



**Universidad
Zaragoza**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

EL PACTO DE NO CONCURRENCIA POSTCONTRATUAL

**THE POSTCONTRACTUAL NON-COMPETITION
COVENANT**

Autor/Alumno: ÁNGELA PERALTA ROYO

Profesor/Director: ÁNGEL LUIS DE VAL TENA

Facultad de Derecho

2021

ABREVIATURAS

Art.: artículo

CC: Código Civil

CCo: Código de Comercio

CE: Constitución Española

ET: Estatuto de los Trabajadores

LCD: Ley de Competencia Desleal

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

UE: Unión Europea

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA	3
II. BREVE REFERENCIA AL DEBER DE NO COMPETENCIA DESLEAL DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO	6
1. La prohibición de concurrencia desleal	6
2. Pacto de dedicación exclusiva	8
2.1 Configuración general	8
2.2 Régimen jurídico	8
2.3 Régimen legal de la rescisión del pacto	10
2.4 Obligaciones derivadas de su incumplimiento	11
3. Pacto de permanencia en la empresa	12
3.1 Configuración legal	13
3.2 Requisitos legales y efectos de su incumplimiento	13
III. EL PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL	14
1. Configuración general	14
1.1 El deber de buena fe	16
1.2 El carácter desleal	17
1.3 Conductas desleales	19
2. Requisitos generales	21
2.1 Capacidad	21
2.2 Consentimiento	22
2.3 Forma	22
3. Requisitos específicos	23
3.1 Límite temporal	23
3.2 Efectivo interés industrial o comercial del empresario	26
3.2.1 Delimitación de las actividades competitivas	27
3.2.1.1 La pertenencia a la misma rama industrial o comercial	27
3.2.1.2 La dedicación a actividades iguales o equivalentes	28
3.2.1.3 La coincidencia de objetos sociales	28
3.2.1.4 La incidencia en el mismo ámbito y clientes potencia	29

3.3 La compensación económica	30
3.3.1 La compensación económica adecuada	30
3.3.2 ¿Cómo se establece la compensación?	32
3.3.3 Momento del abono de la compensación económica	33
3.3.4 La naturaleza de la compensación económica	35
3.3.4.1 Compensaciones percibidas tras la extinción del contrato ..	35
3.3.4.2 Compensaciones percibidas durante la vigencia del contrato...	36
.....	
4. La rescisión del pacto	36
5. Incumplimiento del pacto	37
5.1 Incumplimiento empresarial	37
5.2 Incumplimiento del trabajador	38
5.3 Indemnizaciones por incumplimiento	39
IV. CONCLUSIONES	43
V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA	46
VI. LEGISLACIÓN CONSULTADA	50
VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	51

I. INTRODUCCIÓN: OBJETO DEL TRABAJO Y METODOLOGÍA

En Derecho se introduce el término «competencia» a partir de la desaparición del *ancien régime* y su sustitución por una forma de organización de la sociedad en base a los principios económico-jurídicos de la burguesía triunfante. Ulmer-krasser decía que «la presencia de la libertad económica se vincula en la historia a la promulgación de la revolucionaria ley francesa de 2 y 17 de marzo de 1791: a partir de ese momento, se inicia el proceso jurídico que conduce a la formación de la disciplina de la competencia». Desde entonces, cualquier sujeto puede moverse libremente por el mercado en igualdad de condiciones que sus competidores.

A finales del siglo XIX y principios del XX la época abstencionista va quedando atrás y deja paso a la formación de los primeros estados capitalistas. El Estado se reserva unas zonas de actividad económica que puede ejercer *per se* o través de concesiones a particulares de monopolios y oligopolios, a la vez que permite la existencia de pactos limitativos de competencia.

En el plano español, el Código de Comercio admite la plena licitud de todas las conductas externas al trabajo que no incidan negativamente con la propia prestación, se garantiza así el respeto a la libertad de trabajo y de iniciativa económica del individuo. Con ello, se pretende proteger el respeto a la vida privada, a la libertad industrial y el empleo del trabajador. De hecho, la única causa de despido en la que incide el CCo es cuando algún dependiente del comerciante negocia por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal.

En lo que respeta al derecho del trabajo, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 establecía la misma causa de despido. Esta ley, incluso, era más favorable al interés del trabajador, estableciendo unos límites infranqueables a la autonomía de la voluntad mientras que las pretensiones del empresario quedaban debilitadas. Sin embargo, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 trataba de equilibrar los intereses, de un lado, del trabajador, y de otro, del empresario porque permitía la conclusión de pactos de no concurrencia que quedaban limitados a la esfera privada. El actual Estatuto de los Trabajador sigue la misma tendencia.

El Estatuto de los Trabajadores media los intereses de ambas partes; de un lado, protege a la empresa de los peligros que puedan derivarse de la posición privilegiada del

trabajador que, por haber estado formándose en la empresa, tiene una importante ventaja de aprovecharse de esta circunstancia, pero, de otro lado, protege las expectativas normales y razonables del empleado de que no vea muy mermados sus derechos a la libertad de trabajo y a la libertad de empresa, ambos reconocidos en los artículos 35 y 38 de la Constitución Española.

Con el presente trabajo realizo un estudio detallado de la figura del pacto de no concurrencia para una vez extinguido el contrato de trabajo, establecido en el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores. Se trata de una obligación que es fruto de la autonomía de la voluntad de las dos partes de la relación laboral para evitar que el trabajador tenga una excesiva ventaja en su nuevo empleo gracias a los conocimientos aprendidos con el *ex empleador* y se produzca una fuga de la clientela, imponiéndole la obligación de no hacer competencia durante un tiempo determinado.

La finalidad de este trabajo consiste en analizar el equilibrio entre los intereses del empleado y del empleador; ponderar la libertad de elección de trabajo del trabajador, cuando ejercitar estos derechos suponga una amenaza al negocio del empresario, y el efectivo interés comercial e industrial de este último para no restringir en exceso la libertad del trabajador.

Este tipo de pactos no pueden establecerse en todas las relaciones laborales porque estas limitaciones a la libertad del trabajador no pueden ser aplicadas de forma general. Deben tratarse de supuestos especiales, lo que hay que tener en cuenta es el puesto concreto de trabajo del empleado en la empresa para que sirva como *ratio* para valorar el efectivo interés del empresario y la real posibilidad de que éste le haga competencia a aquél. Para que esto suceda es preciso, como veremos, que el *ex empleado* pase a trabajar en la misma rama o sector, en el mismo mercado, a dedicarse a actividades idénticas o muy similares, y que tenga a su disposición determinada información confidencial debido a la ocupación que ha tenido en la empresa.

A lo largo de las siguientes páginas abordo esta cuestión e intento dar respuesta a las preguntas planteadas; delimito el objeto del pacto de no concurrencia postcontractual, defino los intereses efectivos de cada una de las partes y sus implicaciones atendiendo a las características del puesto de trabajo.

El trabajo queda dividido en cuatro partes:

En la primera parte, hago una breve referencia al deber de no concurrencia durante la vigencia del contrato de trabajo, detallo los principales pactos que existen para reforzar este deber: el pacto de dedicación exclusiva y el de permanencia en la empresa; explico la configuración general de ambos, su régimen jurídico, el incumplimiento y sus consecuencias.

En la segunda parte, introduzco el tema central de este trabajo. Para ello, explico la configuración general del pacto de no concurrencia postcontractual, el objeto del pacto y su interrelación con el Derecho de la competencia y sus implicaciones en sus principales ramas; la defensa de la libre competencia y la competencia desleal.

En la tercera parte, desarrollo el pacto de no concurrencia postcontractual. Lo divido en dos subapartados: los requisitos generales y los requisitos especiales. La explicación de este último punto constituye la parte fundamental del trabajo. Expongo detalladamente cada uno de los requisitos de este pacto: el límite temporal, el efectivo interés industrial y comercial del empresario y la compensación económica al trabajador. A continuación, explico las consecuencias para el empresario y el trabajador del incumplimiento del pacto y las posibles indemnizaciones a que den lugar.

En último lugar, sintetizo las conclusiones que extraigo de este trabajo, desde una doble vertiente, doctrinal y jurisprudencial, y finalmente, aporto mi opinión.

Debido a la limitada extensión del trabajo, dejo de lado el estudio de las relaciones labores de carácter especial a las que el legislador da un tratamiento diferenciado en lo que se refiere a este tipo de pactos. Estos son:

- ❖ Altos directivos (artículo 8 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección).
- ❖ Mediadores mercantiles (artículo 9 f del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas).

II. BREVE REFERENCIA AL DEBER DE NO COMPETENCIA DESLEAL DURANTE LA VIGENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

1. La prohibición de concurrencia desleal

Nuestro ordenamiento jurídico permite el pluriempleo. El trabajador tiene plena libertad para prestar servicios laborales para distintos empresarios, siempre que la actividad plural no constituya competencia desleal en virtud de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. El Estatuto de los Trabajadores no precisa el concepto de “concurrencia desleal” pero sí que establece en el artículo 21.1 el deber del trabajador de no trabajar para varios empresarios cuando se estime concurrencia desleal. La jurisprudencia ha ahondado en el significado de “concurrencia desleal”, y ha matizado que para calificar una prestación como desleal se exige que tenga lugar dentro de la misma rama y que exista perjuicio real o potencial para la empresa.¹ No se requiere que la actividad sea idéntica, sino que sea de la misma naturaleza e igual rama de la producción.² La STSJ de Andalucía de 17 de septiembre de 1999 remarca que «en el supuesto de que los servicios a prestar para la nueva empresa no guarden relación alguna con los prestados para la anterior por cuanto en tal caso, [la prohibición de concurrencia] comportaría vulneración del derecho constitucional que asiste al trabajador a la libre elección de profesión y oficio (art. 35 CE)». El incumplimiento del deber de no competencia desleal supone una transgresión de la buena fe contractual, que lleva consigo el despido disciplinario del trabajador (artículo 54.2.d ET). De acuerdo con la STSJ de Cataluña de 16 de noviembre de 1993 «no es la esencia del incumplimiento el daño causado sino el quebranto de la buena fe y lealtad debidas, que son recíprocas en la relación del trabajo, pues la falta se configura por la ausencia de valores éticos en quien comete la transgresión por lo que, en la valoración de las conductas prevalece el elemento espiritual del contrato, en definitiva, obrar conforme al principio de buena fe y el deber de fidelidad hacia la empresa en el desempeño de su cometido».

El carácter desleal de la conducta del trabajador que realiza una segunda actividad idéntica o semejante a la que se dedica la empresa principal no deriva solamente de la

¹ DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n.º 3, 1995, pp. 136

² San José Gras, L., *La concurrencia y competencia desleal del trabajador con la empresa donde presta sus servicios*, AGM abogados, 17 de mayo de 2016

remuneración que está recibiendo el trabajador por este segundo empleador, sino que además le proporciona herramientas para adquirir habilidades profesionales y perfeccionamiento que, posteriormente, va a utilizar en beneficio propio o ajeno, y que a su vez van en perjuicio de los intereses de la empresa principal. La STSJ del País Vasco de 20 de mayo de 2005 matiza que el perjuicio causado no radica en el daño efectivamente causado sino en la actitud intencional del trabajador, al cual no le importa lesionar los intereses del empresario en favor del beneficio propio y transgredir el deber de buena fe contractual. Así mismo, la clave de la transgresión no radica en el hecho mismo de trabajar para la competencia directa, sino en hacerlo sin consentimiento del empresario.

Para entender cometida la infracción, los tribunales «exigen que el empresario no haya prestado su consentimiento expreso o tácito al desarrollo de la actividad concurrente por parte del trabajador».³ Se considera consentimiento tácito a la competencia desarrollada con el conocimiento del empresario, de esta manera el empleado no realiza la conducta típica del artículo 21.1 ET y, por lo tanto, no incurre en infracción alguna. Además, en virtud de la “regla de gobierno de la discrecionalidad privada” y como consecuencia del principio de buena fe, el derecho no puede ser ejercitado «cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar con su actividad omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará».⁴

Siempre será preferible para el trabajador pedir autorización expresa al empresario para desarrollar cualquier empleo que pueda ser concurrente con el que ya tiene, porque le favorece la seguridad jurídica, pues, exigiendo una declaración de voluntad del empresario, escrita o no, si el trabajador la obtiene su conducta no podrá ser reprochada por quien le ha autorizado; por el contrario, si faltando la autorización el trabajador efectúa la actividad que supone competencia desleal da pie a que el empresario pueda ejercitar las acciones previstas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. No obstante, al ser la Ley de Competencia Desleal una norma de orden público, la conducta puede ser igualmente reprochada por otro trabajador o terceros ajenos a la empresa, por mucho que el trabajador cuente con el beneplácito del empresario.

³ y ⁴ AGRA VIFORCOS, B., *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral: estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de León, León, 2003, pp. 385

2. Pacto de dedicación exclusiva

2.1 Configuración general

El artículo 21 ET establece dos supuestos que prohíben al trabajador la realización de actividades profesionales para otros empresarios en caso de que medie pacto. Esto son los pactos de dedicación exclusiva y los pactos de permanencia en la empresa.

A diferencia del deber de no concurrencia desleal, el pacto de dedicación exclusiva no se trata de una prohibición legal de competencia sino de un acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario sobre la plena dedicación del trabajador a la empresa. Este pacto encuentra su fundamento en el principio de la autonomía de la voluntad (artículo 3.1.c ET).

El pacto de dedicación exclusiva prohíbe el pluriempleo al trabajador en cualquier sector de actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, incluso no existiendo pacto a cambio de una compensación económica. Los fines del pacto son esencialmente dos:

- ❖ Prohibir la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios, aun en el caso de que su actividad no sea competitiva con la de la empresa. Este tipo de pactos sirven de gran ayuda al empresario ya que le libera de responsabilidades: la denegación de autorización al trabajador para prestar servicio a otros empresarios y la determinación de actividades competitivas o no. Además, es más sencillo despedir a un trabajador disciplinariamente alegando incumplimiento del contrato de trabajo (artículo 54.2.d ET).
- ❖ Es una forma de aumento y control del rendimiento por parte de los empresarios para que centre toda su capacidad productiva en una sola empresa. Las categorías profesionales que suelen verse afectadas en mayor medida por este tipo de pactos son las de personal técnico, jefes administrativos y el personal directivo de la empresa.⁵

2.2 Régimen jurídico

El régimen jurídico al que queda sometido el pacto puede concretarse en el momento de la celebración del contrato de trabajo, pasando a ser una cláusula más del contrato o durante el contrato de trabajo que se constituya como pacto accesorio a éste.

⁵ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 45 y 46

El artículo 21.1 ET guarda silencio en cuanto a la forma del pacto, de tal manera que el pacto será válido tanto si se concluye por escrito como verbalmente. No obstante, resulta más conveniente que conste por escrito porque aporta seguridad jurídica a las partes y es más fácil de probar su existencia.

El pacto de dedicación exclusiva puede acordarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido. Normalmente, el pacto se establece sin término concreto, aunque bajo determinadas circunstancias, éste se pactará bajo condición resolutoria o se fijará su vigencia.

La compensación económica se debe pactar expresamente porque así lo establece el legislador en el artículo 21.1 ET. Por ejemplo, en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 2004 el trabajador percibía la cantidad de 65.000 pesetas brutas mensuales en concepto de "Exclusividad" como compensación de las obligaciones que emanen de dicho pacto. La compensación económica tiene que venir «diferencia dentro de la estructura salarial, compensando expresamente la dedicación exclusiva del trabajador a su trabajo en la empresa». ⁶

Como veremos que también sucede en el pacto de no concurrencia postcontractual, la cuantía es contenido esencial del pacto de dedicación exclusiva, por lo que las partes deben fijarla de mutuo acuerdo. Si no hay consenso respecto al *quantum*, no hay pacto de dedicación exclusiva, ya que los Tribunales no son competentes para fijar la compensación (STC de 21 de junio de 1988)⁷. No obstante, el Juez puede subsanar la cuantía si la considera abusiva.

La cuantía se puede fijar a tanto alzado, en un solo pago en una cantidad abonada de forma periódica.

La doctrina mayoritaria considera que la compensación económica derivada del pacto de dedicación exclusiva constituye salario «puesto que, si consideramos el salario como “todas las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena” (artículo 26 ET), podemos incluir dentro de esta noción la compensación económica recibida por la

⁶ DURAN LOPEZ, F., *Pacto de no competencia*, AA. VV. El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales, EDERSA. T.V., Madrid, 1985, pp. 184

⁷ DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n° 3, 1995, pp. 130

exclusividad».⁸ En este caso, se cotizará por este concepto a la Seguridad Social (artículo 147 LGSS).

2.3 Régimen legal de la rescisión del pacto

El trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, pero perderá la compensación económica y los otros derechos vinculados a la plena dedicación (artículo 21.3 ET).

La omisión del deber de preaviso conllevará la oportuna responsabilidad indemnizatoria, aunque Carlos Alfonso Mellado ve difícil observar responsabilidad indemnizatoria por parte del asalariado porque «no se aprecia qué daños podría producir al empresario y en qué podría fundamentarse la reclamación indemnizatoria por su parte».⁹ Si el trabajador venía percibiendo una cantidad de forma periódica dejará de percibirla desde el momento que se extinga el pacto, mientras que si lo que percibía era una cantidad a tanto alzado, el trabajador deberá devolver la parte proporcional que corresponda al periodo de tiempo de vigencia que restaba al pacto.

Existe una excepción a la regla de libertad de rescisión de la cláusula de exclusividad que es cuando ésta se hubiera establecido como condición *sine qua non* de la celebración del contrato de trabajo porque, en tal caso, la cláusula quedaría establecida como condición resolutoria.

El pacto de plena dedicación es revocable por mutuo acuerdo de las partes. Como se ha explicado, normalmente la iniciativa de rescindir el pacto la tomará el trabajador si advierte al empresario con el debido preaviso. Esto no significa que el empresario no pueda rescindir el pacto pese a la literalidad del precepto que sólo menciona al trabajador como sujeto válido para rescindir el acuerdo. El empresario podrá rescindir el acuerdo cuando deje de estar interesado en el mismo, por lo que el trabajador recuperará su libertad de trabajo y perderá la compensación económica que venía percibiendo «porque al ser la compensación recibida un complemento propio del puesto de trabajo, cuya percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto

⁸ DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n.º 3, 1995, pp. 131

⁹ ALFONSO MELLADO, L.C., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante la relación laboral*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., Valencia, 1994,

asignado, no tendrá carácter consolidable». ¹⁰ Por imperativo del artículo 26.3 ET no tendrán el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los complementos salariales que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa. Además, la doctrina jurisprudencial, desde antiguo ha venido estableciendo que no son consolidables los complementos salariales «que por su propia función retributiva están ligados al desempeño de un puesto de trabajo». ¹¹

2.4 Obligaciones derivadas de su incumplimiento

El trabajador estará obligado a restituir al empresario la cantidad indebidamente recibida con los correspondientes daños y perjuicios (artículo 1107 CC), salvo en el supuesto de que el pacto incorporase una cláusula penal, debido a que la pena sustituirá a la indemnización por daños (artículo 1152 CC.). ¹² El despido, en este caso, se considerará procedente por transgresión de la buena fe contractual (artículo 54.2.d ET). ¹³

En la STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2020 «el demandado estuvo casi tres años y medio sin iniciar la actividad competitiva, por ser el alta laboral el 28 de mayo de 2015 y la constitución de la sociedad concurrente el 9 de noviembre de 2018, y aquella situación duró poco menos de tres meses, al dimitir el 31 de enero de 2019; y en concordancia con la expresada doctrina de esta Sala y la citada norma del Estatuto, el reintegro se ha de limitar a lo cobrado en el periodo en que se incumplió lo pactado, o sea, 3.000 euros, que es lo que se decidió en la sentencia recurrida, estimando la demanda en esta cantidad, pero no las cantidades superiores reclamadas y satisfechas» porque «esta propia Sala en sentencia número 2353/2010 de 26 de marzo, ya entendió que el incumplimiento del pacto de plena dedicación por el trabajador producía como efecto la devolución de las cantidades percibidas durante el periodo en que tuvo lugar la actividad concurrente; y, en esta línea, el redactado del artículo 21.3 del Estatuto, para la rescisión por el trabajador del acuerdo, prevé la pérdida de la compensación económica y de otros derechos vinculados a ello, pero no el reintegro de lo cobrado con anterioridad por esta causa».

¹⁰ DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n.º 3, 1995, pp. 132

¹¹ STS de 5 de febrero de 1996, y STS de 25 febrero 1999

¹² DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n.º 3, 1995, pp. 133

¹³ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 45

Cuando es el empresario el que incumple la obligación de retribuir la compensación económica el trabajador recuperará su libertad de trabajo (artículo 21.3 ET) y tendrá derecho al abono de las cantidades no satisfechas hasta que se rescinda válidamente el pacto.

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 2 mayo de 2019 revocó la sentencia de instancia. La trabajadora cumplió con el pacto de no competencia mientras duró la relación laboral pero tan solo percibió la compensación durante menos de seis meses, para luego exigirle en el pacto de no competencia postcontractual dos años de no competencia, cuyo pacto sí que incumplió. La cantidad que debió devolver la trabajadora como consecuencia del incumplimiento del pacto de no concurrencia postcontractual se redujo a 2.345 (de un total de 9.380 que consistía en duplicar el importe que percibía por el pacto de no competencia durante la vigencia del contrato) sin que procediese la aplicación de la cláusula penal introducida en la cláusula cuarta del contrato.

3. Pacto de permanencia en la empresa

3.1 Configuración general

El pacto de permanencia en la empresa consiste en el compromiso por parte del trabajador de no extinguir la relación de trabajo durante cierto periodo de tiempo, que no podrá ser superior a dos años siempre que haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios en virtud del artículo 21.4 ET. El trabajador al convenir este pacto está renunciando a la posibilidad de dimitir mediante preaviso según el artículo 49.1.d ET. No obstante, aún le queda la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo fundándose en la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario estipulado durante el pacto de permanencia (artículo 50 ET).

3.2 Requisitos legales y efectos de su incumplimiento

Son requisitos del pacto de permanencia los siguientes:¹⁴

1. Que se trate de un pacto individualmente concertado entre el empresario y el trabajador en el momento de suscribir el contrato como cláusula que forma parte

¹⁴ DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n ° 3, 1995, pp. 134

de éste, o bien estipulándolo *a posteriori* como un pacto en sí mismo. El empresario puede condicionar la contratación del trabajador a la celebración del pacto de permanencia en la empresa o a no facilitar la especialización a un trabajador ya contratado si se niega a firmar dicho pacto.

2. Que el pacto se formalice por escrito, en virtud del propio artículo 21.4 ET. En caso de no concurrir este requisito formal el pacto será inválido.
3. Que exista una causa específica que justifique el pacto de permanencia. El trabajador debe recibir una especialización profesional para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.
4. Que tenga una duración cierta, es decir, debe estar determinada. El artículo 21.4 ET fija el límite temporal en dos años máximo. En caso de estipularse una duración superior a los dos años, la cláusula se tendrá por no puesta pero no determinará la nulidad total del pacto (artículo 9.1 ET).

El Estatuto de los Trabajadores prevé la pertinente indemnización de daños y perjuicios a favor del empresario si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo convenido. Como el artículo en cuestión no especifica la manera de calcular la indemnización, son las partes de mutuo acuerdo quienes fijan el *quantum* del posible perjuicio. En algunos supuestos, la indemnización a realizar vendrá sustituida por una cláusula penal para reforzar su carácter disuasorio. Así se prevé en la STS de 23 de julio de 1990. En este supuesto las partes previeron en el pacto que «en el caso de que el trabajador resolviese por propia voluntad, su relación laboral con "AES A" dentro del plazo de dos años de haber finalizado un curso de especialización profesional con cargo a la empresa, vendrá obligado a abonar a la empresa una indemnización equivalente al costo del citado curso si resuelve la relación laboral dentro del año inmediato [a] haberse finalizado el curso y la mitad del costo si lo resuelve dentro del segundo año». La cantidad que reclamar no puede ser abusiva como «su incorporación a un contrato eventual por circunstancias de la producción de seis meses de duración prorrogables, cuando la cantidad que se exige por dicho concepto al trabajador es muy superior a la que éste percibe en cumplimiento de la cláusula» se considera que es abusiva y por lo tanto es inválida en virtud de la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002. Cuando las partes no hayan pactado la indemnización «el juez deberá hacerlo teniendo en cuenta el coste soportado por el empresario para la especialización profesional del trabajador ... y en el supuesto de que

el trabajador pase a formar parte de la plantilla de una empresa competidora, el perjuicio específico causado».¹⁵

III. EL PACTO DE NO CONCURRENCIA POSTCONTRACTUAL

1. Configuración general

El artículo 21.2 ET ofrece la posibilidad de pactar, con un límite temporal y cumpliendo determinados requisitos, la no concurrencia postcontractual.¹⁶ Estos pactos derivan del principio de autonomía de la voluntad (artículos 1255 CC y 3.1.c ET), es decir, son fruto de un acuerdo de voluntades entre las partes de la relación laboral. Se configuran como pactos accesorios al contrato de trabajo. En ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y a convenios colectivos.¹⁷

Se cuestiona la eficacia de estos pactos porque restringen la posibilidad del trabajador de encontrar un nuevo empleo, reducen el mercado de mano de obra y obstaculizan la formación del trabajador.¹⁸ No obstante, el empresario debe ceñirse a los límites que fija el legislador en la Constitución Española.

Básicamente, son dos los límites constitucionales que hay que atender. De un lado, el trabajador tiene derecho al trabajo reconocido por el artículo 35 de la CE, y a la libertad de empresa, entendida aquí como la posibilidad de trabajar por cuenta propia, amparado por el artículo 38 CE y de otro lado, el empresario tiene un claro interés en los conocimientos transmitidos al trabajador. «A través de estos pactos se pretende proteger un doble interés; para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo», tal y como indica la STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de enero de 2015, entre otras. Para ello, es necesario que el empresario acredite un efectivo interés industrial o

¹⁵ DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., *Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa*, Revista de relaciones laborales, n.º 3, 1995, pp. 135 y 136

¹⁶ DE VAL TENA, A. L., *El pacto de no concurrencia en el derecho español*, volumen 5, n.º 1 del 2013, pp. 2

¹⁷ STS de 27 de noviembre de 1984 (RJ 1984, 5906)

¹⁸ y ¹⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 62

comercial en la actividad a la que se dedica el trabajador y que le satisfaga a éste una compensación económica adecuada. El trabajador tiene el deber de no concurrir con la actividad de la empresa por cuenta propia o ajena, de lo contrario, estará teniendo una conducta desleal. Si bien estos derechos no son derechos absolutos, la CE exige que la limitación esté justificada, sea proporcional y, sobre todo, garantice el respeto al contenido esencial de estos derechos (artículo 53.1 CE).

Como comentaba anteriormente, el pacto de no concurrencia postcontractual es fruto de la autonomía individual que también encuentra su expresión en la CE cuando se refiere al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). Sin embargo, los poderes públicos pueden coartar la autonomía individual para garantizar la libertad del trabajador a encontrar un nuevo puesto de trabajo (artículo 9.2 CE). Ahora bien, las limitaciones legales a dicha autonomía deben ponderarse cuidadosamente, procurando no coartarla en mayor medida a la estrictamente necesaria para lograr la protección de otros derechos e intereses.¹⁹

El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo no siempre se ha configurado como una *posibilidad* a establecer entre las partes. Esto es así porque en la derogada Ley del Contrato de Trabajo de 1944, el artículo 74 establecía la prohibición de concurrencia para después de finalizado el contrato de trabajo, es decir, se configuraba como un deber en lugar de un pacto. La STS de 5 de febrero de 1990 indica que «la promulgación de la Constitución Española, cuyo artículo 35 consagra como fundamental el derecho-deber al trabajo y del que es fiel reflejo el artículo 4.1 del repetido Estatuto de los Trabajadores, supuso una trascendental modificación en el régimen normativo de aquél deber laboral previsto para después de la vigencia del contrato de trabajo que pasó, en efecto, de constituir una propia obligación legal a convertirse en un pacto específico, requerido de precisas e insoslayables exigencias, que se incorpora a la concreta relación laboral concertada. Obviamente, ello no limita la libertad contractual de las partes, en los términos que la consagra el artículo 1.255 del Código Civil, ni neutraliza la efectividad de las obligaciones recíprocas que puedan surgir de un contrato de trabajo, a tenor de su naturaleza bilateral, onerosa y sinalagmática».

En conclusión, el empresario debe acreditar un efectivo interés comercial o industrial para prohibir concurrir al trabajador durante un periodo de tiempo con la antigua actividad que

desarrollaba en la empresa. Además, deberá contar con las limitaciones que le impone la CE, sin perjuicio del respeto a la libre autonomía de la voluntad.

1.1 El deber de buena fe

Tradicionalmente, en la ya derogada Ley del Contrato de Trabajo de 1944 el deber de buena fe incumbía al trabajador como consecuencia del contrato de trabajo porque existía «la prohibición de la concurrencia para después de terminado el contrato de trabajo». Actualmente, como la prohibición de no competencia «postcontractual» no nace con la obligación del contrato de trabajo, sino que nace de mutuo acuerdo, no es consecuencia directa de la obligación de buena fe. Sin embargo, esto no significa que el deber de buena fe no juegue ningún papel en el pacto de eficacia postcontractual ya que la buena fe sigue siendo el fundamento de otras obligaciones que competen, tanto al trabajador como al empresario, y que se encuentran conectadas con el pacto regulador por el artículo 21.2 ET. El trabajador y el empresario están obligados a cumplir sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe, como se desprende de los artículos 5.a) y 20.2 ET.

Como ya se ha visto, durante la vigencia del contrato sí que existe el deber legal de no concurrencia desleal (artículo 21.1 ET), por lo tanto, el trabajador tiene que cumplir de buena fe con esta obligación. La situación cambia cuando se extingue el contrato de trabajo; entonces, es un pacto lo que tienen que establecer las partes de la relación laboral para limitar la concurrencia una vez extinguido el contrato. En el pacto entran en juego dos intereses contrapuestos; de un lado, el interés industrial o comercial del empresario, y de otro, la estabilidad económica del trabajador. Los intereses empresariales se dirigen a evitar la divulgación de información confidencial por parte de directivos y trabajadores (*secretos de empresa*), así como a limitar las posibilidades de que los propios trabajadores realicen actividades concurrentes con la empresa en beneficio de otras empresas o del suyo propio.

Podemos concluir así que el interés de mantener los secretos empresariales se encuentra implícito en los intereses empresariales que se pretenden proteger con el pacto de no concurrencia postcontractual. No obstante, el deber de mantener los secretos empresariales es un deber autónomo, cuya violación está tipificada en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal y en la Ley de Secretos Empresariales. Este deber se mantiene sin necesidad de establecer un compromiso adicional tras la finalización del contrato de trabajo, por ello es preciso cumplir con este deber conforme a las reglas de buena fe.

1.2 El carácter desleal

El Derecho de la Competencia es «el conjunto de reglas de derecho a las que se han de someter las actividades competitivas o concurrenciales de los empresarios en la búsqueda y mantenimiento de su clientela».²⁰ Este Derecho se divide en dos ramas: la libre competencia y la competencia desleal.

La libre competencia es la situación en la que cualquier empresa es libre de concurrir en una determinada actividad económica. Debe entenderse por concurrencia «toda actividad económica profesional para satisfacer un interés privado a través de la cual el trabajador durante la relación de trabajo entra en competencia económica en el círculo negocial de su empleador, al ofrecer al mismo círculo de clientes bienes o servicios de la misma especie o carácter y siendo susceptible por ello de dañar económicamente a su empleador».²¹ La libre competencia está regulada por los artículos 101-106 TFUE en el mercado de la Unión Europea y por la Ley de Defensa de la Competencia, en el ámbito español.

El artículo 101 TFUE prohíbe todos los acuerdos celebrados entre empresas que pretendan restringir la competencia en el mercado de la UE, por lo que quedan excluidos los pactos laborales de no competencia entre extrabajador y empresa. Del mismo modo, se sustraen del deber de no competencia del TFUE a los comisionistas, representantes de comercio o mediadores mercantiles que se limiten por cuenta y riesgo de una empresa por ser su función auxiliar y competitiva y no ser, por ello, responsables de los efectos que su relación con la empresa pueda provocar en el mercado.²²

Así mismo, el pacto que establece la obligación del trabajador de abstenerse de hacer competencia al *ex empleador* durante un periodo de tiempo concreto queda excluido de la Ley de Defensa de la Competencia. La exención del artículo 3.1 LDC acoge a los pactos laborales de no competencia.

La competencia desleal consiste en una serie de prácticas económicas agresivas utilizadas por los empresarios para posicionarse con ventaja respecto a sus competidores. La competencia desleal está regulada por la Ley de Competencia Desleal en el ámbito nacional. Normalmente, el extrabajador no incurre en prácticas calificables de

²⁰ y ²¹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 119

²² JOCE, núm. 139, de 24 de diciembre de 1962, pág. 2921

competencia desleal porque su libertad para concurrir en el mercado de su anterior empresario es prácticamente total, salvo pacto expreso entre trabajador y empresario. No obstante, como veremos esto no siempre es así.

Como ha destacado la doctrina civil, la vulneración del pacto de no concurrencia no constituye automáticamente un acto de competencia desleal (SAP de Barcelona de 11 de marzo de 2003); ahora bien, cuando existen otras circunstancias añadidas al incumplimiento del pacto de no competencia, como por ejemplo la captación desleal de clientela, se declarará, además de dicho incumplimiento, la existencia de un acto de competencia desleal (SAP de Alicante de 8 de noviembre de 2008).²³ También es el caso del extrabajador que no hubiere suscrito un pacto de no concurrencia postcontractual, pero va más allá de lo que son simples actividades competidoras, y llega a rebasar los límites de la lealtad comercial infringiendo la legislación mercantil o, incluso, la penal.

Por último, cabe aclarar que no existe diferencia entre «pacto de no concurrencia postcontractual» y «pacto de no competencia postcontractual». Ni la ley ni la jurisprudencia distinguen, utilizando ambos términos como sinónimos, como hace, por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 17 de septiembre de 1999 en la que puede leerse que «la prohibición de la competencia o concurrencia desleal contenida en el referido precepto estatutario (art. 21.2 ET), no solo alcanza a la competencia desleal en el trabajo por cuenta de otros empresarios, sino también, con igual o mejor razón, a la actividad concurrente desleal por cuenta propia». En la misma línea, se pronuncia la STSJ Cataluña de 31 enero 2003 que se refiere, directamente, a «la obligación de no competencia o no concurrencia». Sin embargo, en alguna ocasión, se ha señalado que la expresión no concurrencia es «similar, aunque más extensa o comprensiva» que la de no competencia (STS de 29 octubre de 1990).²⁴

1.3 Conductas desleales

El artículo 21.2 ET abarca conductas que son ilícitas por el hecho de realizarlas el trabajador, pero que no lo serían en el caso de ser desarrolladas por un tercero ajeno a la empresa, teniendo este último derecho a ampliar el ámbito de sus negocios y el círculo de sus clientes, cualesquiera que sean los empresarios a quienes perjudique en ejercicio de

²³ DE VAL TENA, A. L., *El pacto de no concurrencia en el derecho español*, volumen 5, n° 1 del 2013, pp. 3

²⁴ ASISTALIA ABOGADOS, *Análisis de pacto de no concurrencia postcontractual en las relaciones laborales ordinarias comunes*, 2017

su libertad concurrencial. Como el Estatuto de los Trabajadores no da cobertura al tercero ajeno a la empresa, es necesario complementarlo con la Ley de Defensa de la Competencia, que cubre actos de competencia desleal tanto de trabajadores como de terceros. La LCD alcanza a empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (artículo 3).²⁵

Bajo la rúbrica de «explotación de la reputación ajena», el artículo 14 considera desleal el aprovechamiento indebido, en beneficio propio o ajeno, de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado. En el caso del trabajador, no hay duda de que esto sucede cuando no informa a los clientes de su antiguo empleador sobre el cese de la relación laboral y sobre el hecho de que trabaja para otra empresa o que trabaja por cuenta propia. Sin embargo, cuando se trata de un tercero ajeno a la empresa, es más complicado de probar que está explotando la reputación ajena si el trabajador no le informa de que tiene un pacto de no competencia postcontractual con el antiguo. Tal comportamiento es susceptible de constituir una omisión engañosa del artículo 7 LCD porque le está ocultando la información necesaria para que el empresario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa.

Por su parte, el tercero ajeno a la empresa puede inducir a la infracción contractual si conoce la actual situación de concurrencia del trabajador. Por lo tanto, se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores, siendo necesario la intromisión de un agente externo en las relaciones contractuales externas, tal y como lo exige el artículo 14 LCD. Las conductas recogidas son:

- ❖ Inducción a la terminación regular de un contrato.
- ❖ Aprovechamiento de una infracción contractual ajena. Además, se requiere que:
 - ❖ Las conductas sean conocidas.
 - ❖ Que tengan por objeto la difusión o explotación de un secreto o se realicen con la intención de engañar o de eliminar un competidor.²⁶

²⁵ AGRA VIFORCOS, B., *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral: estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de León, León, 2003, pp. 285

²⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp.126

Por otra parte, si el trabajador no firmó un pacto de no competencia una vez extinguido su contrato, éste puede aprovechar los conocimientos y experiencia adquiridos para seguir desarrollando su actividad en otra empresa. No obstante, contactar con los clientes de la anterior empresa puede ser considerado competencia desleal, en cuyo caso deberá indemnizar al empresario por daños y perjuicios. Para que este acto puede ser considerado explotación de un secreto empresarial (artículo 13 LCD) en «Competencia desleal», de la editorial Lefebvre se indica que²⁷:

- ❖ El listado debe tener valor comercial por sí mismo.
- ❖ Es necesario que la empresa haya tomado medidas para mantener dicha información en secreto.

En estos casos, para que la empresa pueda demostrar que efectivamente tomó medidas en este sentido, es importante que firme un compromiso de confidencialidad con el trabajador por el que se compromete a no utilizar para otros fines esa información.

A la vez, la misma revista nos indica que *intentar* captar clientes de la antigua empresa puede constituir un acto de competencia desleal:

- ❖ Como acto de confusión (artículo 8): «Se considera desleal todo comportamiento que resulte idóneo para crear confusión con la actividad, las prestaciones o el establecimiento ajenos».
- ❖ Como acto de denigración (artículo 9): «Se considera desleal la realización o difusión de manifestaciones sobre la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero que sean aptas para menoscabar su crédito en el mercado, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes».

En estos dos supuestos, el antiguo empresario sí que podrá exigir que cese esa actuación y una indemnización por daños y perjuicios.

Por último, si el trabajador induce a la terminación de un contrato o al aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena, sin que tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas, no se podrá reputar desleal (artículo 14.2 LCD).

²⁷ *Competencia Desleal*, PDF descargado de la editorial Lefebvre, 2001, pp. 8

2. Requisitos generales

2.1 Capacidad

En virtud del artículo 1261 CC para que un contrato sea válido se requiere que concurren consentimiento, objeto y causa. Además, a estos tres requisitos se le deberá añadir el requisito de capacidad jurídica del art. 1263 CC. No tienen plena capacidad de obrar, y, por lo tanto, tampoco para trabajar los menores no emancipados y los que tienen su capacidad modificada judicialmente por imperativo legal.²⁸

El artículo 21.2 ET no dice nada respecto a la capacidad. Sin embargo, otros preceptos del Estatuto de los Trabajadores dirimen esta cuestión. Las personas con capacidad plena, no hay duda de que pueden optar al puesto de trabajo que deseen. Los menores mayores de 16 años pueden trabajar (art. 7.b ET), siempre que cuenten con el consentimiento de sus padres o tutores. Sin embargo, éstos no pueden realizar horas extras ni trabajos nocturnos (art. 6.2-3 ET) y, además, precisan, al tener capacidad limitada, la autorización expresa o tácita de su representante legal para realizar el pacto de no concurrencia postcontractual. Por debajo de esta edad, la contratación está prohibida, salvo para los trabajos en espectáculos públicos, de manera excepcional y en todo caso, deberá constar autorización por escrito (art. 6.4 ET). Al tratarse de un supuesto excepcional en el que se requiere que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana, la celebración de un pacto de no competencia postcontractual debería reputarse nula. No sólo porque el ordenamiento jurídico contempla el trabajo de los menores de 16 años como una excepción a una norma de derecho necesario absoluto, sino porque la alteración de esta norma de orden público es excepcional y se encuentra limitada material y temporalmente.²⁹

2.2 Consentimiento

El consentimiento en el pacto de no competencia no puede estar viciado por error, violencia, intimidación o dolo (art. 1265 CC). La restricción de la libre iniciativa económica del trabajador debe ser voluntariamente asumida y, en consecuencia, ha de ser el resultado de una manifestación no equívoca de voluntad y de un consentimiento

²⁸ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 191

²⁹ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 77

específico en torno al pacto y a cada uno de los requisitos a los que se condiciona legalmente su validez.³⁰

La STSJ de Madrid de 24 de septiembre de 2020 declara que no hubo vicio en el consentimiento que permitiera anular el pacto extintivo del contrato laboral, el cual incluía una obligación de no concurrencia. Ese vicio en el consentimiento era un error sobre el objeto del contrato que consistía en una mejora prestacional.

El valor liberatorio del finiquito veda el ejercicio de la acción entablada posteriormente por la empresa a raíz del incumplimiento del pacto de no concurrencia, siempre que la declaración de voluntad sea inequívoca en relación con la acción concreta a la que se renuncia, carente de vicios del consentimiento (STSJ Madrid de 18 de mayo de 2020).

En la sentencia del Tribunal de Valladolid de 1 de octubre de 2020 el pacto de no concurrencia se impugnó por transgresión de buena fe contractual porque hubo vicios de consentimiento y por la ausencia de asesores o representantes de los trabajadores que pudieran asistir al trabajador.

2.3 Forma

El artículo 21.2 ET no exige ningún requisito de forma para el pacto de no concurrencia postcontractual, por lo que el pacto podrá ser tanto redactado por escrito como verbalizado, de conformidad con el principio general de libertad de forma (artículos 1258 CC y 8 ET). La STS de 6 de marzo de 1991 exige que «el pacto sea expreso y se pruebe su existencia». Resulta conveniente que el pacto de no concurrencia accesoria al contrato de trabajo tenga forma escrita. En el supuesto de que el pacto se celebre con independencia del contrato de trabajo, no parece necesario formalizarlo por escrito. Sin embargo, la doctrina ha sostenido la necesidad de su realización por escrito debido a la inseguridad jurídica que produce el pacto si no se formaliza por escrito y a la dificultad de probar un pacto concluido verbalmente.³¹

La forma escrita tan sólo podría pasar a ser un requisito constitutivo cuando así se establezca en la negociación colectiva, o cuando las partes lo decidan de mutuo acuerdo

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Límites a la competencia y contrato de trabajo*, Universidad de Huelva, pp. 28

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., *Límites a la competencia y contrato de trabajo*, Universidad de Huelva, pp. 492

(art. 8.2 *in fine* ET).³² Sin embargo, el profesor Jaime Castiñeira Fernández³³ cuestiona la legalidad de este tipo de pactos celebrados en convenio colectivo citando a Alonso Olea «la parte del convenio representa a los trabajadores como grupo, a sus intereses, y no puede disponer de los derechos personalísimos individualizados de un trabajador en concreto: lo contrario implicaría un pacto contrario a "la libertad individual"». En conclusión, el pacto supone una restricción a la libertad de trabajo y resulta dudoso poder limitar esta libertad en la contratación colectiva.

3. Requisitos específicos

La validez del pacto de no competencia depende de los siguientes requisitos, según el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores:

- ❖ Límite temporal
- ❖ Efectivo interés industrial o comercial del empresario
- ❖ Compensación económica adecuada para el trabajador

3.1 Límite temporal

El ET fija una duración máxima del pacto de dos años para los técnicos y de seis meses para el resto de los trabajadores; así se evita que el empresario pueda abusar de su posición de dominio, pudiendo establecer una duración superior a la razonable según los conocimientos adquiridos por el trabajador y el trabajo prestado por éste, y al mismo tiempo que actúe, como cortapisa al derecho al trabajo, consagrado en nuestra CE.

Dentro del margen que permite el ET el empresario debe atenerse a los conocimientos específicos que haya aprendido el trabajador en su puesto de trabajo o «al nivel de dependencia que pueda tener el empresario respecto al trabajador que ha estado en contacto con sus intereses competitivos».³⁴ Aun así, la autora reconoce que, «a veces, pese a la menor cualificación profesional del trabajador también representa un peligro para el empresario por haber estado en contacto con los principales clientes y proveedores de la empresa».

³² NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 84

³³ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 195 y 196

³⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 8

No siempre resulta sencillo diferenciar el concepto “empleado técnico” del “resto de trabajadores”. P Charro Baena en «El Pacto de no competencia postcontractual» establece como criterios delimitadores de “técnico” la categoría que efectivamente hubiese ostentado, la formación y cualificación personal del trabajador, y no tanto el nivel jerárquico, mientras que el “resto de los trabajadores” se sitúan en una posición jerárquica inferior a la de los técnicos, y dentro de dicho grupo encontramos trabajadores con funciones directivas, de organización y de control. Resulta evidente que el mayor acceso a los intereses competitivos del empleador supone un mayor riesgo competencial para la empresa cuando se extinga su contrato de trabajo, y prueba de ello es una mayor duración del pacto.³⁵

La doctrina judicial confirma que «el límite temporal» constituye un requisito esencial para la validez del pacto. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de mayo 2004 declaró nulo el pacto de no concurrencia porque el pacto de no concurrencia futuro no estipulaba la duración convenida entre las partes. Sin embargo, la STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2020 sí que declaró válido el pacto de no competencia postcontractual «pues de los requisitos que deben concurrir para su validez se cumple tanto el de la duración - breve para la categoría profesional del recurrente en que el plazo de no concurrencia no excede de seis meses - como por satisfacer al trabajador una compensación económica adecuada al ser proporcional a la duración del compromiso y por tanto la cuantía de la indemnización». Además, en este caso, se señalaba un ámbito geográfico «dentro del ámbito geográfico del Estado Español», lo que no es una exigencia del artículo 21.2 ET, ni siquiera habitual. En cualquier caso, si se determina el ámbito geográfico es preciso limitarlo «al área de actuación y de influencia del propio trabajador»³⁶. Así, por ejemplo, la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2019 redujo el ámbito geográfico a la ciudad de Madrid en contraposición a la sentencia de contraste dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 6 de octubre de 2020 en la que el Juez entiende que no hay coincidencia geográfica «ya que antes el trabajador prestaba servicios en Zona centro y en la nueva empresa lo hace en Canarias, Baleares, Barcelona, Gerona y Valencia». La STSJ Andalucía de 4 de febrero 2003 declaró nulo el pacto «por establecerse en el pacto

³⁵ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 187

³⁶ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 202

de no concurrencia un ámbito territorial superior al que originariamente había sido contratado al trabajador, ya que limitándose la empresa su ámbito territorial a Jerez de la Frontera, no puede extenderlo para el trabajador a las provincias de Sevilla, Málaga y Huelva». Si el pacto no dice nada al respecto, el Juez delimitará el ámbito espacial atendiendo al interés empresarial.³⁷ Si el negocio tiene una dimensión nacional y el trabajador ha tenido contactos al mismo nivel, el pacto abarcará todo el territorio nacional. La doctrina judicial cita los siguientes criterios para delimitar «el área de influencia» o «la radio de actividad»³⁸:

1. El número de establecimientos de la empresa.
2. El tamaño de la población.
3. El tamaño de una y otra empresa.
4. La condición de representante de comercio del trabajador puede llevar a considerar precedente el despido aun cuando las empresas tengan «una diferente localización geográfica». La STSJ Valencia de 24 de enero de 1996 es ejemplificativa en este sentido. El agente prestaba sus servicios para la empresa demandada en la zona de Levante y para la otra en la norte; tal apreciación, empero, es errónea, porque tras haber trabajado para la demanda de la zona norte, al empezar a vender productos de la competencia para otra empresa en dicha zona estaba visitando a los clientes de aquella que conocía y vendiendo allí productos de la nueva empresa en competencia con la anterior, con lo cual realmente sí que competía con aquella.

3.2 Efectivo interés industrial o comercial del empresario

La sentencia de 10 de julio de 1991 del Tribunal Supremo reitera para la validez del pacto de no concurrencia la exigencia de dos requisitos, «que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario y que se establezca una compensación económica».

El pacto es válido desde el momento que se acuerda por las partes si cumple con este requisito, además de haber pactado una duración. La compensación económica ha de ser adecuada a los conocimientos adquiridos por el trabajador. La cantidad puede ser subsanada por el Juez, pero éste no puede fijar la compensación económica si en el pacto

³⁷ PEDRAJAS MORENO A. y SALA FRANCO, T., *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 30 y 31

³⁸ AGRA VIFORCOS B., *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral: estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de León, León, 2003, pp. 302

se omitió, lo que hace el pacto nulo *ab origine* y no puede reconocérsele efectividad alguna, tal como sucede en la sentencia mencionada arriba.

El contrato de trabajo tiene la duración que las partes hayan convenido, sin que el pacto de no concurrencia deba verse afectado por ello. Sin embargo, hay ciertos contratos que son problemáticos. Abdón Pedrajas Moreno y Tomás Sala Franco se refieren a los contratos temporales y los contratos eventuales, ya que su limitación en el tiempo hace que muchas veces el trabajador no adquiera conocimientos suficientes para hacer competencia al empresario para después de extinguido el contrato de trabajo.³⁹

En la STSJ Madrid de 13 abril 2000 el trabajador no llegó a estar en la empresa un año tras haber declarado que el despido era improcedente. El tribunal confirmó que «dado el breve tiempo de relación laboral entre las partes el actor no había tenido acceso a información relevante de la empresa ni trabajó con clientes de la misma, faltó el requisito esencial para el pacto de no competencia consistente en que el empresario tenga un efectivo interés comercial o industrial». En la STSJ Cataluña de 15 de octubre de 2002 se trataba de un contrato eventual en el que el trabajador estuvo trabajando poco más de seis meses, sin embargo, la cantidad que se exigía como indemnización por incumplimiento al trabajador era muy superior a la que éste percibía en cumplimiento de la cláusula; el tribunal declaró que constituía abuso de posición dominante por parte del empresario, y consecuentemente, el pacto era nulo. En este caso, la compensación económica no era proporcional.

Debido a la corta duración de un contrato eventual, con duración de seis meses prorrogables en seis meses, resulta complicado que el trabajador vaya a adquirir conocimientos que le sitúen en ventaja para hacer competencia a su *ex empleador*. Los pactos de no concurrencia para después de extinguidos los contratos formativos son prácticamente inexistentes debido a la finalidad de éstos ya que es introducir al trabajador en la vida laboral, no adquirir conocimientos específicos de una materia. Lo mismo cabe pensar de los contratos de relevo ya que los trabajadores ocupan una plaza vacante a tiempo parcial, en virtud de los artículos 11 y 12 ET respectivamente.

³⁹ PEDRAJAS MORENO A. y SALA FRANCO, T., *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 30 y 31

Por último, como regla general ningún contrato laboral con la Administración Pública va a poder extinguirse con un pacto de no competencia porque como ente de Derecho Público no puede tener ningún «efectivo comercial o industrial», en base al artículo 21.2 ET.

3.2.1 Delimitación de las actividades competitivas

La doctrina establece unos criterios para dilucidar el carácter competitivo de dos empresas, pues solo así se podrá acreditar verdaderamente la existencia de un efectivo interés industrial y comercial en la actividad desarrollada por el trabajador. Estos son: la pertenencia a la misma rama industrial o comercial, la dedicación a actividades iguales o equivalentes, la coincidencia de los objetos sociales, la comercialización de productos o servicios iguales y la incidencia en el mismo ámbito y clientes potenciales.⁴⁰

3.2.1.1 La pertenencia a la misma rama industrial o comercial

La pertenencia a un mismo sector industrial o comercial no conlleva necesariamente competencia diferencial porque el sector comercial en cuestión al que ambas empresas pertenecen puede no conllevar la coincidencia de mercado, por lo que la conducta no será desleal.

En la STSJ de Andalucía de 17 de septiembre de 1999 del pacto de no concurrencia que establecieron las partes se deriva que el trabajador no podía prestar sus servicios en ninguna empresa de la misma actividad, cualquiera que fuera por tanto la categoría profesional que desempeñara en ésta. La sentencia declara que «no hay competencia diferencial en el supuesto de que los servicios a prestar para la nueva empresa no guarden relación alguna con los prestados para la anterior por cuanto en tal caso, comportaría vulneración del derecho constitucional que asiste al trabajador a la libre elección de profesión y oficio (art. 35 CE)».

3.2.1.2 La dedicación a actividades iguales o equivalentes

Para saber si la segunda empresa se dedica a actividades iguales o equivalentes que la anterior hay que prestar atención a los productos ofertados en la medida en que, si son

⁴⁰ AGRA VIFORCOS, B., *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral: estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de León, León, 2003, pp. 294

idénticos, cabe deducir fácilmente la concurrencia en un mismo plano y la existencia de iguales clientes potenciales.⁴¹

Por ejemplo, en la STS de 2 de enero de 1991 «el trabajador venía prestando sus servicios a "3M España. S. A.", ostentando el cargo de ventas de productos eléctricos, por lo que tenía encomendada la comercialización y venta de los productos eléctricos, electrónicos y de telecomunicación. [Se pactó el pacto de no concurrencia postcontractual. Sin embargo, el trabajador pasó a prestar servicios a "Elcón Electro Accesorios. S. A."], siendo su objeto social fundamentalmente la fabricación y comercialización de aparatos de aplicaciones eléctricas de comunicación y telemando en general: de hecho, buen número de los productos elaborados y comercializados por "Elcón" figuraban también en los catálogos de "3M España, S. A.» Por lo tanto, si ambas empresas se dedicaban a la comercialización de aparatos electrónicos, concluimos que existía una identidad en la actividad profesional.

Comparadas las actividades de ambas explotaciones y el ámbito en el que las despliegan, averiguaremos si existe una coincidencia real en el mercado para comercializar productos o bienes destinados a satisfacer idénticas necesidades a unos mismos clientes potenciales.⁴²

2.2.1.3 La coincidencia de objetos sociales

La identidad de objetos sociales tampoco puede ser determinante por sí sola. Si éste fuera el criterio seguido para delimitar lo que está prohibido al trabajador, quedaría «absolutamente constreñida [su] posibilidad de actuación»⁴³, impidiéndole trabajar en ámbitos en los cuales no concurre el empresario.

Por ejemplo, la STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2020 declara «pese a que los objetos sociales de ambas empresas, a lo que se accede por inferirse de ellos que las actividades de ambas empresas son las de agencias de transporte nacionales e internacionales, almacenistas, etc. ... lo que es la logística del transporte [pero] lo que aquí nos interesa es las funciones que el actor realizaba y realiza en una y otra empresa». En este caso, «el trabajador había venido prestando servicio como Oficial de 1 de Administrativo en el

⁴¹ y ⁴² AGRA VIFORCOS, B., *Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral: estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores*, Universidad de León, León, 2003, pp. 297

⁴³ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 144

centro de trabajo que la actora posee en Mairena del Aljarafe, dedicado a la actividad de almacenamiento y actividades anexas al transporte de mercancías, incluyendo la contratación del transporte de mercancías por carretera. El mismo día en que el demandado extinguió su relación laboral con la empresa demandante comenzó a prestar servicios para la agencia de transportes Trans CAT S.L. en Sevilla servicios de transportes a clientes». Del supuesto se puede observar que, si bien ambas empresas concurrían en el objeto social, el trabajador cumplía diferentes funciones en cada una de ellas: en el primer caso, se dedicaba al almacenamiento y contratación del transporte de mercancías por carretera y, en el segundo, al asesoramiento al cliente.

3.2.1.4 La incidencia en el mismo ámbito y clientes potenciales

La clientela es uno de los efectivos intereses industriales y comerciales del empresario.

La doctrina considera que «cuando no existe pacto de plena dedicación, la prohibición se limita a la concurrencia desleal; es decir, a actividades que se desarrollen dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la Empresa principal, por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas de manera desleal, con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la Empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a su sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla, por alterar el juego de la libre competencia, a través de proporcionar una posición de ventaja para la segunda actividad; potencial perjuicio que, además, según la jurisprudencia, ha de presumirse como presunción *iuris tantum*» (STSJ Madrid de 29 de marzo de 1990).

Esto también se aplica al pacto de no concurrencia postcontractual. Aunque el pacto no cubra los intereses del empresario en proteger la clientela, ésta ya queda protegida por la Ley de Competencia Desleal, de manera que cualquier acto por parte del trabajador que suponga una inducción de los clientes del *ex empleador* se considerará desleal (artículo 14 LCD).

3.3 La compensación económica

El último requisito exigido por el artículo 21.1 del ET para que el pacto de no concurrencia sea válido consiste en la satisfacción de la compensación económica.

3.3.1 La compensación económica adecuada

Además de ser necesario acreditar la existencia de un interés industrial por el empresario «es imprescindible el abono de una compensación económica por el establecimiento de un pacto de no competencia, compensación que debe ser adecuada para dotar de validez y eficacia al compromiso, ya que tratándose de una obligación bilateral, con derechos y obligaciones recíprocas, ambas partes deben encontrarse en posiciones más o menos equilibradas, evitando toda situación de desigualdad manifiesta o abuso de derecho» (STSJ de Valencia de 15 de junio de 2007).

La STSJ de Las Palmas de Gran Canaria de 29 de enero de 2015 señala que «el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrada en el art. 35 CE y del que es reflejo el art. 4.1 ET, recogido en el art. 21.2 ET, requieren para su validez y licitud, aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos; por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del CC no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes contratantes; dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del CC». En el mismo sentido, la STS de 14 de mayo de 2009 considera que la cláusula ostenta carácter indemnizatorio porque genera *expectativas* para ambas partes.

La doctrina judicial exige que el momento de la fijación de la compensación económica sea en la conclusión del pacto de no competencia postcontractual. Así, en la STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2000, entre otras, «no se determinaba la compensación económica que por tal renuncia y compromiso al trabajador correspondía, en el pacto se incluía la fórmula o cláusula de que "se fijará oportunamente" - cuando el momento oportuno de tal fijación lo era legalmente el del otorgamiento del pacto». En la STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2000 ni siquiera existía un pacto de no competencia postcontractual, el contrato de trabajo sólo contenía «una cláusula de no competencia que se prolongaba un año extinguido el contrato».

Cabe resaltar que no hay que confundir el momento en el que se debe fijar la compensación económica con el momento a abonarla.

En virtud de la STS de 28 de junio de 1990, el precepto atañe a la autonomía individual de las partes; dice así «son empresario y trabajador quienes, de mutuo acuerdo, determinan y fijan la compensación económica que estiman más adecuada y conveniente a sus intereses».

La STS de 10 de julio de 1991 sienta jurisprudencia en la fijación de la cuantía de la compensación económica porque «la fijación unilateralmente de la compensación económica no puede ser subsanada por el órgano jurisdiccional mediante pronunciamiento constitutivo que produce la integración del pacto con la propia actividad judicial». Siendo, como lo es, requisito esencial de validez y licitud del pacto la fijación de la compensación económica, si dicho requisito no concurre como sucede en el presente caso es evidente que tal pacto es nulo *ab origine* y no puede reconocérsele efectividad alguna. Por lo tanto, el juez no tiene potestad para establecer el *quantum* de la compensación al margen del acuerdo de las partes. No obstante, el Juez puede corregir el *quantum* si éste lo considera abusivo. La STSJ de Cataluña de 16 de mayo de 2000, también, determina nulo el pacto porque en él se decía que la compensación económica «se fijará oportunamente» cuando debía quedar ya fijado, y no así, quedando al arbitrio del empresario. En el lado opuesto, encontramos la STSJ de Madrid 29 de octubre de 2010 en la que «la compensación económica se fue incrementando por mutuo acuerdo de las partes, es decir, no por unilateral decisión del empresario y conforme los actores iban asumiendo posiciones de mayor responsabilidad». Sin embargo, se ponía en cuestión que la compensación pactada fuera adecuada, en cuyo caso se aplicaría el art. 9.1 ET que establece que la parte que no es nula del contrato permanece válida, y en lo restante las partes pueden exigirse la restitución de lo que hubieren dado.

La jurisprudencia puede entrar, por lo tanto, a valorar la adecuación de la compensación económica y corregirla o bien declarar el pacto nulo si es abusiva. La STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 2004 declaró el pacto nulo porque «no puede sostenerse que la compensación fuera adecuada en relación con la penalidad prevista para su incumplimiento, que supone devolver la cantidad percibida por dos pactos distintos y además una indemnización del duplo de lo percibido por daños y perjuicios». Las STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2002 y la STS de 2 enero de 1991 también optaron por corregir la cuantía de la compensación. En esta última, se redujo el

plazo pactado a seis meses por imperativo del citado art. 21.2 del ET y «proporcionalmente se redujo en la misma proporción la cuantía de la indemnización que el trabajador tenía que abonar a la empresa demandante». La más reciente STSJ de Andalucía de 9 de septiembre de 2019 dicta que «la moderación de la responsabilidad atribuible al trabajador puede modularse en atención a las circunstancias de su establecimiento y a la relación del cálculo desproporcionado de la indemnización en relación con los pagos efectuados». A todo esto, cabe destacar que, de manera extraordinaria, la compensación económica queda sometida a control judicial.

3.3.2 ¿Cómo se establece la compensación?

La anterior sentencia hace referencia a la problemática de la indeterminada expresión legal del art. 21.2. del ET «que no ofrece un módulo, parámetro o criterio rector al respecto» al disponer que el trabajador debe de recibir del empresario una indemnización económica *adecuada*. Así pues, las partes en el momento de celebración del acuerdo postcontractual deben establecer los criterios o módulos con arreglo a los cuales tal determinación pueda producirse en un momento posterior. Dentro del margen de la autonomía de la voluntad del art. 1255 CC, las partes pueden pactar de mutuo acuerdo dejar la determinación de la compensación al criterio de un tercero o al de una de las partes. También cabría que las partes acudieran a un arbitraje para su determinación, siempre que en el mismo se asegure la imparcialidad.

La jurisprudencia española ha llegado a la firme convicción de que no se indemniza el lucro cesante, sino que la cantidad a percibir tiene que estar en relación con el salario que recibía el trabajador del empresario que desea realizar el pacto. Sin embargo, la doctrina⁴⁴ establece que «no hay que abonar únicamente la cantidad equivalente a los salarios dejados de percibir durante el tiempo en que despliega sus efectos el pacto, sino también que se compense la ocasión de ganancia de la que se priva al trabajador».

Hay que tener en cuenta que «la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la competencia 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

⁴⁴ DE VAL TENA, A. L., *El pacto de no concurrencia en el derecho español*, volumen 5, n.º 1 del 2013, pp. 8

plazo se reduce, también se reducirá este importe», en virtud de la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2000, la cual se basa en la precedente STS de 2 de enero de 1991.

Los dos criterios doctrinales para la adecuación de la compensación económica consisten, bien en establecer una coincidencia entre la compensación y la retribución total que el trabajador viniera percibiendo, incluyendo comisiones y complementos, o bien en atender a la valoración del patrimonio profesional del trabajador, es decir, el conjunto de conocimientos y experiencia acumuladas que suponen la adquisición de una determinada especialización. No obstante, las partes de mutuo acuerdo establecerán los aspectos relevantes a considerar para la compensación. Por último, se deberá tener en cuenta las posibilidades de empleo que resten al trabajador, es decir, las posibilidades reales de colocación y el tiempo que dure esa limitación. En opinión de los autores, el primer criterio es desproporcional porque el trabajador siempre tendrá un campo residual de actuación laboral y, por ello, el sacrificio a su libertad de trabajo no es total.⁴⁵

3.3.3 Momento del abono de la compensación económica

Los dos supuestos más habituales para el efectivo abono de la compensación económica son durante la vigencia del contrato de trabajo y una vez extinguido éste. No obstante, cabe un último supuesto que consiste en efectuar la compensación al finalizar el tiempo de duración del compromiso de abstención asumido por el trabajador, pero casi nunca se da en la práctica.⁴⁶

En general puede afirmarse que en principio es válida la percepción anticipada de la indemnización siempre que sea determinada.⁴⁷ Así lo confirma la doctrina judicial en las siguientes sentencias, entre otras: la STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003 en la que se pactó una compensación económica de carácter periódico cuya cantidad a abonar se distribuía entre la firma del documento, durante la vigencia del contrato y tras la finalización de éste; en la STSJ de Andalucía de 17 de septiembre de 1999 la compensación que se pactó constaba de un pago único durante la vigencia del contrato y en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2002 la cantidad de la compensación también se percibía como pago periódico. Además, en la primera y en la

⁴⁵ PEDRAJAS MORENO A. y SALA FRANCO, T., *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 47

⁴⁶ y ⁴⁷ PEDRAJAS MORENO A. y SALA FRANCO, T., *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 56

última sentencia que cito, el trabajador tuvo que devolver las cantidades percibidas por incumplimiento del pacto de no concurrencia.

Dado que el pacto de no competencia postcontractual empieza cuando se extingue el contrato de trabajo, no parece extraño que en ese momento surja la obligación de abonar la compensación económica al trabajador. Es el supuesto más común, el que se recoge en la gran mayoría de sentencias ya citadas: la STS de 10 de julio de 1991, la STSJ de Cataluña de 20 de julio de 2000 y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de junio de 2007 en las que se fijaba una cantidad a abonar como pago periódico, mientras que la STSJ de Madrid de 1 de febrero de 2000 el empresario abonaba al trabajador bajo el concepto de “EXCLUSI”.

Por último, el supuesto más inusual es el que comentaba al inicio: abonar la compensación económica una vez extinguido el pacto de no concurrencia postcontractual. Se comprende que este tipo de pacto pueda ser fácilmente rechazado por el trabajador porque le desincentiva para cumplir con el pacto, pero, por otra parte, desde la perspectiva del empleador es lo que más conveniente resulta porque las partes no han de pactar una posible indemnización para el caso de incumplimiento por parte del trabajador de su obligación de abstenerse de hacer competencia durante el tiempo que sea necesario, teniendo en cuenta los límites del art. 21 ET. Así pues, el pacto ya lleva implícita la sanción al trabajador por no cumplir el pacto de no concurrencia postcontractual: no recibe la compensación económica.⁴⁸ La famosa STSJ de Madrid de 9 de febrero de 1990 muestra que el abono de la compensación económica quedaba condicionado al cumplimiento por parte del trabajador del pacto durante el tiempo pactado. El trabajador incumplió el pacto, de tal manera que la obligación de efectuar la compensación económica no llegó a nacer, en virtud del artículo 1114 CC porque la compensación se sometió a condición suspensiva. Más extraordinario es todavía el supuesto de la STS de 24 de septiembre de 1990 en el que las partes pactaron una compensación económica a satisfacer en dos plazos; 50 por 100 en el momento de la extinción y la otra mitad al año del término del contrato.

⁴⁸ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 200

3.3.4 La naturaleza jurídica de la compensación económica

Para comenzar resulta preciso establecer la diferencia entre las compensaciones percibidas tras la extinción del contrato y las compensaciones percibidas durante la vigencia del contrato de trabajo.

3.3.4.1 Compensaciones percibidas tras la extinción del contrato

La compensación, cuando se percibe tras la finalización del contrato de trabajo, tiene carácter indemnizatorio, dado que viene a compensar el perjuicio que se causa al trabajador al restringirse su libertad de trabajo. La STSJ País Vasco de 30 de marzo de 1993 declara que «se trata de una indemnización impropia porque no existe ni un resarcimiento de daños ni un incumplimiento contractual». La STSJ de Cataluña de 17 de marzo de 2004 y la más reciente STSJ de Madrid de 30 de abril de 2020 consideran, también, que la cláusula que regula el pacto de no concurrencia postcontractual tiene carácter indemnizatorio. El importe a percibir por el trabajador debe considerarse excluido de la base de cotización por entenderse equivalente a cualquier indemnización por el cese de la relación laboral. La indemnización tiene carácter voluntario y no es consecuencia de una extinción contractual ni se la considera salario (art. 26.2 ET), por lo tanto, no hay que cotizar por ella en la Seguridad Social.

Sin embargo, debemos prescindir de lo anterior si atendemos al recto criterio mantenido por la propia Tesorería General de la Seguridad Social, la cual, a través de la Subdirección General de Ordenación e Impugnaciones, en contestación a la consulta número 83-2016, de 29/11/2016, Expte. 353-2016, expresamente manifiesta que las cantidades que los trabajadores perciban en virtud de los pactos de no competencia con posterioridad a la extinción de la relación laboral, se considerarán devengadas en el momento del cese, con independencia del pago, y deberán ser objeto de cotización mediante la presentación de la liquidación complementaria correspondiente a las doce mensualidades inmediatamente anteriores a la fecha del cese del trabajador, aun cuando se exceda de las mensualidades vencidas en el año natural de devengo, de acuerdo con los actuales términos del artículo 23.2.b) en relación con el artículo 16 del Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social.

3.3.4.2 Compensaciones percibidas durante la vigencia del contrato

Cuando se fracciona el pago de la compensación económica durante la vigencia del contrato, ésta se incluye en la nómina y se cotiza por ella en la Seguridad Social (STSJ

Madrid de 18 de mayo de 1992). La compensación económica tiene naturaleza salarial, aunque no es salario propiamente dicho (art. 26 ET) porque esta surge como consecuencia de un pacto accesorio al contrato de trabajo. En las sentencias ya mencionadas del TSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003, del TSJ de Andalucía de 17 de septiembre de 1999 y la del TSJ de la Comunidad Valenciana de 9 de abril de 2002 ambas partes pactaron una compensación económica durante la vigencia del contrato, por lo tanto, con carácter salarial.

En opinión de Jaime Castiñeira Fernández no puede equipararse a una prestación salarial ya que no cumple la función de un salario ni en la intención de las partes está el considerarlo como tal, sino que nos encontramos ante una indemnización.⁴⁹

4. Rescisión unilateral del pacto

Las partes pueden de mutuo acuerdo rescindir el pacto de no competencia postcontractual antes de que llegue a término, ya sea durante la vigencia del contrato de trabajo o tras su extinción.

No es posible la rescisión unilateral del pacto, ya venga de parte del trabajador o venga del empresario. La bilateralidad del pacto resulta un requisito esencial para su validez. Si el trabajador pudiera rescindir unilateralmente el pacto el interés del empresario quedaría desprotegido.

Por otra parte, tampoco cabe la rescisión unilateral por el empresario. Sin embargo, los pronunciamientos de nuestros tribunales admiten esta posibilidad siempre que se establezca un pacto de preaviso.

La STSJ de Cataluña de 8 de abril de 2003 admite la facultad de la empresa para poner fin a los efectos del pacto de no concurrencia, al finalizar el contrato de trabajo o posteriormente, con un preaviso al trabajador tal circunstancia en el plazo de 15 días. En el mismo sentido, la STSJ de Madrid de 13 de abril 2004 decía «la empresa, unilateralmente, podrá liberar en cualquier momento al trabajador de la presente cláusula, quedando a la vez liberada de la obligación económica que se regula, obligándose en su caso la Empresa a notificar fehacientemente a la trabajadora de dicha circunstancia en

⁴⁹ CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977, pp. 201

plazo no superior a 15 días naturales desde la extinción o desde la concesión de la libertad regulada en la presente cláusula».

5. Incumplimiento del pacto

5.1 Incumplimiento del empresario

Si el empresario incumple la obligación de satisfacer una compensación económica al trabajador derivada del pacto regulador por el artículo 21.4 ET, deberá atenerse a las posibles consecuencias jurídicas. El artículo 21 no establece ningún tipo de consecuencia conectada con un eventual incumplimiento por las partes del contrato. Por eso, debemos reconducir la cuestión a la teoría general de los contratos.⁵⁰

Las acciones ejercitables por el trabajador son las siguientes:

- ❖ Pretensión de cumplimiento. El trabajador podrá exigir el cumplimiento de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses (arts. 1100 y 1124 CC). Por medio de esta acción, el trabajador puede obtener una sentencia condenatoria del empleador en la que se reclame la cuantía acordada y no abonada. El plazo de prescripción para ejercitar la acción es de un año desde el día en que la acción pudiera ejercitarse, es decir, desde el cumplimiento de su obligación de abstención (artículo 59.2 ET). De estimarse judicialmente la pretensión, le permitirá instar la ejecución forzosa de la cantidad adeudada a través del procedimiento específico de ejecución dineraria (artículos 248 a 277 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).
- ❖ Acción resolutoria. El trabajador podrá exigir la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses (arts. 1100 y 1124 CC). Por medio de esta acción, el trabajador podrá pedir la resolución del pacto de abstención en el orden social en el plazo de un año desde que tuvo conocimiento (artículo 59.2 ET). Mientras no se haya dictado resolución judicial el trabajador sigue obligado a cumplir su obligación de no competencia. No obstante, en los casos de mero retraso en el pago de la obligación empresarial, el trabajador deberá continuar cumpliendo su obligación y reclamar judicialmente el pago de las cantidades no consignadas, así como los intereses que sean procedentes.

⁵⁰ PEDRAJAS MORENO A. y SALA FRANCO, T., *El pacto de no concurrencia postcontractual*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 76

5.2 Incumplimiento del trabajador

En el supuesto de que sea el trabajador quien incumpla su obligación de abstenerse de hacer competencia al *ex empleador* dentro del mercado y el periodo de tiempo que las partes habían acordado (artículo 51.4 ET). El empresario puede accionar los siguientes mecanismos:

- ❖ Pretensión de cumplimiento. El empresario también podrá de igual modo que el trabajador exigir el cumplimiento con el resarcimiento de daños y abono de intereses (artículos 1101 y 1124 CC). La pretensión empresarial de ejecución de una obligación de carácter personalísimo se enfrenta al problema de compeler a alguien a realizar algo. Como solución, el artículo 709 LEC activa dos mecanismos alternativos: de un lado, pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer, y de otro, solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal.

En el caso de que se logre cesar la actividad que el trabajador estaba llevando a cabo, resulta preciso diferenciar si el incumplimiento se produjo a consecuencia del desarrollo de una actividad por cuenta propia o por cuenta ajena.

En el caso de que la actividad que realice el trabajador sea por cuenta propia, cabría solicitar judicialmente el cierre del establecimiento hasta el cumplimiento del tiempo convenido en el pacto. Si esta medida resulta onerosa para terceras personas ajenas al pacto, «el juez podrá valorar y adoptar otras medidas tendentes a la finalización de la competencia, pero de carácter menos drástico».⁵¹

En el caso de que la actividad que realice el trabajador sea por cuenta ajena, el nuevo contrato celebrado será normalmente nulo por causa ilícita (artículo 1275 CC), por celebrarse en perjuicio del *ex empleador*. Además, como ya vimos si el trabajador no comunica a su nuevo empleador el pacto de no concurrencia

⁵¹ NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 237

postcontractual, esta conducta constituye una omisión engañosa en virtud del artículo 7 LCD, mientras que si es el nuevo empresario el que induce al trabajador a cometer la infracción, este ilícito queda cubierto por el artículo 14 LCD.

- ❖ Acción de reclamación de cantidad. El empresario podrá pedir la directa reclamación judicial de daños y perjuicios, es decir, el equivalente pecuniario a la obligación de no hacer a través del procedimiento laboral de ejecución dineraria (artículos 248 a 277 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social).
- ❖ Acción resolutoria. El empresario podrá requerir la resolución de la obligación, con la devolución de las cantidades abonadas como compensación y con resarcimiento de daños (arts. 1100 y 1124 CC).

El plazo de prescripción es el mismo que para el trabajador, que viene fijado por el artículo 59.2 ET «las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación...desde el día en que la acción pudiera ejercitarse».

En la STSJ de Andalucía de 4 de febrero de 2003 el tribunal desestimó la reclamación del empresario porque su derecho había prescrito. «La Sala debe entender decaído el derecho de la empresa a solicitar la ejecución del pacto de no concurrencia, al haber transcurrido 42 días hábiles entre la fecha en que finalizó la relación laboral el 18 de enero de 2000 y el 8 de marzo del 2000, fecha en la que la empresa requirió notarialmente al trabajador para cumplir ese pacto..., es evidente que la decisión de ejecutar el pacto de no concurrencia sólo podía adoptarse en un período prudencial, que al menos debe ser similar al que la ley concede al trabajador, plazo que ha transcurrido con exceso en el presente caso».

5.3 Indemnizaciones por incumplimiento

El empleador puede exigir la reclamación de los daños ocasionados al trabajador por la falta de cumplimiento de su obligación de no concurrencia postcontractual (artículo 1124 CC).

La fijación de la cuantía de la indemnización puede realizarse convencional o judicialmente. La mencionada STSJ de la Comunidad Valenciana de 12 de noviembre de 2004, entre otras, exige que «en todo caso la indemnización a abonar [sea] la proporcional al tiempo en que se incumplió el pacto de no concurrencia» o en la STSJ de Madrid de 1

de diciembre de 2020 se exige que «que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada, de donde se sigue tácitamente que igualmente adecuada o proporcional ha de ser la compensación a la empresa cuando dicho trabajador incumpla tal pacto, en confirmación al artículo 21 ET».

Para establecer la cuantía de la indemnización se seguirán los criterios que marcan los artículos 1101 y 1106 del CC. La indemnización de daños y perjuicios comprende el valor de la pérdida que hayan sufrido y la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, es decir, cubren tanto el daño emergente como el lucro cesante.

El empleador debe demostrar el hecho que causó el incumplimiento de la obligación contractual, la cuantía del perjuicio y el nexo causal entre el incumplimiento y los daños. A modo ejemplificativo, en la STSJ de Cataluña de 15 de noviembre de 2002 el trabajador incumplió la obligación de abstenerse de realizar competencia una vez extinguido el contrato de trabajo, pero el tribunal declara que «el trabajador no ha de indemnizar a la empresa con la cantidad de 2 millones prevista en concepto de daños y perjuicios, que ni tan siquiera se ha demostrado que se hayan causado». El trabajador, en este caso, únicamente hubo de abonar la cantidad percibida que fueron 215.000 pesetas. También, en la STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2020 estimó la pretensión de la empresa de «devolver [el trabajador] a la empresa "RLC" las cantidades que hubiesen sido abonadas en el concepto expresado por "compensación". Y todo ello sin perjuicio de la acción de indemnización que inste la mercantil "RLC" en virtud del daño y perjuicio comercial y económico que la conducta del trabajador haya causado a la empresa...». El trabajador estuvo obligado a devolver la cantidad percibida, ascendente a 9.600 euros que son las seis mensualidades de 1.600€.

La indemnización que ha de satisfacer el trabajador a la empresa por la falta de cumplimiento de su obligación de abstenerse cumple con una función disuasoria. Los motivos que esgrime la empresa para reclamar la compensación al trabajador en la STS de 2 de enero de 1991 son «1º. Ante todo se pretende resarcir a la empresa, en alguna medida, de los daños y perjuicios que le pueda irrogar la competencia o concurrencia del trabajador cesado y por ende, cuanto mayor sea la duración del plazo de vigencia de la obligación, mayor puede ser el perjuicio causado por el incumplimiento de la misma, de ahí que sea indiscutible la conexión e interrelación existente entre el importe de aquélla y la duración de la obligación referida. 2º. Por otro lado, dicha indemnización tiene, con respecto al trabajador cesado, una finalidad disuasoria al objeto de impeler a éste para que

se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese y, por tanto, también es claro que esta finalidad impone la consecuencia de que la mayor duración de la obligación de no concurrir exige un mayor importe de la competencia pactada, y viceversa».

Pese a todo, sí se quiere lograr una verdadera función disuasoria resulta más preciso incluir una cláusula penal en la obligación de no competencia postcontractual. La cláusula penal consiste en una estipulación que obliga al trabajador a una obligación de carácter accesorio, llamada pena, en caso de incumplimiento de la obligación principal de abstención de competencia.⁵² En virtud del artículo 1152 CC la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Normalmente, se estipula una cantidad superior a la de devolver las cantidades que le fueron conferidas al trabajador en concepto de compensación económica.

La inserción de la cláusula penal en el pacto de no competencia presenta indudables ventajas para el empresario gracias a su doble función indemnizatoria y disuasoria.

- ❖ La función indemnizatoria permite practicar una liquidación anticipada de los daños que beneficia a ambas partes, ya que la constatación del incumplimiento es suficiente para que la pena prevista sea exigible.⁵³ De un lado, el empresario se exime de su deber de probar los daños y perjuicios del incumplimiento por parte del trabajador en juicio, y de otro lado, el trabajador se beneficia de poder reclamarle la empresa más cantidad si se probarán daños más severos.
- ❖ La función disuasoria. La STSJ de Baleares de 30 de julio de 1991 afirma que «hay que notar que la cuantía de la indemnización pactada para caso de incumplimiento no tiene que coincidir forzosamente con la de la compensación recibida. Lo natural es que la englobe. Pero, además, cabe que comprenda un exceso en concepto de daños y perjuicios causados por la contravención del pacto; exceso que las partes establecen y liquidan de manera anticipada, según es función normal desplegada por las cláusulas penales. El hecho de que se le reclame al trabajador una cantidad superior a la mera devolución de las cantidades recibidas

⁵² NOGUEIRA GUASTAVINO M., *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998, pp. 242

⁵³ DURÁN LÓPEZ, F., *Las garantías del cumplimiento de la prestación laboral: el poder disciplinario y la responsabilidad contractual del trabajador*, Revista de política social, Madrid, 1979, pp. 12 y ss.

como compensación «impele al trabajador para que se abstenga de llevar a cabo actos que incurran en concurrencia o competencia con la empresa a la que había pertenecido hasta el cese».

IV. CONCLUSIONES

A continuación, expongo las principales conclusiones que he extraído del análisis jurídico del pacto de no concurrencia para una vez extinguido el contrato de trabajo.

La autonomía individual de las partes

Las partes de la relación laboral son las que establecen de mutuo acuerdo las características que debe tener el pacto de no concurrencia postcontractual; fijan el ámbito temporal y geográfico que ha de tener la obligación de no concurrencia del trabajador, así como la cuantía de la compensación económica que estiman más adecuada y conveniente a sus intereses. Como consecuencia, estos pactos no pueden derivar de la negociación colectiva, lo que sí que puede hacer el empresario es condicionar la aceptación del contrato de trabajo a la aceptación del pacto de no concurrencia postcontractual por convenio colectivo.

La doctrina jurídica destaca que la fijación unilateral de la compensación económica no puede ser subsanada por el órgano jurisdiccional mediante pronunciamiento constitutivo que produzca la integración de la compensación en el pacto, sin embargo, el Juez puede corregir el *quantum* si éste lo considera abusivo. En conclusión, el juez no tiene potestad para establecer un requisito del pacto como es la compensación económica que el empresario debe satisfacer al trabajador a raíz del pacto, pero sí que adopta un papel vigilante y puede exigir que la compensación económica sea la *adecuada*. Además, irá en perjuicio del empresario que no se estipule junto al pacto una compensación, porque el pacto será nulo *ab origine*, mientras que si solamente la compensación es excesiva el pacto será nulo parcialmente en esa cláusula (artículo 9.1 ET) y el juez deberá corregir el *quantum*.

La interrelación con el Derecho de la competencia

El Derecho de la Competencia no incumbe a los pactos laborales de no competencia entre extrabajador y empresa porque se preocupa de las prácticas entre empresas que pretenden restringir la competencia en el mercado. Por ese motivo, el pacto que establece la obligación del trabajador de abstenerse de hacer competencia al *ex empleador* durante un periodo de tiempo concreto queda excluido de la Ley de Defensa de la Competencia.

El extrabajador puede incurrir en prácticas calificables de competencia desleal, aunque no medie pacto de no competencia postcontractual entre empresario y trabajador. El

ejemplo más común es la captación de clientes cuando el trabajador lleva a cabo negociaciones con pleno desconocimiento por parte del mismo empresario en virtud de los artículos 7 y 13 de la Ley de Competencia Desleal. Sin embargo, es más frecuente que la captación de la clientela, de proveedores o incluso de los propios trabajadores de la empresa se produzca por parte de un tercero interesado en inducir a estos sujetos a infringir sus deberes contractuales (artículo 14 LCD). En muchas ocasiones será complicado de probar que el nuevo empresario sabía que el empleado estaba trabajando para otro empleador y, por lo tanto, infringía sus responsabilidades contractuales.

El contrapeso entre el derecho al trabajo del trabajador y el efectivo interés comercial e industrial del empresario

El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo no es de configuración legal. Por lo tanto, no existe un deber como tal de no concurrir a menos que se pacte. Como ya se ha visto, el pacto de no concurrencia postcontractual (artículo 21.4 ET) es fruto de un acuerdo entre las partes de la relación laboral. No obstante, la figura objeto de estudio no está exenta de controversia porque hay un doble interés en juego. Como recalca la doctrina, a través de estos pactos se pretende proteger un doble interés; para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo. Por lo tanto, el empresario debe respetar los límites que fija la Constitución Española; no puede impedir al trabajador encontrar trabajo ni iniciar un negocio por cuenta propia porque, de lo contrario, estos pactos vulnerarían los artículos 35 y 38 de la CE respectivamente. Lo que sí que puede hacer es reducir, a través del pacto, las posibilidades de trabajo del extrabajador ciñéndose a lo que circunscribe el artículo 21.4, siempre que el empresario tenga un efectivo interés comercial e industrial y la duración no sea superior a dos años para los técnicos ni de seis meses para el resto de los trabajadores.

Delimitación de las actividades competitivas

Como apuntaba en el anterior apartado, es importante que el empresario acredite un efectivo interés en la tarea que vaya a desarrollar el trabajador. Voy a repasar los puntos de conexión del empresario y del trabajador en su nuevo puesto de trabajo (véase punto 3.2.1).

La pertenencia a un mismo sector industrial o comercial no conlleva necesariamente competencia diferencial porque el sector comercial en cuestión al que ambas empresas pertenecen puede no conllevar la coincidencia de mercado.

Más allá del sector al que se vaya a dedicar el trabajador, si nos fijamos en el concreto puesto de trabajador, es decir, en la actividad que pase a ocupar sí que cabe deducir una concurrencia en el mismo plano si la nueva actividad es idéntica o muy parecida a la anterior.

La identidad de objetos sociales tampoco puede ser determinante por sí sola. Si éste fuera el criterio seguido para delimitar lo que está prohibido, al trabajador le imposibilitaría trabajar en ámbitos en los cuales no concurre el empresario.

Por último, la clientela es uno de los factores clave que influyen en el interés del empresario. Si el trabajador va a concurrir en el mismo mercado que su *ex empleador* es muy posible que esto favorezca una fuga de clientes si no media un pacto para evitarlo.

En mi opinión, gracias a este trabajo he aprendido la importancia que tiene el capital humano en la empresa. El valor creado por los trabajadores es lo que aporta una posición competitiva a la empresa. Este valor se crea por los conocimientos adquiridos en el seno de la organización, de la experiencia, de las habilidades profesionales con los proveedores y los clientes y de las nuevas tecnologías de la comunicación. En tanto en cuantos esos conocimientos que han sido proporcionados por la empresa a sus trabajadores pasen a estar en manos de la competencia, la empresa pierde una ventaja competitiva.

Para que empresario no vea demasiado mermada su posición en el mercado impone restricciones a sus trabajadores mediante pactos o cláusulas de no concurrencia para una vez extinguido el contrato de trabajo, siempre contado con los límites temporales y los requisitos que ya hemos estudiado en virtud del artículo 21.4 del ET y que impone la propia CE. En conclusión, dado que gran parte de la cualidad de la empresa la aporta el capital humano, este tipo de pactos evitan que parte del conocimiento valioso vaya a manos de otras empresas.

V. JURISPRUDENCIA CONSULTADA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 17073/1990, de 5 de febrero de 1990, Fundamento jurídico séptimo, ECLI:ES:TS:1990:17073, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 17719/1990, de 29 de marzo de 1990, Doctrina, ECLI:ES:TS:1990:17719, CENDOJ

Sentencia del Tribunal supremo (Sala de lo Social) 10417/1990, de 23 de julio de 1990, Fundamento jurídico tercero, ECLI:ES:TS:1990:10417, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 6483/1990, de 24 de septiembre de 1990, Fundamento jurídico quinto, ECLI:ES:TS:1990:6483, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 16403/1991, de 2 de enero de 1991, Fundamento jurídico quinto, ECLI:ES:TS:1991:16403, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 16533/1991, de 6 de marzo de 1991, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TS:1991:16533, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 12635/1991, de 10 de julio de 1991, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TS:1991:12635, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 8717/2020, de 6 de octubre de 2020, Fundamento jurídico quinto, ECLI:ES:TS:2020:8717A, CENDOJ

Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) 0616/2020, de 3 de noviembre de 2020, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TS:2020:10616A, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Social) 3/1991, de 30 de julio de 1991, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJBAL:1991:3, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) 11066/1999, de 17 de septiembre de 1999, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJAND:1999:11066, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 1144/2000, de 1 de febrero de 2000, Antecedente de hecho segundo, ECLI:ES:TSJM:2000:1144, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) 6430/2000, de 16 de mayo de 2000, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJCAT:2000:6430, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) 10144/2000, de 20 de julio de 2000, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJCAT:2000:10144, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 3782/2002, de 9 de abril de 2002, Antecedente de hecho segundo, ECLI:ES:TSJCV:2002:3782, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) 11439/2002, de 15 de octubre de 2002, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJCAT:2002:11439, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) 1897/2003, de 4 de febrero de 2003, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJAND:2003:1897, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) 4473/2003, de 8 de abril de 2003, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJCAT:2003:4473, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) 3586/2004, de 17 de marzo de 2004, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJCAT:2004:3586, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 4596/2004, de 13 de abril de 2004, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJM:2004:4596, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 2665/2004, de 14 de mayo de 2004, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJCV:2004:2665, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 6146/2004, de 12 de noviembre de 2004, Fundamento jurídico tercero, ECLI:ES:TSJCV:2004:6146, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 3100/2007, de 15 de junio de 2007, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJCV:2007:3100, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 16189/2010, de 29 de octubre de 2010, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJM:2010:16189, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas de Gran Canaria (Sala de lo Social) 429/2015, de 29 de enero de 2015, Fundamento jurídico tercero, ECLI:ES:TSJICAN:2015:429, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Social) 3496/2019, de 2 de mayo de 2019, Fundamento jurídico único, ECLI:ES:TSJCV:2019:3496, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 4790/2020, de 30 de abril de 2020, Fundamento jurídico segundo, ECLI:ES:TSJM:2020:4790, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 6932/2020, de 18 de mayo de 2020, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJM:2020:6932, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social) 4703/2020, de 8 de junio de 2020, Fundamento jurídico segundo y tercero, ECLI:ES:TSJAND:2020:4703, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 9519/2020, de 24 de septiembre de 2020, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJM:2020:9519, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Social) 3135/2020, de 1 de octubre de 2020, Fundamento jurídico tercero, ECLI:ES:TSJCL:2020:3135, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social) 9824/2020, de 6 de noviembre de 2020, Fundamento jurídico cuarto, ECLI:ES:TSJCAT:2020:9824, CENDOJ

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social) 14055/2020, de 1 de diciembre de 2020, Fundamento jurídico tercero, ECLI:ES:TSJM:2020:14055, CENDOJ

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sala de lo Civil) 2299/2003, de 11 de marzo de 2003, Fundamento jurídico séptimo, ECLI:ES:APB:2003:2299, CENDOJ

VI. LEGISLACIÓN CONSULTADA

Constitución Española, de 29/12/1978

Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección

Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de 30/03/2010

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social

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

VII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

AGRA VIFORCOS, B., «Comportamiento desleal en la dinámica de la relación laboral: estudio del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores», Universidad de León, León, 2003

ALFONSO MELLADO CARLOS L. y OTROS. «Derecho del Trabajo», Tirant lo Blanch, 8ª ed., Valencia, 2020

ALFONSO MELLADO CARLOS L. «Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante la relación laboral», 1ª ed., Valencia, 1994

CHARRO BAENA, P en «El Pacto de no competencia postcontractual», 1ª ed., 1995

DE VAL TENA, A. L. y ALCAZAR ORTIZ, S., «Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa», en *Revista de relaciones laborales*, n ° 3, 1995

DURAN LOPEZ, F., «Pacto de no competencia, AA. VV.» en *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, EDERSA. T.V., Madrid, 1985

CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., «Prohibición de competencia y contrato de trabajo», Ministerio de Trabajo, Madrid, 1977

NOGUEIRA GUASTAVINO M., «El pacto laboral de no competencia postcontractual», McGraw-Hill Interamericana, Madrid, 1998

PEDRAJAS MORENO A. y SALA FRANCO, T., «El pacto de no concurrencia postcontractual», 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2005