

**LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA
SOBRE LOS PACTOS LABORALES DE NO COMPETENCIA
POSTCONTRACTUAL**

Jesús Tallos del Río¹
Universidad Carlos III de Madrid

Abstract

En el presente trabajo se analiza la doctrina judicial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto de los pactos laborales de no competencia post contractual. En concreto, se estudia como interpreta el Tribunal los problemas más frecuentes que suscita esta cláusula.

The present paper addresses the case-law from the Regional High Court of Catalonia regarding the postcontractual non competence agreements included in employment contracts. Specifically, it analyses the interpretation given by the Court to the most frequent problems arisen by this clause.

Title: The Superior Tribunal of Catalonia's doctrine on postcontractual non competence agreements

*Palabras clave: pacto de no competencia postcontractual, buena fe, jurisprudencia.
Key words: postcontractual non competence agreements, good faith, case law doctrine.*

IUSLabor 1/2017, p. 1-23, ISSN 1699-2938

¹ Abogado laboralista en Gómez Acebo & Pombo. Doctorando en derecho del trabajo.

Sumario

1. Configuración de los pactos de no competencia post contractual
2. Requisitos del pacto
 - 2.1.El efectivo interés industrial o comercial
 - 2.2.La compensación
 - 2.3.La duración
3. Consecuencias del incumplimiento
 - 3.1.Incumplimiento por parte del trabajador
 - 3.2.Incumplimiento por parte de la empresa
 - 3.3.Consecuencias de la nulidad del pacto
4. El problema del desistimiento unilateral
5. Conclusiones
6. Bibliografía

1. Configuración de los pactos de no competencia post contractual

Durante la vigencia de la relación laboral la obligación del trabajador de no hacer la competencia desleal a su empleador es parte del deber de buena fe². En consecuencia, el empleador no necesita haber incluido ningún pacto específico para exigir al trabajador que cumpla con su obligación de no competir con la empresa de manera desleal, sino simplemente puede exigirlo en tanto que el deber de buena fe se configura como un deber básico del contrato de trabajo [artículo 5.d) Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, “ET”)]³. De hecho, la transgresión de este deber básico puede ser sancionada con el despido disciplinario, en aplicación del artículo 54.2 d) ET, salvo que existiese tolerancia empresarial⁴.

No obstante, este deber básico no abarca todo tipo de competencia sino que se limita únicamente a la competencia desleal⁵. Para determinar qué tipo de competencia puede considerarse desleal, el Tribunal Superior de Justicia (en adelante, “TSJ”) de Cataluña acude a tres elementos:

“1º) la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con la de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil. 2º) la utilización de la experiencia y perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio. 3º) que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa” (FJ. 2)⁶

² MONTOYA MELGAR, A.: “Derecho al trabajo” 30ª, Ed. Tecnos, Madrid, 2012, pág. 325.

³ El deber de buena fe, no obstante, sólo obliga a no competir, pero no a no trabajar para otra empresa que no pueda considerarse un competidor. Por ello, si un empleador quiere que su trabajador no trabaje para ninguna otra empresa, deberá tratar de alcanzar con él un pacto de plena dedicación, salvo en el caso de que se trate de un trabajador con alguna de las relaciones laborales especiales en las que la plena dedicación se presume: un alto directivo (artículo 8 RD 1382/1985, de 1 de agosto), un abogado que presta sus servicios en un despacho profesional (Artículo 10 RD 1331/2006, de 17 de noviembre) o un artista (artículo 6.4 RD 1435/1985, de 1 de agosto).

⁴ Por todas, STSJ de Cataluña de 16 de junio de 1995 (Rec. núm. 3795/1995).

⁵ Para acudir a una definición de este concepto, el TSJ de Cataluña utiliza la definición contenida en la STS de 8 de marzo de 1991: “aquella actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito del mercado en el que se disputa un mismo potencial de clientes”. Citada en STSJ Cataluña de 4 de abril de 2014 (Rec. núm.787/2014).

⁶ STSJ Cataluña de 4 de abril de 2014 (Rec. núm. 787/2014). En este caso el tribunal declara que no existe competencia desleal en el caso de un trabajador fisioterapeuta de la cadena de gimnasios «DIR», con un contrato de 10 horas semanales, que prestaba sus servicios también en los gimnasios

Si la empresa y el trabajador quieren regular su relación de manera que el segundo preste sus servicios en exclusiva, será necesario acordarlo específicamente mediante un pacto de plena dedicación (artículo 21.1 ET), que excluye no sólo la competencia desleal, sino todo tipo de competencia.

Sin embargo, una vez extinguido el contrato, el ex empleado recobra su plena libertad de trabajo por cuenta propia o ajena, así como su iniciativa económica, pudiendo desarrollar actividades competitivas con las de su anterior empleador (artículo 35 de la Constitución Española, en adelante “CE”). Es cierto que esta libertad está limitada por reglas generales del mercado y, en especial, por la legislación de defensa de la competencia, con sus reglas punitivas administrativas y penales. Sin embargo el artículo 21.2 ET autoriza a la autonomía privada a regular pactos de no competencia que permitan al empresario obtener un mecanismo adicional de protección frente a las actividades competitivas de un ex trabajador, incluso aunque no sean desleales.

Un pacto de este tipo tiene naturaleza excepcional, en tanto que su homólogo en una relación mercantil estaría—*prima facie*— prohibido por las leyes de defensa de la competencia⁷. Ello es así puesto que la competencia, como bien general protegible por el ordenamiento jurídico (artículo 38 CE), sólo puede restringirse en aquellos casos en los que el legislador haya considerado que hay otro interés merecedor de la suficiente protección como para compensar el sacrificio al interés general que supone la limitación de la competencia.

Así, a modo de ejemplo, el pacto de no competencia postcontractual está expresamente previsto para los agentes⁸, los administradores ejecutivos de las sociedades cotizadas⁹, o los supuestos contemplados en la Comunicación de la Comisión sobre restricciones accesorias de 5 de marzo de 2005 (DOC 56, de 5 de marzo 2005)^{10 11}.

«UP&Down», por la falta del elemento intencional y por la diferencia de los servicios específicos («apoyo a los usuarios que realizaban una actividad física en las instalaciones del gimnasio» en el «DIR» y «apoyo a particulares que requieran servicios de recuperación de patologías o lesiones mediante la aplicación de la fisioterapia o de la osteopatía» en el caso de «UP&down») y los clientes que trataba en cada una de las dos empresas (clientes empresariales/clientes particulares).

⁷ Artículo 101 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en relación con el artículo 1 Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Lógicamente, con las excepciones contenidas en dicha ley y en los términos previstos en las mismas.

⁸ Artículo 20 de la Ley 12/1992, de 27 mayo, sobre contrato de agencia.

⁹ Artículo 529 Octodecimos Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

¹⁰ En los supuestos de transmisión de empresas, la STS 18 de mayo de 2012 (Rec. núm. 1153/2009) ha señalado que las cláusulas de no competencia en contratos de transmisión de empresas deben ser consideradas como cláusulas accesorias en el sentido de que son inmanentes al contrato hasta el punto de

En el marco de estas excepciones debe encuadrarse la previsión normativa del artículo 21.2 ET, cuya razón está en la singular naturaleza de la relación laboral, que permite al empleador utilizar mecanismos para proteger su patrimonio. En los términos señalados por la doctrina judicial “*el empresario persigue la finalidad de que el trabajador con quien termina su vínculo laboral no aproveche la formación, conocimiento, experiencia y trato con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicio para la misma, a fin de desarrollar, en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquella en el sector del mercado y de la economía en que se mueve*”¹².

El texto legal establece tan solo dos requisitos para su validez: (i) existencia de un interés industrial o comercial del empresario, y (ii) el establecimiento y pago de una compensación económica adecuada. A ello se debe de añadir la exigencia de una duración máxima de dos años para los titulados y de seis meses para los técnicos¹³. Sin embargo, dado que estos requisitos incluyen términos vagos como (“*interés industrial o comercial*” o el carácter de “*adecuado*” de la compensación), se hace indispensable el estudio de las decisiones judiciales¹⁴.

Con el objetivo de limitar el campo de estudio para un mejor análisis, en este trabajo sólo se analiza la interpretación dada por el TSJ de Cataluña, aunque excepcionalmente se harán menciones a la doctrina unificada del Tribunal Supremo (en adelante, “TS”)¹⁵ y a otras resoluciones de otros TSJ.

que pueden considerarse incluidas, por virtud de lo previsto en el artículo 1258 CC, aunque no se pacten expresamente.

¹¹ No obstante, la STSJ Cataluña de 6 de noviembre de 2014 (Rec. núm. 3154/2014) admitió este tipo de pactos para trabajadores autónomos dependientes económicamente, aplicando al mismo las reglas del artículo 21 ET pese a que dicho pacto no está previsto expresamente ni en el estatuto del trabajador autónomo ni en el ET.

¹² STSJ Cataluña de 9 de julio de 2012 (Rec. núm. 7661/2001). La justificación del pacto también puede encontrarse en otras sentencias del mismo órgano tales como STSJ Cataluña de 9 de octubre de 2006 (Rec. núm. 754/2004); o de 7 de marzo de 2012 (Rec. núm. 7473/2011).

¹³ El artículo no exige que el pacto se formalice por escrito. Sin embargo, es casi una exigencia práctica a efectos de prueba, especialmente si tenemos en cuenta que la mera manifestación de no competir por parte del trabajador no puede considerarse como una prueba suficiente para acreditar un verdadero pacto de no competencia (STSJ Cataluña de 3 de noviembre de 1995 (Sentencia núm. 5933/1995).

¹⁴ Como explica GÓMEZ JIMÉNEZ, en el campo del derecho laboral el estudio de la jurisprudencia puede tener mayor relevancia jurídica que la norma positiva. GÓMEZ JIMÉNEZ J.M, “Lógica y jurisprudencia en el proceso laboral”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2016.

¹⁵ El Tribunal Supremo, como ocurre en otras materias, frecuentemente inadmite los recursos de casación por considerar que los supuestos no son idénticos. Por ello la doctrina de suplicación adquiere una mayor importancia como referente. En este sentido, hay varios autos del Alto Tribunal confirmando la doctrina

2. Requisitos del pacto

2.1. El efectivo interés industrial o comercial

El “*interés industrial o comercial*” se configura como un límite frente a la posibilidad de acordar la no competencia del trabajador en sectores en los que el empleador carece de un verdadero y legítimo interés que pueda compensar la limitación al derecho al trabajo que garantiza la libertad de cualquier ciudadano para escoger libremente la profesión u oficio que desee.

Dado que se trata de un concepto jurídico indeterminado, su concreción viene modulada por los tribunales. Para evaluar si existe o no un verdadero interés industrial, se tiende a comparar la actividad de la antigua empleadora y la nueva empresa competidora, valorando si tienen el mismo objeto social¹⁶, si se dirigen a un mismo mercado¹⁷ o si tienen los mismos clientes¹⁸.

Algunas sentencias utilizan este tipo de elementos comparativos para aproximarse a este concepto de manera “*positiva*”:

“El artículo 21.2 del E.T. exige para la validez del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello y este interés se da en el presente caso, pues el desarrollo de una misma actividad necesariamente supone una incidencia en un mismo mercado y en un mismo círculo potencial de clientes.” (FJ. 2)¹⁹.

Otras sentencias lo han definido de forma “*negativa*”, como una suerte de riesgo para la empresa²⁰ de que el trabajador se aproveche de los conocimientos adquiridos durante su

del TSJ de Cataluña, a modo de ejemplo, vid. ATS 24 de febrero de 2016, (Rec. núm. 542/2015), 30 de abril de 2015 (Rec. núm. 1355/2014), 20 de enero de 2015 (Rec. núm. 822/2014), 6 de febrero de 2013 (Rec. núm. 2220/2012).

¹⁶ La STSJ Cataluña de 23 de abril de 2001 (Sentencia núm. 3428/2001) valoró que existía interés industrial en un supuesto de dos empresas, con el mismo objeto social, en la que el trabajador desarrollaba la misma actividad de transporte de mercancías por carretera que su anterior empresa.

¹⁷ STSJ Cataluña de 25 de marzo de 2003 (Rec. núm. 4927/2002).

¹⁸ STSJ Cataluña de 23 de octubre de 2014 (Rec. núm. 4294/2014).

¹⁹ STSJ Cataluña de 22 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 4636/2001).

²⁰ STSJ Cataluña de 30 de julio de 2015, (Rec. núm. 2154/2015) “*en relación a que el interés industrial es la existencia de un riesgo para la empresa cual es el aprovechamiento de los conocimientos adquiridos por la prestación de servicios para posteriormente favorecer un negocio por cuenta ajena o similar y que entra en su caso en competencia con ella*” (FJ 10).

prestación en detrimento del empleador, de manera que puedan perjudicar su posición en el mercado²¹.

Ambas definiciones coexisten en la doctrina judicial y se complementan; de esta forma puede entenderse que el intento industrial o comercial comprende tanto la protección de los intereses relacionales del empleador (clientela y proveedores) como la inversión realizada en los trabajadores²².

En cualquier caso, está claro que para que pueda apreciarse un efectivo interés industrial o comercial es necesario que ambas empresas (empleadora y ex empleadora) estén necesariamente en concurrencia. Esta concurrencia, además, debe ser plena, no bastando una concurrencia mínima de dos empresas que operan en el mismo sector. En estos términos lo expresaba *obiter dicta* la STSJ Cataluña de 23 de septiembre de 2015 (Rec. núm. 3553/2015):

“existe una concurrencia mínima, (...) pero no existe la concurrencia plena que requiere el artículo 21.2 TRLET, como tampoco puede existir concurrencia entre la empresa que fabrica Ferraris y la empresa que fabrica coches utilitarios (argumento que consta en el fundamento de derecho séptimo), pues si bien es cierto que las dos pertenecen al mismo sector, también los es que los clientes a los que se dirigen son diferentes” (FJ. 3)

Otro ejemplo ilustrativo puede verse en la resolución de 15 de enero de 2013 (Rec. núm. 705/2012) en la que el TSJ de Cataluña consideró que existía interés industrial entre dos empresas que se dedicaban al sector de la cosmética²³. Como ejemplo de lo contrario, el mismo Tribunal apreció que no existía tal interés entre dos laboratorios, puesto que no se acredita que se dediquen exactamente a la misma actividad, ni que *“los servicios que la trabajadora prestó como auxiliar de clínica puedan servir en su prestación de servicios para la segunda como comercial”*²⁴.

²¹ STSJ Cataluña de 22 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 4636/2001).

²² En este sentido, NOGUERIA GUASTAVINO identifica cuatro elementos del interés competitivo del empleador: la protección de los intereses relacionales del empleador, la protección de los intereses informativos, la protección de la formación específica del trabajador, y la protección de la inversión realizada en trabajadores con habilidades personales. Vid. NOGUEIRA GUASTAVINO, M. *“El pacto laboral de no competencia postcontractual”* 1ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1998. Págs. 85-101.

²³ En concreto, entre MAYMÓ COSMÈTICS, S. A. y WE COLORS. Vid. STSJ Cataluña de 15 de enero de 2013 (Rec. núm. 705/2012).

²⁴ STSJ de Cataluña de 14 octubre de 2013 (Rec. núm. 3974/2013).

Al tratarse de un requisito de validez del pacto, su desaparición sobrevenida puede conllevar la nulidad del mismo, tal y como estableció la doctrina unificada del Tribunal Supremo²⁵. Sin embargo, tal desaparición debe probarse por la parte que pretende liberarse de la obligación²⁶. En este sentido, como se trata de un pacto recepticio, es posible que desaparezca el interés industrial porque el trabajador no pueda competir debido a un impedimento legal. Por tanto, no puede prosperar la reclamación de un ex trabajador jubilado que pretende cobrar la cantidad a la que se comprometió a pagar la empresa en ejecución de un pacto de no competencia²⁷, ya que se considera que el interés industrial o comercial ha desaparecido en este caso. De esta manera el interés industrial o comercial puede proyectarse de manera subjetiva a los trabajadores.

Pese a la tipicidad de este requisito, a diferencia de lo que ocurre con la compensación, no es necesario que en el pacto de no competencia se concreten los términos que justifican la existencia del mismo, bastando con que se desprenda de la propia cláusula y de su motivación²⁸. Sin embargo, teniendo en cuenta el margen de libertad que tienen las partes para configurar este pacto, derivado de la escasa regulación del mismo, puede resultar conveniente delimitar el alcance del interés industrial y las obligaciones de no competencia inherentes al mismo para evitar que los tribunales consideren que el trabajador no ha incumplido el pacto.

La infracción del trabajador puede venir de la creación de una empresa para competir, por incorporarse a la plantilla de otra empresa competidora²⁹. En caso de que el trabajador se incorpore a la plantilla de un competidor, la correspondencia o equivalencia entre las funciones realizadas por el trabajador en la antigua empleadora y en la actual es una circunstancia que suele valorarse para evaluar la existencia y

²⁵ La STS 24 de septiembre de 1990 (Rec. núm. 284/90) señalaba que *“la duración del pacto no debe ir más allá de la pervivencia del legítimo interés /del empresario, y si este desapareciera debe acreditarse” ya fuera por el trabajador o por el empresario, según quien estuviera interesado en liberarse de las obligaciones derivadas de dicho pacto; y en el presente caso ha quedado probada la desaparición de dicho interés”*.

²⁶ STSJ Cataluña de 23 de julio de 2015 (Rec. núm. 2560/2015).

²⁷ STSJ Cataluña de 14 de noviembre de 1999 (Rec. núm. 33/1999). La sentencia, no obstante, parece admitir que *“distinto sería el supuesto de que el actor, acogándose a la posibilidad que la ley le otorga, suspendiese el cobro de la pensión de jubilación para continuar trabajando, supuesto en el cual y siempre que tal trabajo no concurriera con el de la empresa, podría exigir el abono de la cantidad que reclama en la demanda”*.

²⁸ La STSJ Cataluña de 23 de octubre de 1992 (Sentencia núm. 6258/1992) adopta esta solución, para un supuesto de un alto directivo.

²⁹ La STSJ Cataluña de 10 julio de 2012 (Rec. núm. 7918/2011) estima la pretensión indemnizatoria de la empresa en un caso en el que el trabajador comenzó a trabajar para un competidor tres días más tarde de solicitar la baja voluntaria.

adecuación del interés empresarial y comercial. No obstante, el puesto de trabajo no debe ser necesariamente idéntico, siendo suficiente que las labores realizadas estén dentro del mismo departamento³⁰.

Sin embargo, sí debe de haber determinado grado de similitud, ya que en caso contrario puede entenderse que no concurre un verdadero interés industrial aunque el competidor se dedique a una actividad del mismo sector:

*“si bien el hecho de la existencia de la empresa para la que el demandado pasó a prestar servicios al cesar en la demandante, perteneciente al propio sector de ésta y dedicada al tráfico de análogas actividades y mercaderías no permite negar la concurrencia de un efectivo interés comercial o industrial en la demandante que justifica la suscripción del pacto (...) es lo cierto que en el mismo se expuso con claridad que la limitación o prohibición de concurrencia se contrae y refiere a “dedicarse a desarrollar la misma actividad profesional” y si, cual se constata como probado, durante su permanencia en la actora el demandante llevó a cabo la de manipulador reparador de cabezales y en la que actualmente presta servicios realiza tareas comerciales consistiendo su trabajo en control de calidad, supervisión de precios y recambios nuevos y control de plazos de entrega a clientes y proveedores –hecho probado décimo– es claro que tal denunciada concurrencia no consta demostrada” (FJ.2)*³¹

2.2. La compensación

Por lo que se refiere a la existencia de una compensación *adecuada*, debe partirse de que la finalidad de la misma es conseguir que el trabajador tenga una estabilidad económica tras finalizar su relación laboral, habida cuenta el pacto le impide, que el trabajador pueda *“desarrollar su trabajo en el ámbito en el que había venido prestando servicios habitualmente y donde presumiblemente puede ofrecer sus mejores habilidades y competencias”*³² una vez haya extinguido su contrato.

El establecimiento y la determinación de la compensación al trabajador por el periodo de no competencia es un requisito constitutivo del pacto que no puede ser suplido mediante un pronunciamiento judicial, de manera que, si se omite, el pacto es nulo *ab*

³⁰ Así lo apreció la STSJ Cataluña de 15 de enero de 2013 (Rec. núm. 705/2012) respecto de una ex comercial de Mercadona que más tarde fue contratada por otra empresa como Directora de Marketing.

³¹ STSJ Cataluña de 16 de mayo del 2000 (Rec. núm. 9306/1999).

³² STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2012 (Rec. núm. 2074/2012).

*origine*³³. Asimismo, su establecimiento debe estipularse en el momento de suscripción del pacto de no competencia postcontractual, sin que sea posible su fijación en un momento posterior³⁴. Sin embargo, ello no significa que esta compensación deba abonarse en el momento de su establecimiento³⁵, ni que el momento de su establecimiento deba coincidir con el de la suscripción del contrato de trabajo³⁶.

La adecuación de la compensación es un requisito cuya valoración corresponde al juez de lo social³⁷, con independencia de que las partes hayan estipulado que una determinada compensación es adecuada³⁸. Para valorar la adecuación de una compensación ha de acudir a elementos casuísticos que configuran el pacto. En concreto, la doctrina judicial del TSJ señala que hay tres niveles en los que se puede evaluar esta adecuación:

“El primero, en relación a la cuantía pactada respecto al total de la retribución, especialmente cuando como ocurre en el presente caso - el pago se produce a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo; el segundo, por lo que se refiere a la cuantía percibida en relación con la indemnización compensatoria; y el tercero, respecto al período de inactividad pactado y la retribución del trabajador - significativamente cuando, como también ocurre aquí, existe una cláusula penal” (FJ. 2)³⁹.

Es habitual que la compensación por el pacto de no competencia se fije en referencia a la remuneración del trabajador. En este sentido se ha establecido que no es necesario que el salario equivalga a la totalidad de la remuneración que el trabajador hubiese percibido, puesto que, en principio, es claro que el trabajador puede completar sus rentas mediante el ejercicio de actividades no concurrentes⁴⁰.

³³ Entre otras, SSTSJ Cataluña de 16 de mayo de 2000 (Rec. núm. 9306/1999), de 3 de noviembre de 1995 (Sentencia núm. 5933/1995), recogiendo la doctrina unificada del Tribunal Supremo en esta materia [por todas, STS de 10 de julio de 1991 (Rec. núm. 1079/1990)].

³⁴ STSJ Cataluña de 16 de mayo de 2000 (Rec. núm. 9306/1999).

³⁵ Por ejemplo, la STSJ Cataluña de 11 de abril del 2000 (Rec. núm. 82/2000) admite la modalidad del abono de una cantidad fija y determinada mensual a lo largo de la duración del contrato.

³⁶ STSJ Cataluña de 10 de septiembre de 2012 (Rec. núm. 4070/2012).

³⁷ STSJ Cataluña de 23 mayo de 2002 (Rec. núm. 7491/2001).

³⁸ Por ejemplo, la STSJ de Cataluña 20 de noviembre de 2006 (Rec. núm. 158/2015) consideró inadecuada la cantidad de 8.111,09 €, para una duración de 2 años.

³⁹ STSJ Cataluña de 23 de octubre de 2014 (Rec. núm. 4294/2014), citando la doctrina señalada por otras sentencias precedentes como la STSJ Cataluña de 13 de septiembre de 2011 (Rec. núm. 1632/2011).

⁴⁰ STSJ Cataluña de 28 de abril de 2011 (Rec. núm. 6584/2009).

Por tanto cabe plantearse cual es el porcentaje de remuneración salarial que debe abonarse para que una compensación pueda considerarse adecuada. Para determinar este porcentaje hay que tener en cuenta que *“resulta lógico que un trabajador con un grado de especialización en una materia concreta, una vez finalizada su relación laboral continúe su trayectoria profesional en empresas similares, en las que pueda continuar su desarrollo profesional y obtener con mayor facilidad una retribución similar a la que venía percibiendo. Por ello, a fin y efecto de valorar la suficiencia de la compensación pactada deben analizarse las circunstancias concretas de cada supuesto, sin que pueda hablarse con carácter general de porcentajes suficientes sobre el salario del trabajador”*⁴¹.

Por ello, se hace difícil dilucidar de antemano si una compensación reflejada en un determinado pacto será considerada como adecuada o no. Como muestra del papel fundamental de las circunstancias concurrentes, el TSJ de Cataluña ha considerado adecuadas compensaciones de un 31%⁴², de un 33%⁴³, y ha considerado inadecuada una compensación del 50% con deducción de lo percibido en concepto de prestación por desempleo o a consecuencia de otros salarios en empresas no competidoras⁴⁴.

Por otro lado, el TSJ ha considerado otros factores, como la mayor dificultad de que el trabajador pueda emplearse en un trabajo diferente, que requerirá una mayor compensación⁴⁵.

Asimismo, la duración del pacto también modulará la compensación de manera que:

“a mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la compensación pactada, y viceversa. (...) Si este plazo de duración resulta modificado por imperativo legal o por otra causa obligatoria, será preciso modificar también, en la proporción debida, el montante de tal compensación, y así, si el plazo se reduce, también se reducirá este importe” (FJ. 4)⁴⁶

En este sentido, en el supuesto habitual de que la compensación sea abonada a lo largo de la relación laboral y de manera conjunta con el salario, es importante comprobar cual ha sido la cantidad realmente percibida por el trabajador, con independencia de la

⁴¹ STSJ Cataluña de 28 de abril de 2011 (Rec. núm. 6584/2009).

⁴² STSJ Cataluña de 28 de abril de 2011 (Rec. núm. 6584/2009).

⁴³ STSJ Cataluña de 3 de diciembre de 2009 (Rec. núm. 8857/2009).

⁴⁴ STSJ Cataluña de 2 de junio de 2009 (Rec. núm. 1642/2008).

⁴⁵ STSJ Cataluña de 20 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 7703/2005).

⁴⁶ STSJ Cataluña de 20 de julio de 2000 (Rec. núm.1362/1968).

cantidad que se hubiera pactado. Es decir, en caso de que se hubiese pactado una cantidad a percibir por parte del trabajador con su nómina, pudiera ser que aunque la compensación determinada en un principio en el pacto pudiera considerarse adecuada, en la práctica el trabajador hubiese percibido tan sólo una pequeña parte (debido al poco tiempo que llevase en la empresa) y, en consecuencia, esta deviniese inadecuada.

“Efectivamente, si tenemos en cuenta que la empresa abonó a quien fuera su empleado 1.947,65 euros durante el periodo de enero de 2008 a febrero de 2009 (cesó el 2.3.2009), resulta que la compensación mensual por la no competencia no alcanzó los 140 euros mensuales, cuando su salario fue durante doce meses de 54.628,04 euros, esto es, 4.552,34 euros mensuales. Es decir que la obligación de mantenerse durante dos años sin desarrollar su trabajo en el ámbito en el que había venido prestando servicios habitualmente y donde presumiblemente puede ofrecer sus mejores habilidades y competencias y que le han supuesto la percepción de más de 4.500 euros mensuales, la empresa lo retribuye tan solo con escasos 140 euros. Por tanto, esta Sala no la considera una contraprestación proporcionada a la obligación exigida del trabajador y concluye que el pacto carecía de causa válida y ha de ser declarada nula” (FJ.3)⁴⁷.

2.3. La duración

Dado que el pacto de no competencia no puede comprometer *ad infinitum* al trabajador porque supondría una limitación excesiva, el artículo 21 ET limita la duración máxima de los pactos. Si bien no se establece la obligatoriedad de su fijación, la exigencia de la determinación de la compensación y su vinculación a la duración del pacto de no competencia impelen a su fijación por contrato, por lo que no sería factible el abono de una compensación en concepto de no competencia sin que se haya fijado *ex ante* la duración de este compromiso⁴⁸.

En caso de que se supere el periodo de dos años para titulados o de seis meses para técnicos (artículo 21 ET), el TSJ de Cataluña aplica la regla de nulidad parcial del artículo 9.1 ET⁴⁹. De este modo, el trabajador que ha sido categorizado como técnico sin serlo realmente verá reducida la duración de su pacto a seis meses. A su vez, la

⁴⁷ STSJ Cataluña de 10 de diciembre de 2012 (Rec. núm. 2074/2012).

⁴⁸ STSJ Cataluña de 9 de junio de 2002 (Rec. núm. 7661/2001). Por otro lado, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo de 2004 (Rec. núm. 4274/2003) determina que no puede considerarse suficiente para entender la existencia de un pacto válido el hecho de que el trabajador percibiese en su nómina mensual una cantidad por no competencia, cuando el resto de elementos no configuradores del pacto no se han establecido.

⁴⁹ STSJ Cataluña de 7 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 4571/2008).

reducción de la extensión temporal del pacto conllevará la disminución proporcional de la compensación pactada⁵⁰.

En relación a la determinación de lo que debe entenderse por trabajador técnico, que es el presupuesto que habilita a las partes a establecer un plazo de dos años de duración del pacto de no competencia, el TSJ de Cataluña considera que este concepto debe abarcar a todo trabajador que esté en conocimiento de las técnicas empresariales⁵¹. Así pues, la doctrina judicial diferencia entre trabajadores ingenieros y licenciados, titulados y administrativos frente a trabajadores manuales, término con el que se alude a los trabajadores obreros y subalternos⁵². Sirva como ejemplo la consideración de técnico de un gestor comercial con conocimientos sobre *“técnicas empresariales, productivas, organizativas y comerciales de la empresa dentro de la estrategia empresarial diseñada en el ejercicio de su actividad mercantil”*⁵³. Por el contrario, no se consideraron trabajadores técnicos, por evaluación del nivel de sus conocimientos, a un *“viajante con conocimientos técnicos del producto”*⁵⁴.

3. Consecuencias del incumplimiento

3.1. Incumplimiento por parte del trabajador

Como acuerdo bilateral y recepticio, el pacto de no competencia puede incumplirse tanto por el trabajador como por el empresario. En la práctica el caso más frecuente es el incumplimiento por parte del trabajador de la obligación de no competir que suele llevar aparejada la acción del empresario para resarcirse, normalmente persiguiendo recuperar importe que se haya abonado al trabajador⁵⁵. Es importante señalar que la norma laboral no establece reglas para el caso de incumpliendo de estos pactos, lo que nos obliga a remitirnos a la normativa civil común, subsidiaria de la norma laboral. Por tanto, el empresario podrá pretender la recuperación de lo abonado al trabajador, (valor de la pérdida sufrida y el de la ganancia perdida, ex. artículo 1.106 CC) y, de manera

⁵⁰ La STS 10 de febrero de 2009 (Rec. núm. 1255/2008) reduce la compensación a restituir por parte del trabajador incumplidor a un cuarto, ya que la duración pactada era cuatro veces superior a la legal.

⁵¹ STSJ Cataluña de 6 de noviembre de 2001 (Rec. núm. 4797/2001).

⁵² STSJ Cataluña de 10 de julio de 2012 (Rec. núm. 7918/2011), con cita de su propia doctrina judicial anterior.

⁵³ STSJ Cataluña de 3 de diciembre de 2009 (Rec. núm. 5759/2008). Quizás con escasa justificación, ya que se limita a argumentar como sigue: *“En consecuencia, dado el perfil profesional y las funciones desarrolladas por el recurrente, no puede estimarse este motivo del recurso, al estimar la Sala que la duración pactada de dos años se ajusta a la legalidad vigente”* (FJ. 2).

⁵⁴ STSJ Cataluña de 11 de diciembre de 2006 (Rec. núm. 1004/2004).

adicional, podrá recabar una indemnización de daños y perjuicios que consiga probar (artículo 1.107 CC), o la cantidad que se haya pactado a efectos de cláusula penal (artículo 1.152 CC), como explicaremos más adelante.

En este sentido, el hecho de que el ejercicio de una actividad competitiva por parte del trabajador haya sido suficiente para imponer la sanción de despido disciplinario, incluso aun cuando éste haya sido reconocido como improcedente por la empresa en el acto de conciliación, no implica necesariamente que deba tomarse en consideración por el órgano judicial que valora la procedencia o no de una indemnización de daños y perjuicios a favor de la empresa por incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual, en caso de que persista esta actividad competitiva⁵⁶.

En palabras del Tribunal Superior:

“los efectos legales de esta declaración de nulidad operan con independencia del motivo que da lugar a la extinción de la relación laboral, toda vez que el pacto es nulo en sí mismo y desde el momento en el que se origina” (FJ. 3)⁵⁷.

En relación con el importe que se puede reclamar, es importante señalar *“que la Ley no determina el porcentaje o cuantía de tal compensación, ni de la indemnización, señalando únicamente el término de la adecuación, por ello, si el trabajador percibe un plus por tal compromiso, libremente aceptado, en cuantía proporcionada al salario que percibe, no resulta arbitrario ni abusivo que la empresa demande, cuando se incumple el pacto, una indemnización correspondiente en su cuantía a la cantidad percibida por el trabajador en atención a tal limitación”*⁵⁸. No obstante, como veremos más adelante, la empresa también puede reclamar daños y perjuicios por un importe superior, siempre que sea capaz de acreditarlos.

⁵⁶ En este sentido, el TSJ Cataluña ha establecido, en su sentencia de 15 de noviembre de 2007 (Rec. núm. 660/2005) que: *“procede estimar en su integridad la pretensión del escrito rector del proceso, con independencia del hecho de que la extinción de la relación laboral se produjera a consecuencia de un despido reconocido como improcedente, ya que tal circunstancia no “compensa” el incumplimiento detectado”* (FJ. 4).

⁵⁷ STSJ Cataluña de 11 de mayo de 2011 (Rec. núm. 1782/2010).

⁵⁸ STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2015 (Rec. núm. 4682/2015). Este criterio es, además compartido por la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en sus sentencias de 18 mayo 1998 (Rec. núm. 2108/1997) y 9 febrero 2009 (Rec. núm. 1264/2008). En esta última se cita literalmente: *“El pacto de no competencia contractual crea sobre todo expectativas de derecho, que permiten la consolidación por el trabajador de la compensación económica recibida por renuncia a concurrir con la actividad de su antigua empresa durante cierto tiempo, o autoriza al empresario a reclamar la devolución de lo percibido -o en su caso a no abonar lo pactado- cuando el trabajador incumple esa prohibición de concurrencia”*.

En consecuencia se hace preciso diferenciar aquellos supuestos donde las partes han establecido una cláusula penal de aquellos casos en los que procede la fijación judicial de los daños.

a) La validez de las cláusulas penales

La facultad de las partes de determinar de manera anticipada las consecuencias del incumplimiento mediante una cláusula penal ha sido bendecida en sede judicial⁵⁹. En este sentido, una cláusula penal tiene como función la de sustituir la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento contractual (artículo 1.115 CC) es la de fijar de antemano el importe de la indemnización de daños y perjuicios de manera que la parte perjudicada queda relevada de acreditar el importe del sufrido porque su determinación se ha sustituido por dicha cláusula penal. Aún así, en determinados casos el Tribunal se reserva la facultad moderadora de la compensación⁶⁰⁶¹.

No obstante, para ejercer esta facultad, el texto concreto del pacto de no competencia y el grado de limitación que se haya establecido será determinante. Por ejemplo, el ámbito territorial en el que el pacto despliegue sus efectos⁶²:

“En cuanto a la minoración de la cantidad a devolver por cuanto la competencia sólo se daría en relación al territorio nacional ya que la recurrente tiene su mercado, además, en territorio extranjero y que la resolución impugnada establece en un porcentaje del 40%, la Sala tampoco puede compartir el criterio de la instancia, ya que la concurrencia se da tanto en el sector del mercado en el que ambas empresas destinan sus productos como respecto de los clientes, actuales o potenciales, consumidores de éstos, sin que la cláusula pactada entre las partes

⁵⁹ Por todas, STSJ Cataluña 8 de abril de 2003 (Rec. núm. 2250/2003).

⁶⁰ Esta facultad moderadora esta relacionada con la capacidad del órgano judicial de aplicar la regla de nulidad parcial y reducir la duración del pacto de no competencia. Así, la STSJ Cataluña de 26 mayo de 2014 (Rec. núm. 1790/2014) reduce la duración del pacto de 1 año a seis meses (por entender que el trabajador no podía considerarse un técnico en los términos del artículo 21.1 ET) y, en consecuencia, modera la cláusula penal a la mitad del importe inicialmente pactado.

⁶¹ En este sentido, la reciente STS de 26 de octubre de 2016 (Rec. núm.1032/2016) ha unificado la doctrina, en el sentido de declarar inaplicable la jurisprudencia civil de la sala I relativa a las cláusulas penales y entender que los tribunales sociales pueden moderar el importe de la cláusula penal acordada (sin establecer los parámetros en los que puede producirse tal moderación).

⁶² En otras ocasiones se ha tenido en cuenta el tiempo durante el cual el trabajador ha incumplido, llegando incluso a exonerar al trabajador de su responsabilidad, pese a que se da por acreditado el incumplimiento, con base en que tan sólo fue de unos pocos días. Vid. STSJ Cataluña de 4 de diciembre de 2013 (Rec. núm. 2086/2013).

establezca distinción alguna en función del territorio o del mayor o menor número clientes o de la facturación global de ambas entidades empresariales” (FJ. 5)⁶³

Existe una corriente jurisprudencial que considera adecuado que el empleador sólo pueda exigir la reintegración por parte del trabajador exclusivamente de lo percibido en virtud de la contraprestación por el pacto para el supuesto de incumplimiento de la cláusula de no competencia extracontractual⁶⁴. Sin embargo, este criterio se ha mantenido en supuestos en los que ésta era la única indemnización pactada pero no cuando el pacto de no competencia incluye, a modo de cláusula penal, la cuantía que el trabajador ha de abonar al empresario en concepto de indemnización por los daños derivados del incumplimiento⁶⁵.

No obstante, como ya hemos señalado, puede que la cláusula penal no cumpla su función de anticipar la cuantificación de un perjuicio, en la medida en que una cláusula desproporcionada podrá ser moderada por el órgano juzgador⁶⁶.

b) La reclamación adicional de daños y perjuicios

Por otro lado, en ausencia de cláusula penal, el empresario podrá solicitar el abono de lo pactado. Asimismo, existe posibilidad de reclamar una compensación por daños y perjuicios⁶⁷ en aplicación de la doctrina general del Código Civil⁶⁸. No obstante, la dificultad práctica de probar daños reales y efectivos, a menudo por falta de acceso a la información relativa a la prestación de servicios del ex empleado en su nueva empresa, provoca que sea frecuente que la única consecuencia sea la devolución de las cantidades

⁶³ STSJ Cataluña de 22 de octubre de 2015 (Rec. núm. 4682/2015).

⁶⁴ En principio, una vez las partes han determinado el alcance del incumplimiento en una cláusula penal, ha de estarse a ella en exclusiva, sin que también proceda devolver la compensación económica cobrada tal y como señala la STSJ Cataluña de 26 de abril de 2011 (Rec. núm. 6584/2009), recogiendo el criterio del TS en STS de 20 de abril de 2010 (Rec. núm. 2629/2009). En contra se pronuncia la STSJ Madrid 25 de febrero de 2010 (Rec. núm. 1585/2010).

⁶⁵ En concreto, la STSJ Cataluña de 23 de abril de 2014 (Rec. núm. 447/2014) admitió una cláusula penal equivalente al doble de lo percibido por el trabajador.

⁶⁶ STSJ Cataluña de 26 de enero de 2011 (Rec. núm. 5837/2009) anuló una cláusula penal fijada en una anualidad del salario del trabajador, siendo esta de 132.000 euros en atención a la cantidad percibida por el trabajador en dos años de trabajo (41.250 euros). El Tribunal modera la cláusula y la reduce a una cuarta parte, es decir, a 37.500 euros.

⁶⁷ De esta opinión es ALCAZAR ORTIZ, S. Y DE VAL TENA, A. L.: “La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014, págs. 34-35.

⁶⁸ La STSJ de Cataluña 8 de abril de 2003 (Rec. núm. 2250/2003) lo admite por la propia naturaleza indemnizatoria del pacto.

percibidas por parte del trabajador⁶⁹. En otras palabras, desde un enfoque práctico, si el único daño que puede probar la empresa es el mero incumplimiento del pacto de no competencia, y no se ha pactado ninguna cláusula penal, la única consecuencia indemnizatoria será la devolución de las cantidades percibidas.

En este sentido, es oportuno señalar que el plazo de prescripción para devolver la compensación económica abonada al trabajador, o para solicitar una compensación por daños y perjuicios en caso de incumplimiento del mismo comienza a contar desde el día en el que el empresario tuvo conocimiento de la acción y la pudo ejercitar⁷⁰.

3.2. Incumplimiento por parte de la empresa

El compromiso empresarial asumido se limita al pago de una cantidad. En función de como se haya determinado el momento de pago, puede que esta obligación ya se haya cumplido antes de que nazca la correlativa obligación de no competencia del trabajador⁷¹. En cualquier caso podría suceder que, establecida la obligación de compensar, el empresario no procediera a su abono, en cuyo caso el trabajador podrá reclamar las cantidades adeudadas mediante un procedimiento ordinario.

Asimismo, la resolución del contrato de trabajo derivada de un incumplimiento empresarial (ex. artículo 50 ET) provocaría que el pacto de no competencia resultara ineficaz, al tratarse de una estipulación “*tributaria del contrato de trabajo*”⁷².

Del mismo modo, el incumplimiento por parte de la empresa puede, en la práctica, llegar a legitimar un incumplimiento posterior del trabajador. En este sentido, el TSJ ha entendido que la empresa incumplido esta obligación al no hacer referencia a las cantidades debidas en concepto de compensación por el pacto de no competencia, no puede exigir el cumplimiento por parte del trabajador, puesto que debe entenderse que el pacto se ha extinguido por renuncia tácita⁷³

Por otro lado, si el trabajador considera que la duración del pacto es desproporcionada a su categoría y a su modalidad contractual (por ejemplo, por tratarse de un contrato de

⁶⁹ Acerca de los criterios judiciales para determinar la existencia de estos daños y perjuicios vid. ALCAZAR ORTIZ, S. Y DE VAL TENA, A. L.: Op. Cit., págs. 34-35.

⁷⁰ STS 25 de octubre de 2010 (Rec. núm. 3325/2009).

⁷¹ Esto podría ocurrir siempre que pacte el abono de una cantidad mensual y hubieran transcurrido suficientes meses hasta la extinción del contrato de trabajo como para cubrir la compensación inicialmente pactada.

⁷² STSJ Castilla y León, Burgos, de 15 de enero de 2013 (Rec. núm. 537/1992).

⁷³ STSJ Cataluña de 23 de mayo de 2002 (Rec. núm. 7491/2001).

duración determinada), puede reclamar la cantidad estipulada y ésta, cuando del pacto se infiera dicha posibilidad, debe abonarse en proporción al tiempo de vigencia de la relación laboral y no atendiendo a la duración de la cláusula pactada⁷⁴.

3.3 Consecuencias de la nulidad del pacto

El pacto de no competencia será nulo siempre que se incumpla alguno de sus requisitos (falta de interés industrial o comercial⁷⁵, compensación inadecuada⁷⁶ o no establecida en el contrato⁷⁷ o duración superior a la establecida legalmente⁷⁸). Mientras que la falta de interés industrial o la compensación inadecuada provocan la nulidad total del pacto⁷⁹, el establecimiento de una duración superior a la permitida puede corregirse mediante la regla de la nulidad parcial⁸⁰. Adicionalmente, puede declararse la nulidad total del pacto por resultar abusivo⁸¹, o por incluir cláusulas de desistimiento unilateral a favor de una de las partes⁸².

El TSJ de Cataluña ha optado por acoger la doctrina según la cual la nulidad del pacto de no competencia implica la restitución por parte del trabajador de las cantidades ya percibidas, en aplicación de lo previsto en el artículo 1.303 CC⁸³.

Esta doctrina ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, que determinó en unificación de doctrina en la sentencia de 20 de junio de 2012 (Rec. núm. 614/2011) la declaración de nulidad del pacto de no competencia conlleva la obligación del

⁷⁴ STSJ Cataluña de 7 de junio de 2005 (Rec. núm. 4782/2004).

⁷⁵ STSJ Cataluña de 14 octubre de 2013 (Rec. núm. 3974/2013).

⁷⁶ Por todas, STSJ Cataluña de 7 de junio de 2013 (Rec. núm. 3071/2012).

⁷⁷ STSJ Cataluña de 16 de julio de 1997 (Rec. núm. 2156/1997).

⁷⁸ La STSJ Cataluña de 14 de octubre de 2013 (Rec. núm. 3974/2013) precisa que no es válido un pacto de dos años para quien no era técnico al suscribirlo, aunque lo fuese en el momento de la extinción.

⁷⁹ En este sentido se pronuncia desde antiguo la STS de 10 de julio de 1991 (Rec. núm. 1079/1990).

⁸⁰ STSJ Cataluña de 7 de diciembre de 2009 (Rec. núm. 4571/2008).

⁸¹ Aunque este es un supuesto inhabitual, en la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002 (Rec. núm. 611/2001) podemos encontrar un ejemplo en relación con un contrato eventual de seis meses (prorrogado por otros seis) que contenía un pacto de no competencia de dos años de duración, sin limitación geográfica, extensivo no sólo a todas las empresas de la competencia, “*que lo fueren a la extinción del contrato, sino también las que se hubieren dado de baja con seis meses de antelación a la fecha de extinción del contrato correspondiente al trabajador de que se trate*”.

⁸² Esta es la doctrina unificada del Tribunal Supremo en la STS 20 de junio de 2012 (Rec. núm. 614/2011)

⁸³ SSTSJ Cataluña de 25 de marzo de 2003 (Rec. núm. 4927/2002) y 15 de octubre de 2002 (Rec. núm. 611/2001).

trabajador de restituir las cantidades ya percibidas, para corregir el enriquecimiento injusto⁸⁴.

4. El problema del desistimiento unilateral

El problema de si un pacto bilateral puede incluir compromisos de desistimiento unilateral debe analizarse a la luz del artículo 1.256 CC (*“La validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de una de las dos partes”*). Este tipo de cláusulas son bastante sencillas. Por ejemplo, ésta es la frase de la cláusula que incluía este compromiso en uno de los casos analizados por el TSJ: *“En todo caso, la empresa podrá dispensar al trabajador del cumplimiento de la cláusula de no competencia, así como del pago de la misma”*⁸⁵.

A este respecto, el Tribunal Supremo ha declarado que este tipo de cláusulas de desistimiento unilateral son nulas⁸⁶, casando la doctrina marcada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en anteriores sentencias⁸⁷. En todo caso debe entenderse que el empresario, desde el mismo momento de suscripción del pacto, genera en el trabajador un compromiso de abstenerse de buscar una nueva contratación laboral,

⁸⁴ Esta misma solución es la adoptada por el TSJ de Cataluña, por ejemplo, en su sentencia de 23 de enero de 2014 (Rec. núm. 4079/2013). No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo ha matizado progresivamente las consecuencias de la nulidad del pacto. En un primer momento, estableció que la nulidad del pacto llevaba consigo el deber del trabajador de devolver las cantidades percibidas como compensación, al amparo del artículo 1.303 CC [STS de 7 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 5211/2004)]. Esta doctrina ha sido seguida por el TSJ Cataluña [por todas, Sentencias de 11 de mayo de 2011 (Rec. núm. 1782/2010), 25 de marzo de 2011 (Rec. núm. 1827/2010), 14 de diciembre de 2010 (Rec. núm. 7514/2009), 13 de marzo de 2006 (Rec. núm. 1739/2005) y 15 de octubre de 2002 (Rec. núm. 975/2002)]. Posteriormente, la STS 25 de octubre de 2010 (Rec. núm. 3325/2009) matizó que no tiene acogida la interpretación realizada por el TSJ del País Vasco, en su sentencia de 16 de julio de 2007 (Rec. núm. 1655/2007), que limitaba la devolución al último año por aplicación del plazo de prescripción. El Tribunal Supremo volvió a perfilar estos pactos estableciendo que no cabe obligación de devolver las cantidades si la causa de la nulidad no proviene del trabajador, al amparo de lo previsto en el artículo 1306.2ª CC (en el caso analizado se había pactado una duración bianual siendo válida sólo por 6 meses (por carecer el trabajador de la condición de técnico), por lo que no procedía la devolución de lo percibido por los 18 meses nulos [STS 10 de febrero de 2009 (Rec. núm. 2973/2007), continuada por la STS 30 de noviembre de 2009 (Rec. núm. 4161/2008)]. Este criterio también ha sido acogido por el TSJ de Cataluña, por ejemplo en la sentencia de 13 de marzo de 2006, (Rec. núm. 1739/2005).

⁸⁵ STSJ Cataluña 17 de noviembre de 2010 (Rec. núm. 5732/2009).

⁸⁶ Por todas, STS 22 de febrero de 2011 (Rec. núm. 1209/2010).

⁸⁷ STSJ Cataluña de 26 de enero de 2010 (Rec. núm. 6527/2008), sentencia casada por la STS señalada en la nota anterior. No obstante, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña había mantenido esta misma doctrina en supuestos equivalentes en las sentencias de 13 de enero de 2009 (Rec. núm. 5893/2007) y 17 de enero de 2001 (Rec. núm. 6231/2000).

aunque la eficacia de dicho compromiso se postergue a la finalización de la relación laboral, lo que provoca una limitación de su derecho al trabajo de la que no cabe desvincularse de manera unilateral⁸⁸. Correlativamente tampoco puede acogerse una eventual facultad del trabajador para devolver las cantidades percibidas y así recuperar su libertad de trabajo, porque en ese caso estaría limitando la facultad organizativa de la empresa, que cuenta con un periodo en el que el trabajador no competirá con su actividad.

Lo cierto es que este tipo de cláusulas suelen ejercitarse por la parte empresarial para evitar la consecuencia inherente a los pactos de no competencia, es decir, el abono de la compensación, siendo menos frecuente que su ejercicio provenga de un desistimiento formulado por el trabajador para recuperar su capacidad de trabajar para un competidor.

Es importante señalar que los efectos de la nulidad de la cláusula de desistimiento se concretan en los de la nulidad parcial. En palabras del TSJ de Cataluña:

“La nulidad del derecho de opción determina por tanto la validez del resto del pacto, con el cumplimiento recíproco de las obligaciones establecidas para las partes. Obligaciones que se concretan en el abono por parte de la Empresa de la compensación adecuada, y en la no concurrencia por el trabajador, es decir, en la imposibilidad de prestar servicios para empresas de la competencia de su empleadora” (FJ. 5)⁸⁹

No obstante, cabe preguntarse si podría admitirse la posibilidad de que la empresa o el trabajador pudieran desvincularse de manera unilateral, no en virtud de un pacto expreso incluido de una cláusula, sino mediante la alegación de que no existe un verdadero interés industrial o comercial. En definitiva se trataría de argumentar que la cláusula es nula porque carece de uno de los requisitos.

En este sentido, el TSJ de Cataluña ha considerado, a modo de ejemplo, que no se ha podido generar un verdadero interés industrial que legitime la aplicación del pacto de no competencia cuando una relación ha durado solamente dos meses y medio y ha sido extinguida en periodo de prueba⁹⁰.

⁸⁸ No cabe tampoco esta desvinculación como modificación sustancial del contrato de trabajo. Al respecto vid. STSJ Cataluña 12 de diciembre de 2005 (Rec. núm. 7693/2004).

⁸⁹ STSJ Cataluña de 30 de Julio de 2010 (Rec. núm. 1947/2009).

⁹⁰ STSJ Cataluña 21 de enero de 2003 (Rec. núm. 2577/2002).

De esta manera, cabría demostrar una verdadera inexistencia del interés industrial o comercial para tratar de desvincularse del pacto de no competencia postcontractual. Esto puede tener especial sentido en el caso de que se incluya un pacto de no competencia postcontractual al principio de la relación laboral ante una previsión de que el trabajador desempeñaría un papel clave que finalmente no ha realizado.

No obstante, como bien ha señalado la doctrina científica, tiene menos cabida la alegación de la desaparición sobrevenida del interés industrial⁹¹, que en cualquier caso, deberá remitirse a los rigores de la aplicación de la teoría del *rebus sic stantibus*⁹². Ello es así puesto que ésta es la figura jurídica prevista en el ordenamiento jurídico privado (al que nos debemos dirigir ante el silencio de la norma laboral) para modificar un contrato que, por razones imprevisibles, ha causado una excesiva onerosidad a una de las partes⁹³.

En este sentido, para que tenga éxito una pretensión de parte que sostenga la desaparición del interés económico industrial o comercial tenga éxito, deberá ser capaz de acreditar lo siguiente:

- a) Que este sea el único medio para remediar o salvar el perjuicio grave que el desequilibrio contractual.
- b) Que se produzca una desproporción exorbitante y “fuera de todo cálculo entre las prestaciones recíprocas de las partes contratantes”.
- c) Que la desproporción prestacional sea de carácter sobrevenido y radicalmente imprevisible. Por ejemplo, no puede considerarse “*radicalmente imprevisible para una empresa que dedica su actividad a atender contratos publicitarios que una de ellas le sea arrebatada o, simplemente, no se le prorrogue en el tiempo, pues es más que notorio que el mundo de las contrataciones, quizá sobremanera en el mundo publicitario por la necesidad de nuevas ideas y equipos, es particularmente movedizo y, por así decirlo, hoy se tienen y mañana no*”⁹⁴.

⁹¹ Algunos autores plantean respecto a la extinción del pacto de no competencia postcontractual por extinción del efectivo interés industrial o comercial del empresario que esta opción no equivale al desistimiento unilateral del empresario. Vid. CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual” *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, págs.178 y ss.

⁹² NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “*El pacto laboral de no competencia postcontractual*”, Madrid, McGraw-Hill, 1998, pág. 225.

⁹³ DIEZ-PICAZO, L. “*Fundamentos del Derecho Patrimonial II, Las Relaciones Obligatorias*”, 6ª edición, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008, pág. 1061

⁹⁴ Estos requisitos están mencionados en el FJ. 8 de la STSJ Madrid de 22 de abril de 1999 (Rec. núm. 1082/1998)

En la práctica, es difícil que concurren estas tres circunstancias. Sin embargo, la Sentencia de del TSJ de Madrid, de 10 de noviembre de 2009 (Rec. núm. 3945/2009), reconoció la concurrencia de circunstancias que justificaban dejar sin efecto el pacto de no competencia, específicamente la obligación empresarial de compensar económicamente a la trabajadora, al concurrir en la misma tras el cese en la empresa una grave enfermedad que le impedía trabajar en cualquier empresa y que finalmente acabó provocando su muerte. Estos acontecimientos imprevisibles al firmar el pacto de no competencia fueron considerados como justificativos de la aplicación de el principio “*rebus sic stantibus*” y exoneraron a la empresa de su obligación.

5. Conclusiones

1. Durante la vigencia de la relación laboral la obligación del trabajador de no hacer la competencia desleal a su empleador es parte del deber de buena fe. Al terminar esta relación, el trabajador solo se verá limitado en su derecho al trabajo por aquello que haya pactado y por las exigencias derivadas de la aplicación de la normativa competencia desleal.
2. El artículo 21 ET es la única referencia normativa respecto al pacto de no competencia. Sin embargo, dado que se trata de un artículo con una regulación muy escueta, es preciso acudir a la doctrina jurisprudencial y judicial para completar estos pactos.
3. Pese a que se trata de un requisito indispensable, la norma no define el interés económico industrial o comercial efectivo, ni obligan a las partes a determinarlo en el pacto de no competencia. No obstante, para que pueda apreciarse este requisito, es necesario que las empresas (ex empleadora y actual) estén en concurrencia, por lo que sería conveniente que las partes describiesen en el pacto los límites del interés empresarial, aunque sea brevemente, para conseguir una mayor seguridad jurídica.
4. Es difícil fijar con anticipación qué compensación puede considerarse adecuada. En cualquier caso, los tribunales tienen en cuenta elementos relacionados con el alcance del pacto de no competencia, tales como el ámbito geográfico de la restricción o la duración del pacto para evaluar dicha adecuación.
5. Aunque no está recogido como un requisito en el pacto de no competencia, en la práctica la doctrina judicial considera que es necesario fijar la duración de antemano en el pacto.

6. Las consecuencias del incumplimiento empresarial permiten al trabajador exigir el pago de las cantidades adeudadas. El incumplimiento del trabajador habilita al empresario a obtener una indemnización. Si bien se admite el uso de cláusulas penales, los tribunales pueden ejercer su facultad moderadora.

7. El desistimiento unilateral en este tipo de cláusulas no está permitido, puesto que deja al arbitrio de una de las partes el cumplimiento de la obligación. Se podría plantear la desaparición del interés industrial o comercial para pretender la nulidad del pacto, si bien una alegación de este tipo debería estar sometida a los mimbres de la teoría del “*rebus sic stantibus*”.

6. Bibliografía

CHARRO BAENA, P.: “El pacto de no competencia postcontractual” *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995.

DIEZ-PICAZO, L. “*Fundamentos del Derecho Patrimonial II, Las Relaciones Obligatorias*”, 6ª edición, ed. Thomson Civitas, Madrid, 2008.

GÓMEZ JIMÉNEZ, J.M, “Lógica y jurisprudencia en el proceso laboral”, *Revista de Información Laboral*, núm. 4, 2016.

MONTOYA MELGAR, A.: “*Derecho al trabajo*” 30ª, Ed. Tecnos, Madrid, 2012.

NOGUEIRA GUASTAVINO, M. “*El pacto laboral de no competencia postcontractual*”, 1ª ed., McGraw-Hill, Madrid, 1998.

ORTIZ, S. Y DE VAL TENA, A. L.: “La responsabilidad del trabajador por incumplimiento del deber de no competencia: criterios jurisprudenciales para determinar la indemnización por daños y perjuicios”, *Relaciones Laborales*, núm. 4, 2014.

PEDRAJAS MORENO, A. Y SALA FRANCO, T. “*El pacto de no concurrencia postcontractual*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

SEMPERE NAVARRO, A.V. “El Tribunal Supremo perfila los pactos de no competencia postcontractual”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 4, 2009. BIB 2009/645.