadores deberán de ser más técnicos al momento de resolver, y conocer como ya indicamos, no solo los requisitos de validez, además la naturaleza de las cláusulas y las condiciones operantes en cada caso, por ejemplo: Un juez puede dar como válida una cláusula de no competencia a nivel nacional de un jefe de producción de una determinada empresa, pero esta puede resultar onerosa si se tiene en cuenta otros factores, como por ejemplo que el mercado relevante es local y que la compensación es menor al 50% del salario percibido, siendo en ese caso más conveniente restringir la cláusula al mercado



⁸⁵ Un ejemplo de las diferencias entre resoluciones de una misma jurisdicción se dio en Irlanda Comercial Plastics Ltd vs Vicente en el que se intentó aplicar una CNC-PC con restricción mundial, pero siendo que el empleador solo operaba en Reino Unido, estima que el pacto era geográficamente demasiado amplio y era inaplicable. En contraste, en el caso Murgitroyd y Company vs Purdy se pactó una CNC-PC en toda Irlanda, pero no obstante el sólo había diez abogados de patentes que operan en Irlanda no fue considerada irrazonable.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

a) CONCLUSIONES

Las cláusulas de no competencia post-contractual son un mecanismo disuasivo, que responde a la creciente necesidad de retener el capital humano, para evitar su migración y el desmedro económico indirecto por el aprovechamiento de la expertiz, experiencia, y hasta prestigio obtenido por el trabajador de su ex – empleador, en caso compita con este último. Más aún en el actual contexto del crecimiento económico que el Perú experimenta, que potenciará mayor inversión cuyo efecto es una mayor oferta laboral que desencadena en un mayor índice de rotación laboral.

Aunque no esté regulado en nuestro ordenamiento actual, el pacto que dispone de un derecho constitucional como la libertad de trabajo, como en el caso de las Cláusulas de No Competencia Post- Contractual, son acuerdos que pueden ser válidos en base a la legislación actual y no necesariamente constituyen abuso del derecho, ya que la libertad de trabajo no es un derecho inmanente que no puede ser objeto de disposición, siempre que se circunscriba a límites que no contravengan los derechos subjetivos o el núcleo esencial del derechos protegidos, y siempre que el trabajador sea debidamente indemnizado por ese acto de disposición parcial/no sustancial.

Las condiciones necesarias para que una Cláusula de No Competencia Post-Contractual sea válida son: limitación (temporal, material y espacial), onerosidad de la compensación y un legítimo interés que no sea limitar la competencia, requisitos recogidos en la mayoría de legislaciones que se han ocupado del tema, sin los cuales la cláusula adolecería de vicio de nulidad. No obstante en ausencia de alguno de ellos aún podría subsistir la vigencia de la misma, si en la ponderación que realice el juez se determina en el caso particular y por la naturaleza de las condiciones y de la labor realizada, hay un establecimiento tácito de dichos parámetros.

Aún en el caso que se hayan determinado expresamente todos los requisitos de

validez, no se garantiza la validez de la Cláusula de no Competencia, ya que del análisis de las condiciones estipuladas (tiempo, indemnización, limitación) se puede determinar que en conjunto se ha dispuesto de parte esencial del derecho a la libertad del trabajo de forma que desnaturaliza su derecho, situación que solo podrá determinar el juez.

Para determinar si las cláusulas son nulas o no y en qué medida se aplican en el caso particular, se deberá realizar un análisis a la luz del principio de razonabilidad partiendo de los requisitos de validez de las CNC-PC y uno de proporcionalidad ponderando todas las condiciones pactadas en el caso particular

b) RECOMENDACIONES

¿Es necesario regular o no este tipo de cláusulas?, considero que sí, ya que hay parámetros que es mejor establecer normativamente, principalmente el tiempo máximo de duración, ya que dejarlo al arbitrio de las partes en clara asimetría, serían probablemente situación que en nuestro contexto actual y con los tiempos promedio de resolución de casos pueden vulnerar el derecho del trabajador. No obstante, considero que no es necesario regular o determinar los parámetros de los demás criterios de validez (compensación y limitación) ya que podrían restringir más bien la flexibilidad que el derecho contractual requiere para adaptarse a las distintas realidades, en este caso considero solo debería establecerse que también se debe compensar y establecer limitaciones sin establecer la cuantía o especificidad de la limitación en el texto de la norma.

En vista que su regulación como parte de la Proyecto de Ley General del Trabajo se ha visto frustrada reiteradamente, sería conveniente regularlo de forma separada, esto además sería conveniente puesto que ameritara un mejor análisis y debate para determinar los criterios mínimos de validez, debiéndose analizar el mercado de trabajo actual, de forma que se obtenga con criterios técnicos para determinar un periodo de tiempo óptimo, y que no sea calco de otra legislación. Asimismo es necesario establecer otros criterios, como si se hará alguna distinción

entre trabajadores de “cuello blanco” o “cuello azul”, o si se establecerán límites o estándares mínimos para la compensación (Remuneración mínima vital, remuneración anterior, promedio de ellas).



BIBLIOGRAFÍA

a) LIBROS

- ATIENZA, Manuel. Ilícitos atípicos: Sobre el abuso del derecho, el fraude a la ley y la desviación de poder. Madrid, Trotta, 2000.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales de la persona y relación de trabajo. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009
- CARBONELL, Miguel y GRANDEZ CASTRO, Pedro P. El Principio de Proporcionalidad en el derecho contemporáneo. Lima, Palestra Editores, 2010.
- DE LAS CASAS DE LA TORRE UGARTE, Orlando. Materiales del curso de Derecho Laboral Empresarial. Lima, Escuela De Post-Grado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012 .P. 150.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de los consumidores. Lima, Editorial Rhodas, 2006. Pg. 149.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Abuso del derecho. Lima, Grijley, 1999.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin. La Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales. Lima, Editorial San Marcos EIRL, 2010.
- LOPEZ ANIORTE, María del Carmen. La competencia del trabajador con su empresa, España, Aranzadi, 1997.
- MORALES HERVÍAS, Rómulo. Patologías y remedios del contrato. Lima, Jurista Editores, 2011.
- NEVES MUJICA, Javier. Introducción al Derecho del Trabajo (Segunda Edición). Lima, Fondo Editorial PUCP, 2012.
- RIPERT. La règle morale dans les obligations civiles: 40 ed., París, 1949.
- RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico, Introducción al Derecho. Lima, Fondo Editorial PUCP, 2009.
- SPOTA, Alberto G. Tratado de Derecho Civil. Parte general, T. I, Vol. 2, El Abuso del Derecho. Buenos Aires, De Palma Editores, 1958.

- TORRES CARRASCO, Manuel Alberto, Las Cláusulas Abusivas en el Código del Consumidor. Lima, Gaceta Jurídica. 2011. Pg. 33.

b) ARTÍCULOS

- ALIAGA CASTILLO, César. La imposibilidad de modificar las cláusulas contractuales mediante leyes y otras disposiciones. RAE Jurisprudencia. Diciembre 2008.
- BOZA PRÓ, Guillermo. Las obligaciones de confidencialidad y no competencia en la legislación actual. LABOREM. Vol.3, 2013.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. Las cláusulas generales de contratación y el control de las cláusulas abusivas. IUS ET VERITAS N° 13. Noviembre: 1996
- CASTRO POSADAS, Eric. Los Pactos de No Competencia en el Derecho Laboral Peruano. IUS ET VERITAS. No. 39 - Diciembre: 2009.
- LÓPEZ ANIORTE, María del Carmen. La competencia del trabajador con su empresa. Aranzadi. 1997.

c) PÁGINAS WEB Y ARTÍCULOS EN LINEA

- CALERO GUILARTE, Juan Sánchez. La Competencia entre la sociedad y sus directivos. Revista Derecho de Sociedades [en línea], Nro. 18: 2012. <<http://eprints.ucm.es/6425/1/6.Competencia.pdf>> [consulta: 21 febrero 2014]
- CARBONEL, Jaime. La cobertura y los requisitos de validez del pacto de no concurrencia post contractual en la relación laboral especial de los abogados. JJLEX [en línea]. <<http://www.jjlex.es/?p=273>> [consulta: 21 febrero 2014]
- CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINATA, Rita. Estudio Castillo Freyre. La teoría de los Actos Propios y la Nulidad ¿regla o principio de derecho?. Estudio Castillo Freyre [en línea].

- <http://www.castillofreyre.com/archivos/pdfs/articulos/128_La_Teoria_de_los_Actos_Propios.pdf> [consulta: 7 de septiembre del 2015]
- MARZAL MARTÍNEZ, Odón Francisco. Manual Práctico Laboral › Capítulo I. El contrato de trabajo y las relaciones laborales [en línea]. VLEX, 1999. <http://adingor.es/congresos/web/uploads/cio/cio2003//Art_062.pdf> [consulta: 21 febrero 2014]
 - LUQUE, Manuel y GINES, Anna. Últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia sobre el pacto de no competencia Post-Contractual [en línea]. UPF, Enero: 2006. <<http://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58084/68173>> [consulta: 21 febrero 2014].
 - PAOLANTONIO, Martín E. Las cláusulas de no competencia [en línea]. La Ley, Enero 2009. <http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1069&context=martin_paolantonio> [consulta: 21 febrero 2014]
 - PORTAL TERRA. Escasez de talentos en el Perú: ¿por qué y dónde? [en línea]. 20 de mayo de 2013. <<http://noticias.terra.com.pe/nacional/escasez-de-talentos-en-el-peru-por-que-y-donde,54a386d37a3ce310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>> [consulta: 21 febrero 2014].
 - IUS LABORIS. Non-Compete Clauses An International Guide [en línea]. Bruselas, Bélgica, 01 de mayo del 2010. <<http://www.iuslaboris.com>> [consulta: 04 agosto 2015].
 - VALVERDE, Antonio Martín. Constitucionalidad y legalidad en la jurisprudencia constitucional sobre condiciones de empleo y trabajo. Un estudio a través de sentencias recientes [en línea]. <http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est01.pdf> [consulta: 21 febrero 2014]
 - VLEX: Jurisprudencia de tribunales españoles. <<http://vlex.es/tags/pacto-no-concurrencia-postcontractual-692192>> [consulta: 21 febrero 2014]

d) JURISPRUDENCIA

- Sentencia nº 22/2011 de TSJ Comunidad de Madrid (Madrid), Sala de lo social, 24 de Enero de 2011.
- Sentencia nº 1356/2006 de TSJ Comunidad Valenciana (Valencia), Sala de lo Social, 25 de Abril de 2006.
- Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalitat, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana.
- Sentencia nº 106/2008 de TSJ Aragón (Zaragoza), Sala de lo Social, 13 de Febrero de 2008.
- Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 6 de Febrero de 2009.
- Sentencia nº 1223 de TSJ Comunidad de Madrid (Madrid), Sala de lo Social, 17 de Enero de 2006.
- Sentencia de TSJ Comunidad Valenciana (Valencia), Sala de lo Social, 9 de Mayo de 2005.
- Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 7 de Noviembre de 2005.
- Sentencia de TS, Sala 4ª, de lo Social, 25 de Octubre de 2010.

e) LEGISLACIÓN

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. PERÚ. 30 de diciembre de 1993.
- LEY Nº 27588 - Ley que establece prohibiciones e incompatibilidades de funcionarios y servidores públicos, así como de las personas que presten servicios al Estado bajo cualquier modalidad contractual. 12 de diciembre del 2001.
- LEY Nº 28237- Código Procesal Constitucional. 31 de mayo de 2004.
- DECRETO LEGISLATIVO 276 - Ley de Bases de la Carrera Administrativa. 14 de marzo de 1984.
- DECRETO LEGISLATIVO Nº 295. PERÚ. CÓDIGO CIVIL. 25 de julio de 1984.

- DECRETO LEGISLATIVO N° 635 - T.U.O. del Código Penal. 08 de abril de 1991.
- DECRETO LEGISLATIVO N° 822 - Ley sobre el Derecho de Autor. 24 de abril de 1996.
- DECRETO LEGISLATIVO 823 - Ley de Propiedad Industrial. 24 de abril de 1996.
- DECRETO LEGISLATIVO N° 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. 25 de junio del 2008.
- DECRETO SUPREMO N° 003-97. PERÚ. TUO del D. Leg. 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo de 1997.
- DECRETO SUPREMO N° 001-96-TR. PERÚ. Reglamento del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 26 de enero de 1996.
- ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DEL TRABAJO. Marzo del 2002 – junio del 2005.
- PROYECTO DE LEY N° 4145/2014.CR - “Proyecto de la Ley General del Trabajo”. 26 de enero del 2015.

f) ESTADISTICAS, ENCUESTAS, PRESENTACIONES

- IPSOS. Talento: ¿Estamos preparados para dejarlos ir? [en línea].
<http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/73/Est01.pdf> [consulta: 21 febrero 2014]