

ARTICULO DE OPINIÓN

ALGUNAS VERDADES SOBRE LA NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL

Una de las cuestiones que más preocupan a las empresas es lo que puedan hacer sus trabajadores -sobre todo los de cierto nivel de responsabilidad y conocimiento interno- una vez que, por cualquier causa, han dejado de prestar servicios para ellas.

Ocurre especialmente cuando un trabajador ha tenido un alto nivel de conocimiento de las políticas internas, clientes, protocolos, decisiones estratégicas, estructura interna, etc de la empresa, siendo habitual -y razonable- que ésta quiere limitar de forma considerable su capacidad de actuación profesional una vez extinguida la relación laboral con el trabajador. Con ello, la empresa pretende que éste no aproveche los conocimientos adquiridos durante el desempeño de su contrato de trabajo para desarrollar otra actividad inmediatamente posterior que, al incidir en el campo de su antiguo empresario, repercuta en la posición competitiva de éste.

En términos jurisprudenciales clásicos, el pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizás no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquélla (por todas, **STS de 9 de febrero de 2009**)).

Ahora bien, como dicha limitación es una *rara avis* dentro del Derecho Laboral y del Ordenamiento Jurídico -donde prima la libertad de movimiento entre empresas y la libre elección de profesión u oficio (art. 35 Constitución española) -, ésta tiene unos requisitos y condicionantes para su validez.

La cláusula de no competencia postcontractual viene regulada legamente en el apartado segundo del art. 21 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, "ET"), que recoge de forma expresa:

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

- *Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.*
- *Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada".*

1. Requisitos del pacto de no competencia postcontractual

Pasamos entonces a analizar de forma más detenida los requisitos para la validez del pacto de no competencia postcontractual acordado entre la empresa y el trabajador:

Los requisitos generales para la validez del pacto de no competencia postcontractual son los siguientes:

- a. **Interés efectivo industrial o comercial por parte del empresario.** El pacto debe estar fundado en hechos o circunstancias que impliquen que el trabajador tenga, de forma efectiva, conocimientos empresariales relacionados con las técnicas y decisiones organizativas o de producción de la empresa, de las relaciones personales con la clientela o proveedores de servicios, etc.

Esto llevaría a la conclusión de que no se puede establecer el pacto de no competencia postcontractual de forma indiscriminada, por ejemplo, a toda la plantilla o a todo un grupo dentro de un Área o Unidad de Negocio de la empresa como, de hecho, ocurre en numerosas empresas; debiendo de pactarse tan sólo con aquellos trabajadores respecto de los cuales la empresa tiene, realmente, un interés cierto en que no compitan contra ella una vez hayan abandonado la misma.

Pues bien, con base en ese efectivo interés industrial o comercial se determina el ámbito funcional (la actividad a limitar dentro un campo profesional/empresarial idéntico o similar) y espacial o geográfico (el territorio donde el antiguo trabajador no podrá competir. Por ejemplo: se puede acordar que no quepa la competencia postcontractual en el ámbito territorial de Madrid, o de España. O, más limitativo aún, en Europa o, incluso, en todo el mundo).

- b. Una duración del pacto no superior a dos años. El pacto no podrá exceder de los dos años para los técnicos, o de seis meses para trabajadores ordinarios no técnicos. Si la duración pactada excediese de la permitida legalmente, el acuerdo incurrirá en una nulidad parcial, reconociéndosele tan sólo efectividad por la duración legal y no por la pactada (por todas, **STS, de 10 de febrero de 2009**). De hecho, la nulidad parcial del pacto por haber acordado una duración superior a la establecida legalmente (en este caso, 14 meses cuando el máximo legal era de 6 meses) implica que, en caso de incumplimiento del trabajador, éste sólo tiene que devolver la compensación económica percibida en proporción al tiempo incumplido (en este caso, sólo devuelve el equivalente a los seis meses, y no a los catorce meses. **STSJ Galicia, de 31 de enero de 2018**).
- c. Una compensación económica adecuada para el empleado. Este es el requisito que más controversia suele provocar, puesto que la legislación laboral sólo establece la expresión “compensación económica adecuada”. Por ello, han sido los Tribunales los que han matizado o limitado este apartado. Jurisprudencialmente la adecuación de la compensación económica dependerá del ámbito espacial, funcional y temporal incluido en la cláusula y de las posibilidades de empleo o circunstancias personales del empleado; esto es, atendiendo a la amplitud o extensión geográfica, funcional y a la duración de la no competencia, así como a la edad, titulación y posibilidad de recolocación del empleado, los tribunales serán en última instancia los que estimen o no apropiada la cantidad que abone el empresario por el pacto.

Se ha de mencionar que en ningún caso cabe pactar una no competencia postcontactual sin acordar a su vez una compensación económica (por todas, **STSJ País Vasco, de 24 de febrero de 2004**).

En todo caso, aunque se considere nulo un pacto por abusivo -por insuficiencia de la compensación económica y, por tanto, no resultando ésta “adecuada”- se trata de una nulidad parcial. Así, en caso de incumplimiento del trabajador de la no competencia una vez extinguido su contrato de trabajo, y a pesar de que dicha compensación sea insuficiente, éste deberá devolver lo abonado por la empresa, pues lo

contrario implicaría incurrir en un supuesto de enriquecimiento injusto (dicha percepción se habría convertido en una contraprestación sin causa, por lo que dado el carácter sinalagmático del contrato de trabajo, el trabajador tiene la obligación de reintegrar las cantidades percibidas en tal concepto). Por todas, **STS de 20 de junio de 2012 y STSJ Galicia, de 28 de febrero de 2019.**

En la misma línea se pronuncia la **STSJ P.Vasco, de 28 de marzo de 2017**, aunque con un matiz diferente. Se trata de un supuesto en el que se considera inadecuada (insuficiente) la compensación económica pactada. Por ello, el pacto deviene nulo y, de esta forma, el trabajador, aunque compite contra su antigua empresa acto seguido a extinguir su contrato de trabajo con ella, no está incumpliendo ningún pacto de no competencia postcontractual, pues dicho pacto es nulo, reflejando que el trabajador era libre de ser contratado con quien quisiera, al no quedar obligado por una cláusula que resulta nula por insuficiencia de la compensación económica recibida en contraprestación a su restricción de contratación.

2. Forma y momento del pacto de no competencia postcontractual

Aunque en el art. 21.2 ET no se establece la obligatoriedad de la forma escrita, resulta altamente aconsejable que dicho pacto quede acordado por escrito (pacto que en todo caso debe ser expreso).

En cuanto al tiempo de su concertación, el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato puede celebrarse en varios momentos:

- Previo al contrato. La obligación de no competencia postcontractual no nace de la Ley -y menos aún de un convenio colectivo- sino de la autonomía de la voluntad de las partes. Así, cabe acordar dicho pacto incluso en el precontrato u oferta vinculante de trabajo.
- Simultáneamente a la celebración del contrato de trabajo. Se trataría de una cláusula_ más del contrato de trabajo, si bien tiene plena vigencia (se perfecciona) una vez se extinga la relación laboral.
- En el transcurso de la relación laboral. Una vez iniciada la prestación laboral, puede surgir la necesidad de acordar la no competencia para cuando el trabajador ya no preste sus servicios para la empresa.

- Simultáneo a la extinción del contrato de trabajo. El pacto podría nacer de forma autónoma al contrato una vez que éste finalizase, siempre que exista acuerdo entre las partes. De hecho, es relativamente habitual que se llegue a este tipo de acuerdo incluso en el acto de conciliación administrativa (SMAC) o en sede judicial.

3. Incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual

Puesto que el pacto de no competencia una vez extinguido el contrato de trabajo genera para las partes una serie de obligaciones recíprocas, su cumplimiento no puede depender de una sola de las partes.

Así, pueden tener lugar las siguientes situaciones:

Incumplimiento de la obligación de pago asumida por el empresario. El empresario incumple cuando no paga la compensación acordada. En dicha situación, el trabajador podría interponer dos tipos de demanda: una acción de reclamación de cantidad solicitando que se le abone la cantidad correspondiente a esa "*compensación económica adecuada*", o la acción resolutoria que tendría como finalidad la extinción del pacto de no competencia. E incluso ambas, junto con una potencial indemnización de daños y perjuicios.

Incumplimiento del trabajador. El empresario podrá exigir el cumplimiento de dicha cláusula, cesará en el pago, se le restituirá la cantidad entregada hasta el momento y, adicionalmente a todo ello, podría solicitar una indemnización por daños y perjuicios.

Al respecto, lo más habitual es que los tribunales entiendan que lo que debe devolver el trabajador es lo efectivamente percibido, aún cuando se haya pactado una indemnización mayor al importe de lo recibido por el trabajador (por todas, **STS de 26 de octubre de 2016**), que entiende que cuando el art.21.2 ET recoge "que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada", se sigue tácitamente que igualmente adecuada o proporcional ha de ser la compensación a la empresa cuando dicho trabajador incumpla tal pacto.

En cuanto a no dejar al arbitrio de una de las partes del cumplimiento de la cláusula de no competencia postcontractual, el Tribunal Supremo ha declarado nula la cláusula contractual, en un contrato de trabajo de alta dirección, por la que se permitía a la empresa la facultad unilateral de renunciar a exigir la obligación de no competencia, no procediendo en tal caso al abono de la compensación correspondiente. Se pactaba que, una vez extinguido el contrato, la empresa tenía un breve espacio de tiempo (una semana) para decidir si finalmente entraba en vigor o no la no competencia postcontractual.

El TS fundamenta la nulidad de tal cláusula en el art. 1256 del Código Civil, que impide que el cumplimiento de los contratos se deje al arbitrio de uno de los contratantes. Así, en dicho caso no cabe admitir que la empresa pueda desistir unilateralmente del cumplimiento de una obligación de carácter recíproco pactada entre las partes. Por todas, **STS de 15 de enero de 2009** y **STS de 8 de noviembre de 2011**.

4. Cuestiones de interés del pacto de no competencia postcontractual

Por último, realizaremos algunas indicaciones sobre diferentes cuestiones relacionadas con el pacto de no competencia o concurrencia postcontractual, de conformidad con lo resuelto por la doctrina judicial (TSJ) y la jurisprudencia (TS):

- La duración del pacto de no competencia (máximo dos años o, en su caso, seis meses) comienza a contar a partir de la extinción de la relación laboral, independientemente de la causa de dicha extinción.
- Será nulo el pacto de no competencia que no establezca ninguna compensación económica, que exceda de la duración máxima legal y aquél que no responda a un efectivo interés comercial o industrial.
- En la práctica empresarial, la compensación económica que se pacta, dependiendo del ámbito funcional, territorial y temporal, así como de las circunstancias personales y profesionales del trabajador, varía entre un 25 por 100 y un 75 por ciento del salario anual bruto del trabajador.
- El pacto de no competencia postcontractual no pierde eficacia por el hecho de que el contrato se extinga por desistimiento del trabajador durante el período de prueba (STS, de 14 de mayo de 2009) ni tampoco por desistimiento del empleador (comunicación de no superación) durante el periodo de prueba (STS, de 23 de noviembre de 2009).
- Los Tribunales han declarado la nulidad, por desproporcionada, de la cláusula penal que obligaba a devolver el doble de lo percibido en concepto de "plus de no competencia". Por todas, **STS, de 30 de noviembre de 2009**.
- No es ajustado a Derecho un pacto de no competencia postcontractual acordado de modo que es voluntario para la empresa y obligatorio para el trabajador. Por todas, **STS, de 22 de febrero de 2011**.

En resumen, la no competencia postcontractual es una de esas materias laborales en las que entran de lleno las limitaciones jurisprudenciales al principio de autonomía de la voluntad de las partes pues, si bien existe libertad de las partes a la hora de establecer tanto la existencia como los términos del pacto de no competencia postcontractual, la realidad es que se trata de una materia en la que labor tuitiva del Derecho Laboral se hace especialmente presente lo que, inevitablemente, genera una cierta inseguridad jurídica, especialmente para las empresas.

José María Fernández Mota

Director área laboral - MA Abogados Madrid

jm.fmota@maabogados.com

T (+34) 91 4516157