

**MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO**

*Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Vicedecana de Investigación de la Facultad de Derecho.  
Universidad Autónoma de Madrid.*

**2.º Premio Estudios Financieros 1997.**

**Modalidad: *Derecho del Trabajo y Seguridad Social.***

**Extracto:**

Los pactos de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo han experimentado un auge indiscutible en estos últimos años como mecanismo de tutela avanzada de la organización empresarial. Por medio de estos pactos *laborales de no competencia «postcontractual»* el trabajador se compromete a no desarrollar actividades en competencia con su anterior empleador (pactos de no competencia en sentido estricto) o a no recolocarse en una empresa de la competencia en puestos de trabajo que puedan resultar especialmente peligrosos (pacto de «no recolocación»). Entre otros requisitos exigidos legalmente para su validez, el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores prescribe que *se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada*.

La parca regulación legal de este requisito ocasiona numerosos interrogantes sobre los que, de modo directo o indirecto, ha tenido que pronunciarse la doctrina científica y judicial. Una simple lectura del precepto permite apreciar de manera inmediata los más llamativos. Entre ellos, si la validez del pacto queda condicionada al abono efectivo de la compensación o basta con su fijación; si puede o no el juez determinar su cuantía cuando las partes no lleguen a un acuerdo en torno a la misma; cuándo debe fijarse la cuantía de esta compensación y en qué momento debe abonarse; qué significado tiene que la compensación sea «adecuada» o, por señalar algún problema más, qué «naturaleza jurídica» corresponde a la cantidad percibida por la obligación de abstención del trabajador. La búsqueda de algunos criterios que sirvan de válida guía para resolver estas y otras cuestiones en torno a la «compensación económica» como requisito de validez del pacto laboral de no competencia, constituye el objeto central del presente artículo.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
  
- II. Un primer dilema: la «satisfacción» de la compensación económica como requisito de validez del pacto de no competencia o su «fijación» por las partes contratantes.
  
- III. La «fijación» de la cuantía económica: el mutuo acuerdo de las partes y su determinación como condiciones de validez.
  
- IV. El contenido o cuantía de la compensación económica y la exigencia legal de que ésta sea «adecuada».
  1. Preeminencia de un módulo subjetivo en la adecuación de la compensación económica: crítica al salario real del trabajador y la ocasión de ganancia como mínimos sobre los que valorar su adecuación.
  
  2. Las facultades moderadoras del juez sobre la compensación económica fijada por las partes y sus límites.

V. Momento para el «abono efectivo» de la compensación acordada.

1. La viabilidad del abono de la compensación económica con anterioridad a la extinción del contrato.
2. Posibilidades de abono de la compensación económica tras la extinción formal del contrato y el «documento del finiquito».

VI. La controvertida naturaleza de la compensación económica.

## I. INTRODUCCIÓN

1. Con el creciente aumento de la competitividad empresarial experimentado en estos últimos años y la renovación que se ha producido en los sistemas de organización interna como consecuencia de la misma, resulta un hecho natural el incremento de la utilización de los denominados «pactos de no competencia postcontractual» como mecanismo de especial utilidad para la protección de la organización empresarial. Por medio de ellos, una de las partes contractuales se compromete a no desarrollar actividades en competencia con la otra (pactos de no competencia en sentido estricto) o a no recolocarse en una empresa de la competencia en puestos de trabajo que puedan resultar especialmente peligrosos (pacto de «no recolocación») durante un tiempo después de extinguido formalmente el contrato principal al que este tipo de cláusulas va unido. En la medida en que son los trabajadores los que más contacto tienen con los «intereses competitivos» del empleador (clientes, proveedores, trabajadores, informaciones), al tener que prestar mayoritariamente su actividad en el seno de la empresa, es en cierto modo comprensible que sea en el ámbito del contrato de trabajo donde el incremento de estos pactos ha resultado más llamativo.

2. El pacto *laboral* de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo se encuentra regulado *para el conjunto de los trabajadores* (1) en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), con el siguiente tenor literal: «el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, *sólo será válido* si concurren los requisitos siguientes:

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

---

(1) Adicionalmente, el ordenamiento jurídico-laboral contempla una regulación específica en el marco de alguna de las relaciones laborales de carácter especial si bien con un contenido casi idéntico. Concretamente, en el marco de la del personal de alta dirección (art. 8.3 RD 1382/1985 de 1 de agosto, y en la de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas (art. 10.4 y 11 RD 1348/1985 de 1 de agosto).

La parca regulación legal sobre este segundo requisito ocasiona numerosos interrogantes sobre los que, de modo directo o indirecto ha tenido que dirimir la doctrina judicial. Una simple lectura del precepto permite apreciar de manera inmediata los más llamativos. Entre ellos, si la validez del pacto queda condicionada al abono efectivo de la compensación o basta con su fijación; si puede o no el juez determinar su cuantía cuando las partes no lleguen a un acuerdo en torno a la misma; cuándo debe fijarse la cuantía de esta compensación y en qué momento debe abonarse; qué significado tiene que la compensación sea «adecuada» o, por señalar algún problema más, qué «naturaleza jurídica» corresponde a la cantidad percibida por la obligación de abstención del trabajador.

La búsqueda de algunos criterios que sirvan de guía para resolver estas y otras cuestiones en torno a la «compensación económica» como requisito de validez del pacto laboral de no competencia, constituye el objeto del presente artículo.

## II. UN PRIMER DILEMA: LA «SATISFACCIÓN» DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA COMO REQUISITO DE VALIDEZ DEL PACTO DE NO COMPETENCIA O SU «FIJACIÓN» POR LAS PARTES CONTRATANTES

1. El primer dilema que en materia de compensación económica plantea la interpretación del precepto consiste en deslindar si para otorgar validez al pacto de no competencia basta con su *fijación* o si, por el contrario, es preciso el requisito adicional de su *satisfacción* efectiva.

Una lectura literal del artículo 21.2 ET permitiría inicialmente afirmar que, en puridad, la intervención del legislador en este pacto laboral persigue hacer del abono efectivo de la compensación económica un requisito esencial de validez del pacto de no competencia. Esta postura, por otro lado, engazaría sin dificultad con nuestra tradición doctrinal y jurisprudencial exigiendo un pago *previo* (2). Su efecto más importante es el de que si el empleador no abona al trabajador lo pac-

---

(2) Así, su precedente inmediato, el artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, exigía el abono efectivo y previo de la compensación económica para declarar la validez de la obligación de no competencia postcontractual. De este modo, el pacto se consideraba inválido tanto en ausencia de compensación como cuando, previéndose ésta, no se hiciera efectivo su abono: PEDRAJAS MORENO, A., «La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo», *R.T.*, 1976, núm. 56, pág. 210; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., «Límites a la competencia y contrato de trabajo», *R.P.S.*, 1977, núm. 116, pág. 28. Por su parte, el TCT había también realizado algunas manifestaciones específicas en este sentido: STCT 11-02-1974, (Ar. 658): «indemnización, de cuyo abono depende la existencia de la obligación»; STCT 18-05-1974, (Ar. 2398) y STCT 27-04-1977, (2307): «la prohibición se condiciona a la percepción de la indemnización»; STCT 13-05-1975, (Ar. 2376): «en ningún caso pueden establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o pactos contrarios a las normas legales y, por ello, debe reconocerse la nulidad de la cláusula del contrato a que se ha hecho referencia al no regular la prohibición de competencia con el pago previo de la correspondiente indemnización quedando en libertad la empresa de ofrecer el pago de ésta sólo cuando lo estime conveniente para obligar al trabajador al cese de su posterior actividad después de iniciada, con lo que se coloca al demandado en situación de inferioridad con relación a lo establecido en el artículo 74 LCT, porque lo que

tado antes de la extinción del contrato o, al menos, antes del momento en que la obligación de no competencia se hace efectiva, el trabajador sería libre de incumplir y realizar una actividad competitiva toda vez que el pacto habría de reputarse inexistente a pesar del acuerdo en torno a la propia existencia del pacto, su compensación y duración.

Esta construcción literal, sin embargo, no puede acogerse actualmente. En realidad, y pese a la redacción legal del artículo 21.2 ET, no cabe duda de que *el requisito al que legalmente se condiciona la validez del pacto es el establecimiento de la compensación económica y no el de su abono efectivo*. La redacción del precepto induce a confusión al confundir lo que deben ser requisitos de validez del pacto (es decir, su existencia como tal), con los efectos u obligaciones que del mismo se derivan (3). En consecuencia, desde el momento en que las partes establecen la compensación económica, el pacto debe considerarse plenamente válido, desplegando toda su eficacia, esto es, quedando obligadas las partes a los compromisos asumidos en el mismo: obligación de abstención por parte del trabajador y de abono de la compensación por parte del empleador. Se trata, pues, de dos momentos distintos con efectos jurídicos diferentes. La falta de previsión de la compensación determina la nulidad del pacto y su ineficacia, liberando así al trabajador de su obligación. Por su parte, la falta de pago deviene un problema de incumplimiento de las obligaciones sinalagmáticas asumidas. La ausencia de abono de la compensación en el momento de la celebración del pacto de no competencia o su impago posterior ni libera al trabajador de su obligación de abstención ni convierte al pacto en nulo, permitiendo, en consecuencia, y a diferencia de lo que ocurriría si fuera nulo, la acción de cumplimiento por parte del trabajador y la reclamación contra el empleador de la cuantía acordada.

2. Que es sólo el establecimiento de la cuantía de la compensación y no su satisfacción efectiva el requisito al que se condiciona la validez de este pacto laboral lo demuestran varios argumentos. En primer lugar, aunque no todos los países de nuestro entorno exigen obligatoriamente una compensación económica para la válida celebración de un pacto de no competencia (4), en aquellos

---

esta norma establece es que después de terminado el contrato deberá el trabajador abstenerse de hacer concurrencia al empleador pero percibiendo, previa o simultáneamente, la indemnización pactada hasta el punto de que la falta de pago de esta indemnización es causa de caducidad de la prohibición»; STCT 25-03-1981, (Ar. 2091): «se condiciona la prohibición al *abono* de la indemnización».

- (3) De la misma manera que, *v.gr.* cuando se establece el ámbito subjetivo del ET y, en definitiva, la definición del contrato de trabajo, el artículo 1.1 ET señala que la presente ley será de aplicación «a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos» y nadie duda de que la retribución no sea un requisito de validez sino un problema relativo al cumplimiento de las obligaciones derivadas de tal acuerdo.
- (4) Frente a los sistemas de compensación obligatoria existen otros en los que tiene *carácter optativo*. Dentro de estos últimos, en los *Países Bajos* se establece que los Tribunales a su discreción y teniendo en cuenta las circunstancias del caso pueden prever una compensación económica a favor del trabajador cuando se reduzcan seriamente las posibilidades de este último de encontrar un nuevo empleo (art. 1.637.x.5 CC). Más laxo aún es el sistema instaurado en Dinamarca, en el *common law* y, sobre todo, en el contradictorio sistema francés en esta materia. En *Dinamarca* y *Gran Bretaña* la compensación económica meramente cumple la función de asegurar la viabilidad y razonabilidad de la cláusula de no competencia, es decir, que aun no siendo un requisito de validez, su estipulación favorece la declaración de licitud en caso de litigio sobre su eficacia. En *Francia*, salvo el artículo 74 CCo local de Alsace-Moselle que prevé una indemnización como condición de validez del pacto (SARAMITO, F., «Les Clauses du contrat de Travail dites de "non-concu-

en que sí se precisa (5), se refleja con nitidez que es el establecimiento de una compensación, y no su abono, el requisito esencial de validez del pacto de no competencia.

Al mismo resultado conduce, ya desde nuestro ordenamiento jurídico, una lectura atenta de las decisiones judiciales más recientes sobre los pactos laborales de no competencia en la medida en que, sólo desde esta perspectiva, adquiere sentido que declaren la nulidad del acuerdo cuando no se ha establecido una compensación y acuden a los mecanismos generales de responsabilidad cuando la compensación económica se encuentra fijada pero no abonada. En efecto, por un lado, y pese a las escasas oportunidades que ha tenido de abordar la confusión estatutaria, el Tribunal Supremo no ha dudado en vincular de manera contundente la validez del pacto a la fijación de una compensación económica. Así, al decidir en torno a la validez de un pacto de no competencia que silencia cualquier extremo en torno a la compensación económica, ha declarado que «la eficacia *ex post contractu* del mencionado pacto se halla inexcusablemente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho al trabajo -art. 35 de la CE- por la exigencia legal que expresamente establece el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores de que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada», de ahí que «siendo, como lo es, *requisito esencial de validez* y lici-

---

rence". (Non-réembauchage et non-rétablissement)», *Droit Ouvrier*, dic., 1972, pág. 429; CHOISEZ, S., «La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail», *Droit Social*, 1993, núms. 7/8, pág. 664), no existe una norma específica que vincule el pacto de no competencia con la necesidad de satisfacer una compensación económica; la libertad contractual de las partes juega plenamente en esta materia. La jurisprudencia francesa ha sido tajante al examinar este tipo de cláusulas entendiéndose que no es precisa la previsión de compensación económica alguna para dotar de validez al pacto estipulado por las partes bastando, si acaso, el salario que el trabajador ha recibido durante su relación laboral. Esta construcción jurisprudencial ha sido, no obstante, ampliamente criticada por la doctrina francesa y matizada por la sistemática y progresiva actuación de los agentes sociales. La primera, reclama que debe entenderse implícita la consideración de la compensación económica como requisito de validez pues, al tener el pacto de no competencia una naturaleza sinalagmática, debe entenderse que la causa de la abstención se encuentra en la contraprestación económica del empleador y que sin ésta, el negocio no tendría causa y no produciría efecto alguno (LAURENT, P., «La clause de non-concurrence: une enclave commerciale dans le droit du travail», *Gazette du Palais*, 1974, 1, Doct. 71, pág. 72; BLAISE, H., «La clause de non-concurrence dans le contrat de travail», *B.S.*, 1983, núm. 12, págs. 454-455; AMIEL-DONAT, J., *Les clauses de non-concurrence en Droit du Travail*, París (LITEC), 1988, pág. 53; COUTURIER, G., *Droit du Travail. Les relations individuelles de travail*, París (P.U.F.), 1990, pág. 298; CHOISEZ, S., «La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail», *op. cit.*, pág. 666). Por su parte, el «creciente fenómeno de regulación colectiva de la compensación económica» de la que ya hablara LYON-CAEN, G., «Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage)», *Droit Social*, 1963, pág. 94, contribuye, junto a las previsiones expresas que de la compensación haga el propio acuerdo individual, a que la compensación devenga normativa y obligatoria.

- (5) En concreto, en la regulación alemana se contempla en el § 74 del Código de Comercio alemán (*Handelgesetzbuch*, en adelante, HGB) dado que, aunque es en este texto normativo donde se contempla el régimen jurídico del pacto post-contractual para los auxiliares del comerciante, actualmente y en interpretación jurisprudencial pacífica, su régimen alcanza al conjunto de los trabajadores: «la prohibición de competencia no será válida más que en el caso de que el patrono *se comprometa a pagar* al empleado»; en la normativa belga, el artículo 65.2 de la Ley de Contrato de Trabajo señala que el pacto «debe *prever* el abono por parte del empleador de una indemnización»; en el ordenamiento italiano en el artículo 2.125 CCiv prescribe que el pacto será nulo «si no se *pacta* una compensación a favor del trabajador» y, finalmente, en el ordenamiento portugués el artículo 36.2 c) de la Ley de Contrato de Trabajo exige para la validez del pacto que «se *atribuya* al trabajador una retribución».



tud 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* » (6). En consecuencia, la compensación económica tiene carácter obligatorio y es indisponible (7).

Por otro lado, el hecho de que nuestros Tribunales al hablar de la compensación económica como requisito de validez recojan en numerosas ocasiones la necesidad de que «se satisfaga» al trabajador una compensación económica, no tiene más valor que el de reproducir literalmente el precepto examinado. Prueba manifiesta de ello lo constituye el hecho de que el contenido del litigio que en tales casos es analizado por el órgano judicial no está relacionado con la validez o nulidad del pacto sino con el régimen de responsabilidades que acarrea el incumplimiento de la obligación de pago del empleador (8). Posibilidad esta, como es sabido, impracticable si efectivamente se estimase que la validez del pacto depende de la satisfacción efectiva de la compensación económica.

Finalmente, la propia  *ratio*  y finalidad del precepto confirman la confusión a la que induce una interpretación literal del precepto analizado. Cuando el legislador impone ciertos requisitos de validez en el pacto de no competencia persigue, básicamente, la protección del trabajador. La simple previsión de las partes de una cantidad económica, aunque no se haya abonado de modo efectivo, logra esa finalidad. Si su carácter oneroso persigue que estos pactos se ajusten en la mayor medida posible y constituyan «la medida exacta del interés del empleador» (9) para frenar una utilización

---

(6) STS 10-07-1991, (Ar. 5880). En el mismo sentido, STS 27-03-1990, (Ar. 2358) y STS 6-11-1990, (Ar. 8524). Contundente al respecto, la doctrina judicial de la STSJ Cataluña 23-10-1992, (Ar. 5146): «los pactos de no competencia postcontractual (...) requieren para su validez (...) que se  *establezca*  una compensación económica adecuada». Que tengamos conocimiento sólo un proceso ha abordado de manera frontal el problema ahora tratado. En la Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid de 17-11-1989, Fundamento de Derecho Tercero, se argumentaba para desestimar la reclamación de daños de la empresa contra el trabajador que «no consta que la compensación económica exigida en el mismo haya sido acordada y que se esté cumpliendo pues la expresión legal  *que satisfaga*  tiene que tener una interpretación de presente y no de futuro (...) por lo que su falta determina la inexistencia e ineficacia del pacto». Recurrida la sentencia, la respuesta del Tribunal Supremo en STS 24-07-1990, (Ar. 6467), sin embargo, consiste en casar tal resolución. Verificado que se había fijado la compensación en un 65 por 100 del montante salarial y que «se procuró, reiteradamente, el oportuno y adecuado cumplimiento de su propia obligación contractual derivada de la controvertida cláusula pactada, sin que, de contrario, se facilitase ese cumplimiento», se entiende cumplido el requisito de validez.

(7) STCT 11-12-1975, (Ar. 5609): «compensación que la ley preceptúa con carácter obligatorio y por tanto  *irrenunciable* ». TASSEL, Y., «L'obligation de non-réembauchage»,  *Droit Social* , 1977, núm. 5, pág. 197: la compensación crea un derecho para el trabajador.

(8) Ejemplo de ello en, STS 27-03-1990, (Ar. 2358); STS 02-01-1991, (Ar. 46); STSJ Baleares 30-07-1991, (Ar. 728); STSJ Cataluña 12-05-1992, (Ar. 2834). Admitiendo la reclamación de cantidad por parte del trabajador contra su empresa por falta de pago del pacto laboral de no competencia previamente celebrado: STS 24-09-1990, (Ar. 7042); STS 29-10-1990, (Ar. 7722); STSJ Cataluña 23-10-1992, (Ar. 5146).

(9) SERRA, Y.,  *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile* , París (Daloz), 1991, pág. 91. Por ello no resulta extraña la afirmación doctrinal considerando que es éste el requisito esencial de validez y relegando las otras previsiones normativas a requisitos meramente formales. Como señala BARREIRO GONZÁLEZ, G., «Sobre la validez del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Comentario a la STS (Sala 4.<sup>a</sup>) de 10 de julio de 1991»,  *La Ley* , 1992, vol. II, pág. 198: «no parece que pueda predicarse la validez del pacto en el que

abusiva de estos pactos, disuadir a aquellos empleadores que no tengan un interés suficiente en el mismo y reducir su duración temporal al tiempo estrictamente imprescindible para cubrir los intereses empresariales protegidos (10), no parece que añada nada a tales objetivos el hecho de satisfacer de manera efectiva la compensación económica estipulada.

### III. LA «FIJACIÓN» DE LA CUANTÍA ECONÓMICA: EL MUTUO ACUERDO DE LAS PARTES Y SU DETERMINACIÓN COMO CONDICIONES DE VALIDEZ

1. Convenido que es el establecimiento de una compensación económica el requisito esencial al que se vincula la validez del pacto, quedan aún por abordar algunos elementos que contribuyen a verificar si dicha fijación ha sido válidamente realizada. Según la perspectiva desde la que se aborde el estudio, tres son los aspectos a considerar. Desde un *plano subjetivo*, debe resolverse quiénes pueden proceder a la fijación de la cuantía para entender que ha sido válidamente realizada. Desde un *plano objetivo* el problema consiste en estimar cuándo ha quedado delimitada y acotada la cuantía preceptiva, esto es, qué requisitos debe reunir para que pueda entenderse válidamente «fijada». Y desde un *plano temporal*, el análisis persigue acotar en qué momento debiera quedar establecida la compensación económica.

2. Por lo que atañe al primer aspecto, quiénes pueden fijar la compensación económica del pacto, debe señalarse que, en ausencia de precisión legal al respecto, debe entenderse que el principio básico que rige esta materia es el de la *autonomía individual de las partes*. Habida cuenta de que la celebración del pacto se hace depender del *mutuo acuerdo* de las partes («pacto» de no competencia, recordemos), la convergencia de voluntades es predicable igualmente de la cuantía de la compensación económica. Son pues, *empresario y trabajador quienes, de mutuo acuerdo* (11), *determinan y fijan la compensación económica que estiman más adecuada y conveniente a sus intereses*. Y esa fijación, salvo que venga prefijada por un convenio o acuerdo colectivos, puede ser libremente determinada por las partes individuales.

---

sólo conste el interés empresarial o sólo la duración -como ocurre en el presente caso- o en compañía de aquél si no va acompañado de la compensación económica y sí puede predicarse si el pacto sólo contiene la compensación en la medida en que la omisión de la duración y el interés pueden subsanarse». Posición que, en suma, corrobora lo que ya años antes dijera MAGRINI, S., «Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro», *Diritto del Lavoro*, 1966, vol. 18, pág. 352, en punto a que «la previsión de la compensación económica en el pacto de no competencia entre empresa y trabajador responde a exigencias diversas a aquellas prevalentemente formales que son propias de los otros requisitos de validez previstos en el artículo 2.125 CC».

(10) Destacando esta función disuasoria: BLAISE, H., «La clause de non-concurrence dans le contrat de travail», *op. cit.*, pág. 455. El efecto de la reducción de los pactos al período de tiempo estrictamente necesario como consecuencia de su coste en, TASSEL, Y., «L'obligation de non-réembauchage», *op. cit.*, pág. 196.

(11) STS 28-06-1990, (Ar. 5537): «la indemnización es así ofrecida y aceptada como compensación por esa no concurrencia». En parecido sentido, STCT 25-03-1981, (Ar. 2091).

Tal aseveración, por su parte, elimina la posibilidad de que el juez *ex novo* pueda calcular el *quantum* de la compensación económica al margen del acuerdo de las partes (12) o que lo haga *unilateralmente* una de éstas, tal y como sí permitía su precedente inmediato, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944. En este sentido, como destaca la relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 10-07-1991, se ha de subrayar la fuerte impronta de la reforma que en esta materia ha supuesto el ET de modo tal que, a la vista del ordenamiento jurídico vigente, debe entenderse que *la fijación de la cuantía de la compensación económica mediante un pronunciamiento judicial constitutivo o por fijación unilateral de una de las partes debe reputarse nula y el pacto considerarse nulo ab origine* (13). En su dicción literal señala el Tribunal que se «ha incurrido en la infracción del artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 1.256 el Código Civil, que denuncia el motivo de casación que nos ocupa. Ha errado el Juzgador de instancia en la argumentación que contienen sus fundamentos jurídicos segundo y tercero que *parecen inspirados en la normativa jurídica anterior* a la promulgación del Estatuto de los Trabajadores -que es la que aplica la Sentencia de esta Sala de 1 de junio de 1979 (Ar. 2368), obligadamente- *cuando dice que la omitida compensación económica 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*».

---

(12) Pese a alguna voz doctrinal en contra apuntando que será el Magistrado el que decida si no hay acuerdo inicial con el trabajador [GARCÍA NINET, J.I., «Comentario al artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores», en AA.VV., *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a la Ley 8/1980, de 10 de marzo*, Madrid (Edersa), 1981, pág. 172; SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia postcontractual», *A.L.*, 1992, núm. 20, pág. 368], es sentir común que, a partir del ET, existe en esta materia una primacía absoluta de las partes en su fijación y que su acuerdo al respecto es condición de validez: BAYLOS GRAU, A., «La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial», *T.L.*, 1986, núm. 8, pág. 22; DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid (Edersa), Tomo V, 1985, pág. 198; VICENTE PALACIO, M.A., «Pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. A propósito de la STS 4.º de 10 de julio de 1991», *T.S.*, 1992, núm. 15, pág. 20; MORENO DE TORO, C., «El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva», *R.E.D.T.*, 1994, núm. 68, pág. 902; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *R.L.*, 1995, núm. 2, pág. 23.

(13) (Ar. 5880). En el caso concreto que se planteaba, las partes habían acordado al inicio de la relación laboral, sin más precisión, que «en el caso de extinción de la relación laboral el pacto de no competencia tiene una duración de dos años». Al término de la relación por dimisión del trabajador en la que comunica a la empresa su intención de trabajar para la competencia, el que hasta el momento había venido siendo su empleador requiere al trabajador -mediante carta cursada por conducto notarial- exigiéndole el cumplimiento del pacto y fijándole, simultánea y *unilateralmente*, la compensación económica que percibiría por su abstención equivalente en su montante al salario que venía percibiendo el trabajador. Ante esta situación el Tribunal no vacila en determinar que, al valorar el juez de instancia el pacto en litigio y otorgarle validez ha aplicado los criterios de la LCT/44 ya superados por el ET y que, por tanto, la falta de acuerdo sobre la compensación o su fijación unilateral hace el pacto *nulo ab origine* por lo que no se le puede reconocer eficacia alguna.

Cabría cuestionarse, empero, si puede reputarse como válida la compensación económica en aquellos casos en que las partes, *de mutuo acuerdo*, reenvían su definitiva fijación a un tercero ajeno a la propia relación laboral o acuerdan que sea una sola de ellas la que decida cuál es la compensación al llegar el momento de eficacia del pacto. En tales casos, en principio, nadie impone una fijación exógena a la voluntad conjunta de los interesados sino que son éstos, en ejercicio de su autonomía, los que deciden celebrar el acuerdo de conformidad con ese preciso mecanismo de fijación (reenvío de mutuo acuerdo). En ambos casos, en realidad, las partes no han determinado la compensación económica sino que simplemente la dejan determinable, por lo que, de manera previa a su resolución, debemos solventar si la cuantía puede o no quedar determinable. Cuestión esta que enlaza con el siguiente de los planos que nos proponíamos analizar.

3. Entramos así en el ámbito objetivo del problema y que consiste en perfilar cuándo puede decirse que ha quedado acotada y válidamente fijada la cuantía preceptiva. Pues bien, presupuesta la existencia del resto de elementos necesarios para la *validez del pacto*, ésta se produce cuando ha quedado perfectamente determinada la cuantía de la compensación económica o cuando, al menos, sea determinable (14). La exigencia estatutaria de compensación económica consiste no sólo en la previsión de una cuantía sino en que ésta sea expresa y posea identidad propia (15).

Para entender que se cumple la determinabilidad, la compensación debe poder conocerse sin necesidad de un acuerdo posterior de las partes (art. 1.273 CC). De ser necesario ese ulterior acuerdo, el pacto no se habría celebrado y lo que se hubiera acordado sería reconducible, a lo sumo, al régimen jurídico de los tratos preliminares. Se trata, pues, de que las partes en el momento de celebración del acuerdo postcontractual establezcan, de modo suficientemente explícito, los criterios o módulos con arreglo a los cuales tal determinación (la individualización de la compensación económica) pueda producirse en un momento posterior.

Uno de los criterios que podrían fijar las partes de mutuo acuerdo con arreglo a los cuales llevar a cabo posteriormente la definitiva determinación de la compensación, sería dejar la misma al criterio de un tercero o a la de una de las partes. Al primer caso, no parece que se le pueda oponer obstáculo jurídico alguno; más bien al contrario, dicha facultad entraría plenamente dentro del amplio campo negociador permitido por el artículo 1.255 CC (16). Ahora bien, dentro de esa referencia gené-

---

(14) En este mismo sentido, MELCHIONNA, R., «L'onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza», *Diritto del Lavoro*, 1966, II, págs. 373-374; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 23.

(15) Por el contrario, cuando no puede averiguarse exactamente cuál es la cuantía de la compensación el pacto se declara inválido: STS 27-03-1990, (Ar. 2358).

(16) Aunque nuestro Código Civil sólo contempla dos supuestos concretos de determinabilidad a través de un tercero (arts. 1.447 y 1.690) se admite que no hay inconveniente alguno en admitir con carácter general la determinación por un tercero del objeto o de otro extremo cualquiera de un contrato cuando éste sea el criterio de determinabilidad que las partes han establecido de mutuo acuerdo: DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid (Tecnos), 1993, 2.ª ed., vol. I, pág. 212.

rica a un tercero no parece que sea admisible una remisión al criterio judicial al no ser la función de los Tribunales hacer «dictámenes o consultas» sino la de resolver pretensiones concretas (17). Sí cabría, sin embargo, la remisión de las partes a un arbitraje para su determinación siempre que en el mismo se asegure la imparcialidad (18). Por el contrario, no cabría admitir la segunda figura toda vez que la regla en el Derecho general de los contratos es que no puede dejarse su validez al arbitrio de una de las partes (art. 1.256 CC); ello, a nuestros efectos, supone no admitir que una de las partes, aunque las dos estuvieran de acuerdo, deje al arbitrio de la otra la compensación económica (19).

No siendo los anteriores los casos más habituales de determinabilidad de la compensación, otro tipo de módulos para determinar la cuantía de la compensación económica ya han sido considerados válidos por nuestra jurisprudencia. Por ejemplo, que se fije un porcentaje fijo sobre el salario que tenga el trabajador a la extinción del contrato de trabajo (20), una parte de la última remuneración percibida (21), o aplicar un porcentaje sobre el promedio de un período prefijado de salario del trabajador (22). Asimismo se ha *aceptado que la compensación no sea estrictamente económica aunque tenga marcado valor patrimonial*. En concreto, se admite que la compensación por abstención consista en no cobrar al trabajador el precio de un curso de aprendizaje previamente realizado (23).

(17) Los jueces, como ya ha sentenciado el Tribunal Supremo en relación a la huelga, no tienen competencia para «hacer dictámenes» sino tan sólo para resolver conflictos concretos. *Vid.* en este sentido, STCT 17-03-1988, (Ar. 2033) denegando entrar en una sentencia declarativa sobre la legalidad o ilegalidad de una huelga convocada: «esta aparente acción declarativa carente de enfoque directo a la protección de un cierto derecho, se presenta a modo de consulta al Tribunal para que emita su opinión y poder calificar ulteriores situaciones». En este mismo sentido, STCT 23-07-1986, (Ar. 6737).

(18) Posibilidad esta muy extendida en el Derecho estadounidense y aconsejada para el pacto de no competencia: LIDDLE, J.L., GRAY W.F., «The law of restrictive covenants, noncompetition agreements, and employee loyalty -an update», *Employee Labor Relations Law Journal*, 1983, vol. 9, págs. 4-7.

(19) Normalmente el precio de los servicios siempre se exige que sea cierto, para una excepción admitida jurisprudencialmente con base en la costumbre o la ley *vid.* LUCAS FERNÁNDEZ, F., «El pago del precio en el arrendamiento de servicios profesionales», *ADC*, 1983, vol. II, págs. 1.469-1.499.

(20) STS 24-07-1990, (Ar. 6467): «la cláusula contractual de referencia establece una indemnización a cargo de la empresa, precisamente cuantificada en el setenta y cinco por ciento del montante salarial percibido por el trabajador», en sentido idéntico: STS 05-02-1990, (Ar. 821); STS 02-01-1991, (Ar. 46).

(21) STSJ Madrid 25-06-1991, (Ar. 4105): «un tercio de la última remuneración mensual».

(22) STSJ Cataluña 12-05-1992, (A.S. 2834): «el promedio mensual de lo percibido en los seis últimos y en proporción de una cantidad promedio mensual por año completo de trabajo para la empresa con el tope máximo de una anualidad de salario. En caso de ser su antigüedad inferior a un año, la indemnización compensatoria será la correspondiente a una mensualidad, calculada como promedio de los ingresos mensuales obtenidos desde la firma del contrato».

(23) STSJ Andalucía (Málaga) 14-10-1992, (A.S. 5034): «Se establecía como precio, tanto teórico como práctico del aprendizaje de las técnicas referidas la cantidad de 4.000.000 pts, pero no obstante lo anterior Figufirma no exigiría el pago del precio del aprendizaje, mientras las demandantes trabajasen para ella, en las condiciones fijadas en el contrato de trabajo. c) Una vez extinguida la relación laboral, Figufirma tampoco exigiría el pago si las demandantes no competían». «Como garantía de lo anterior, se extendían dos letras de cambio por importe de 4.000.000 pts debidamente aceptadas por las demandadas, las cuales Figufirma se comprometía a no pasar al cobro o poner en circulación, siempre que se cumplieran las condiciones previstas de que se ha hecho mención, y quedando las citadas letras depositadas en la

4. Finalmente, restaría por analizar el momento en que debe quedar fijada la compensación. A este respecto debe señalarse que tal preciso instante resulta indiferente y que, como en el conjunto de los ordenamientos con regulación específica del pacto de no competencia, el momento de fijación de la cuantía se deja a la completa libertad de las partes. En consecuencia, las combinaciones de posibilidades son múltiples. Así, la compensación económica podrá quedar fijada en el momento de celebración del contrato si la cláusula de no competencia postcontractual va incluida en el propio contrato de trabajo; en cualquier momento posterior si el pacto se celebra durante la vigencia del contrato; en el momento de la extinción del contrato de trabajo, se hubieran o no acordado previamente el resto de requisitos de validez del pacto, etc. Debe resaltarse, no obstante, que de dicha libertad temporal depende el momento de validez del propio pacto ya que éste sólo se entenderá válidamente celebrado cuando la compensación haya quedado determinada o, al menos, fijados los criterios para su determinación.

#### IV. EL CONTENIDO O CUANTÍA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA Y LA EXIGENCIA LEGAL DE QUE ÉSTA SEA «ADECUADA»

1. Como venimos comprobando, el legislador ha dejado casi todos los extremos de la compensación económica a la libre voluntad de las partes. Prueba manifiesta de tal opción legislativa es que, a diferencia de otros ordenamientos comparados -principalmente, el belga (24) o el alemán (25)-, el artículo 21.2 ET y sus homólogos (art. 8.3 RD sobre el personal de alta dirección: RDAD y artícu-

---

Notaría del señor R.M. quien las devolvería a la entidad demandada, previa acta notarial de manifestación, en las que se recogían algunas de las condiciones reflejadas en el contrato, motivadoras del derecho de Figufirma a cobrar el importe de aquéllas, quedando el justificante del depósito notarial en todo momento, a disposición de las actoras para su comprobación en las oficinas de Figufirma transcurridos dos años desde que se produjeran las bajas en la empresa las demandantes podrían retirar directamente las letras en la citada Notaría». Sustanciales términos y problema dado que es de otra empresa del mismo grupo: STSJ Castilla y León (Burgos): 15-01-1993, (A.S. 38): «se sustituye la compensación económica por el costeamiento del aprendizaje de la especialización profesional a que se refiere el artículo 21.4 ET».

- (24) La regulación *belga* establece pautas muy precisas. El pago de una indemnización compensatoria única y con carácter de tanto alzado se concibe como requisito básico y la cuantía mínima que pueden establecer las partes se fija en la mitad de la remuneración bruta que viniera percibiendo el trabajador en el mes precedente al día de la finalización del contrato de trabajo. Para aquellos trabajadores que perciben una remuneración total o parcialmente variable se establece que, para la parte variable, la fijación de la cuantía que se estima adecuada corresponde a la media de la remuneración bruta de los doce meses anteriores a la terminación el contrato (art. 65 LCT).
- (25) Por su parte, la regulación *alemana* preceptúa como «mecanismo para proteger al dependiente», que el empleador debe pagar al empleado mientras dure la prohibición de competencia, una indemnización que se eleve, por cada año que se prolongue la cláusula prohibitiva, por lo menos a la mitad del salario que el empleado cobrara últimamente en virtud de su contrato (§ 74 HGB). Como en Bélgica, se establecen criterios para el caso de que la retribución del empleado consista en una comisión o en otros conceptos variables, pero la diferencia estriba en que aquí el promedio que sirve de cálculo a la indemnización es el de los tres últimos años (y no el de un año precedente como en Derecho belga), siempre y cuando el trabajador no llevase menos tiempo en la empresa, en cuyo caso, deberá promediarse el tiempo de estancia. No se incluyen en el cálculo de la indemnización las remuneraciones particulares destinadas a reembolsar al traba-



lo 10.4 RD de Mediadores Mercantiles: RDMM) carecen de cualquier módulo o criterio objetivo para su cuantificación (26). A la vista de la falta de regulación legal en torno a la cuantía de la compensación económica y en virtud del artículo 1.255 CC, no cabe duda que lo que el legislador sanciona, en definitiva, es la *preeminencia de un módulo subjetivo en la determinación de la cuantía de la compensación económica*. En su virtud, son las partes las que determinan qué cuantía estiman adecuada y sería, en principio, suficiente que el trabajador considerase efectivamente compensada la limitación de trabajo para conceder validez al pacto suscrito (27).

2. Ello no obstante, la libertad contractual no es absoluta y se encuentra sujeta a límites contemplados en el propio artículo 1.255 CC, entre ellos, las normas imperativas. El artículo 21.2 ET fija en parte, y aunque de modo especialmente indeterminado, el contenido de la regla contractual al especificar que la compensación que otorga validez al pacto ha de ser «*adecuada*». La «*adecuación*» que debe reunir la compensación económica para su validez permite sin duda ciertos poderes moderadores del juez en la valoración de la cuantía acordada por las partes (28), pero éstos, en todo caso, no tienen carácter constitutivo, pues la norma no sanciona una intromisión injustificada del órgano judicial en la voluntad de las partes, sino que tan sólo poseen virtualidad *a posteriori*. Y ello, porque la compensación económica del pacto no puede considerarse una «pena» en el sentido del artículo 1.154 CC (susceptible de automática moderación judicial de acuerdo con la equidad), al no

---

jador los gastos especiales ocasionados por el servicio [§ 74.b) HGB], esto es, el equivalente de nuestras percepciones extrasalariales consistentes en indemnizaciones o suplidos por gastos del trabajador como consecuencia de su actividad laboral. Al modo de lo que ocurre en España para el cómputo de los salarios de tramitación mientras se subsistía el proceso de despido, al hacer el cálculo de la indemnización se tiene en cuenta en Alemania la ganancia obtenida por el empleado si, mientras dura la prohibición de competencia postcontractual, trabaja para otra empresa: GLANEGGER, P., NIEDNER, H.J., RENKL, G., RUSS, W., *HGB Kommentar*, Heidelberg (C.F.Müller Juristischer Verlag), 1987., § 74 NM 5, § 74.b) NM 2, § 74.c) NM 1-3.

(26) En este aspecto el ordenamiento español se alinea con el italiano en el que, aunque la cuantía viene determinada por las partes en el documento escrito, se admite que en caso de desacuerdo pueda el juez moderarla conforme criterios de equidad y teniendo en cuenta la extensión de la restricción y lo que venía percibiendo el trabajador en el momento de la finalización del contrato.

(27) CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 24.

(28) Aunque no coincide en qué casos es posible, la doctrina converge al admitir que la «adecuación» legalmente establecida en el ET permite la intervención judicial en la compensación económica: BAYLOS GRAU, A., «La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 22; DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, págs. 198-199; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85 (I y II)», *R.L.*, 1988, vol. I, pág. 199; VICENTE PALACIO, M.A., «Pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. A propósito de la STS 4.º de 10 de julio de 1991», *op. cit.*, pág. 20; SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 368; NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., «La prohibición de competencia por imperativo legal y el pacto de no competencia», *A.L.*, 1993, núm. 21, pág. 387; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 24. Intervención que, aunque de modo indirecto, ya ha se ha producido, sin mucha argumentación, en alguna ocasión aunque de modo indirecto. Así, la STS 27-03-1990, (Ar. 2358), señala que «aun aceptando la cifra que el recurrente señala como cifra de compensación, o sea, la mitad de 63.449 ptas. mensuales, no sería la adecuada para la validez del pacto de no concurrencia objeto de enjuiciamiento».

constituir una suma de dinero por la inejecución de una obligación sino, por el contrario, una contraprestación por la ejecución de una obligación (29) y, en definitiva, una cuestión contractual concreta, que ciñe o circunscribe la tarea del juez a la mera interpretación, que no integración, de dicha cláusula contractual (30).

Evidentemente, el problema en la tensión entre la libre voluntad de las partes y la exigencia legal de adecuación de la compensación económica radica en dotar de contenido a un criterio indeterminado como el de *adecuación*. Sólo dibujando las líneas básicas de su contenido se impiden injustificadas intervenciones heterónomas en la organización de los intereses contractuales de las partes al quedar precisado el ámbito de actuación permitido al órgano judicial. Por esta razón, trataremos inicialmente de acotar cuáles son los criterios básicos que determinan la adecuación de la compensación económica del pacto de no competencia para pasar a analizar, a continuación, los supuestos en que los que el órgano judicial puede utilizar sus poderes moderadores e intervenir en la ponderación de la compensación económica.

### **1. Preeminencia de un módulo subjetivo en la adecuación de la compensación económica: crítica al salario real del trabajador y la ocasión de ganancia como mínimos sobre los que valorar su adecuación.**

1. El indeterminado concepto de «adecuación» de la compensación económica exigido por el artículo 21.2 ET ha llevado a la doctrina laboralista a proponer algunos criterios o módulos a tener necesariamente en cuenta para estimar que la compensación pactada cumple dicho requisito legal. En primer lugar, se asume que la adecuación de la compensación debe partir, como base para su cálculo, del salario realmente percibido por el trabajador. Se aboga a favor de que, *como mínimo, exista una coincidencia de la compensación con la retribución total que viniera percibiendo el trabajador con anterioridad* (aunque sin especificar en qué período de tiempo) a la extinción (31). Pero además y en segundo lugar, se alega que debe igualmente contemplarse la *ocasión de ganancia* que pierde el trabajador al celebrar el pacto de no competencia (32) sobre la base de que, no tenerla en

---

(29) MAZEAUD, D., *La notion de clause pénale*, París (LGDJ), 1992, pág. 258; SERRA, Y., *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, pág. 167.

(30) ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid (Civitas), 1991, pág. 354.

(31) Incluyendo en la retribución tanto el salario en dinero como en especie así como la totalidad de complementos y comisiones: SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 369 siguiendo la propuesta más general de DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA. VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, pág. 198; NICOLINI, G., *Diritto del Lavoro*, Milano (Giuffrè), 1992, pág. 397.

(32) Al comentar la LCT/44 la doctrina ya estimaba que debía tenerse en cuenta el criterio del lucro cesante al establecer la indemnización por no competencia: CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid (MTSS), 1977, pág. 199; PEDRAJAS MORENO, A., «La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo», *op. cit.*, págs. 210-211. Tras el ET, incluyendo la ocasión de ganancia tras el ET: DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en



cuenta, supondría atender simplemente a la subsistencia del trabajador ignorando que con ello «se impide al trabajador el uso más provechoso de su patrimonio profesional, su utilización en las actividades en que podría resultarle más fructífero» (33). Pese a que la expuesta sea la postura mayoritaria en la doctrina, no parece que en el modelo actual pueda considerarse acertada.

Partir de que la adecuación de la compensación económica debiera hacer referencia a la *cuantificación exacta del sacrificio sufrido* por el trabajador como consecuencia de la asunción del pacto de no competencia laboral (34), no sólo lleva consigo el problema siempre difícil de valorar dicho perjuicio (35) sino que, sobre todo, sólo tendría sentido si se estima que el «daño» derivado del pacto no ha sido asumido voluntariamente por el trabajador, posición esta que, sin embargo, no casa del todo bien con el carácter «contractual» y voluntario que preside el «pacto» en cuestión. Ciertamente, podría alegarse que su celebración no es del todo «voluntaria». Sin embargo, si no existe un vicio en el consentimiento, tal argumentación carece de efectividad jurídica inmediata y simplemente constituye un argumento válido, y a mi modo de ver, especialmente necesario en este tipo de cláusulas contractuales, para reclamar una intervención activa de los agentes sociales en la negociación colectiva y que sean ellos los que, en igualdad material, establezcan criterios fijos o móviles para determinar la compensación económica a la que se condiciona la validez del pacto. En su ausencia, y

---

AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 199; BAYLOS GRAU, A., «La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial», op. cit., pág. 22; VICENTE PALACIO, M.A., «Pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. A propósito de la STS 4.º de 10 de julio de 1991», op. cit., pág. 21; SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia post-contractual», op. cit., pág. 369; NEVADO FERNÁNDEZ, M.J., «La prohibición de competencia por imperativo legal y el pacto de no competencia», op. cit., pág. 387; DE VAL TENA, A.L., «El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo del personal de alta dirección: criterios jurisprudenciales», Comunicación presentada al IV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Santa Cruz de Tenerife el 21 y 22 de junio de 1993, pág. 9.

- (33) DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA.VV., *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., pág. 199, recogiendo el criterio ya propuesto para la LCT/44 por PEDRAJAS MORENO, A., «La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo», op. cit., págs. 210-211.
- (34) Alguna sentencia aislada hace referencia a este criterio: «el artículo 21 ET hace depender la validez del pacto de no competencia, entre otros requisitos, a que se satisfaga una compensación económica adecuada, tal adecuación no puede ser otra que la referida a la indemnización o compensación de la limitación que tal prohibición implica», si bien insistiendo posteriormente en que ha de primar la autonomía de la voluntad de las partes y la interpretación hermenéutica del pacto: STSJ Cataluña 12-05-1992, (A.S. 2834). Posición que, en sus líneas generales compartimos, como veremos más adelante.
- (35) Entre otros motivos, por cuanto para proceder a una justa adecuación el momento preciso de valoración sería no el del inicio o del transcurso de la relación laboral sino el de la extinción del contrato de trabajo al ser éste el instante donde con mayor precisión podría medirse el perjuicio ocasionado al trabajador en la medida en que se tendrían en cuenta de una manera global los conocimientos adquiridos por el trabajador y el valor de su fuerza de trabajo en el mercado [FABRIS, P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milano (Giuffrè), 1976, págs. 113-114]. Opción esta que, sin embargo, no se corresponde con el modelo español del artículo 21.2 ET que, como es evidente, permite la celebración del pacto laboral de no competencia en cualquier momento (coetáneamente a la celebración del contrato de trabajo, durante la relación laboral, en el momento de la extinción del contrato de trabajo e, incluso, una vez extinguido cuando sea accesorio a éste y consecuencia manifiesta del mismo).

salvo posterior intervención legal que modifique la estructura del artículo 21.2 ET, no parece que quepa ninguna duda en torno a la voluntad legislativa de sancionar una preeminencia de la libertad de la voluntad de las partes en este punto.

2. Es por ello, por lo que no cabe acoger los criterios de fijación propugnados por la doctrina mayoritaria y a los que antes aludíamos. Por ello, y desde esta óptica, no parece que pueda calificarse de «inadecuada» una compensación económica acordada por las partes que no se corresponda con el *salario percibido* por el trabajador en el momento de la extinción del contrato (36) por dos básicas razones. La primera y más evidente, porque *el pacto de no competencia no implica una inactividad total del trabajador* (37) sino que la obligación negativa asumida por el trabajador, con su consentimiento y de modo ineludiblemente temporal, se ciñe a aquellas actividades estrictamente competitivas y relevantes contractualmente para el empleador. Además, y en segundo lugar, porque defender la equiparación salarial como base de adecuación de la compensación *tendría como efecto gravar desproporcionadamente al empleador en la medida en que se le obligaría a abonar la misma cantidad que cuando el trabajador prestaba servicios efectivos*. No es por ello extraño que nuestros Tribunales, abandonando una tendencia inicial de tomar como base de cálculo el salario real que venía percibiendo el trabajador (38), se sitúen hoy en día (39) junto a la posición acogida por otros ordenamientos extranjeros consistente en entender como *válida la estipulación de una cuantía menor al salario efectivamente percibido en el último mes* (40).

(36) En la doctrina española, aunque sin apenas argumentos, se mueven en esta misma dirección: FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85 (I y II)», *op. cit.*, pág. 199; SALA FRANCO, T., *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao (Deusto), 1990, pág. 56; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 25.

(37) Como señala la STCT 25-03-1981, (Ar. 2091): «*sin que de otra parte resulte insuficiente la fijada en la sentencia por cuanto que la demandante no pretende indemnizar la total inactividad del trabajador sino la pérdida temporal de su empleo en la empresa permitiéndole cualquier otro tipo de actividad*». Por el Tribunal Supremo, en este sentido, STS 5-05-1966, (Ar. 2242): «*la indemnización no se extiende in quantum locupletior factus est, por regla general, sino en la medida precisa para asegurarle una indemnización durante el plazo de la prohibición*» y STS 01-06-1979, (Ar. 2368): «*al no prohibírsele toda actividad laboral, sino sólo y exclusivamente la que implique concurrencia con su anterior empresa*». Recientemente, STS 28-06-1990, (Ar. 5537): «*la indemnización es así ofrecida y aceptada como compensación por esa no concurrencia, que no implica una inactividad total, pues aun en el área de Jerez, puede dedicarse a cualquiera que no sea la producción y comercialización de vinos, y fuera de dicha área, incluso a éstas*».

(38) Antes de la promulgación del ET, cuando la cuantía de la indemnización podía fijarse discrecionalmente por los Tribunales a falta de acuerdo entre las partes *ex LCT/44*, se tomaba como base de cálculo el *salario real que venía percibiendo el trabajador* y que deja de percibir: STS 24-02-1961 (Ar. 716); STS 5-05-1966 (Ar. 2242) y STS 14-11-1967, (Ar. 3939); STCT 25-03-1981, (Ar. 2091). No se tenía en cuenta, por tanto, la ocasión de ganancia perdida: STS 01-06-1979, (Ar. 2368): para fijar la indemnización «*ha de atenderse, no a las actividades nuevas que haya emprendido, sino a las que venía realizando al servicio de su anterior empleadora*».

(39) Estableciendo un porcentaje o una cuantía inferior a la remuneración final del trabajador, entre otras: STS 5-02-1990, (Ar. 821); STS 24-07-1990, (6467); STS 2-01-1991, (Ar. 46); STSJ Madrid 25-06-1991, (Ar. 4105); STSJ Cataluña 23-10-1992, (A.S. 5146).

(40) Normalmente se regula una cantidad menor. Así en *Alemania*, el § 74 HGB establece un mínimo por debajo del cual la compensación no se considera válida (por lo menos debe elevarse a la mitad del salario que el empleado cobrara últimamente) pero no tiene que coincidir con éste. Incluso, en este mismo ordenamiento se prevé el descuento de los salarios ganados en otras ocupaciones durante el transcurso del pacto de no competencia [§ 74.c) HGB]. Así, si mientras

Si ello es así en lo atinente al salario, más aún lo es por lo que se refiere a la *ocasión de ganancia*. La exigencia de la incorporación del lucro cesante en la compensación podría resultar comprensible en el régimen normativo anterior donde existían reales posibilidades de causar al trabajador un daño efectivo y cuantificable a través de la obligación legal de no concurrencia postcontractual, pero no el régimen vigente (41). En efecto, en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en adelante LCT/44, la abstención de competencia era una obligación legal del trabajador que se extendía durante un tiempo después de extinguido el contrato de trabajo. Semejante morfología de la obligación permitía al empleador hacer un uso «a medida» de la misma en el sentido de que cuando comprobaba que el trabajador, extinguido su contrato de trabajo, se colocaba en una actividad que no le interfería, no hacía uso de la exigencia explícita de dicha obligación y se ahorra, así, la compensación económica que ésta exigía. Por el contrario, si comprobaba que tras la extinción el trabajador iniciaba, de modo inmediato o al cabo de un largo tiempo, una actividad competitiva, recordaba la obligación legal del artículo 74 LCT/44 y, a partir de ese momento, ofrecía al trabajador una compensación que, obviamente, éste no aceptaba en la mayor parte de los casos al estar ya completamente instalado. La falta de avenencia de las partes abocaba, finalmente, a la determinación de la compensación por parte del órgano judicial quien tomaba como referente el salario disfrutado con el empleador que ahora le exige el cumplimiento de la obligación.

Es claro que, en estos casos, el perjuicio de hecho producido al trabajador normalmente era bastante mayor que el realmente compensado; se producía una desproporción manifiesta entre las indemnizaciones estipuladas por el órgano judicial y los daños ocasionados a un trabajador que, no sólo debe abandonar la empresa (que podría ser propia y llevar consigo una fuerte inversión de capital) sino que, adicionalmente, debe incurrir en los costes de transacción inherentes a la búsqueda de un nuevo empleo. Actualmente, sin embargo, la libertad contractual que preside este pacto y el hecho

---

dura la prohibición de competencia postcontractual trabaja para otra empresa se descuenta de la compensación a percibir por el trabajador lo que gana en la nueva empresa e, incluso, lo que haya dejado de percibir a causa de su propia negligencia. El descuento procederá siempre y cuando dicha ganancia exceda de la décima parte del último sueldo cobrado por el trabajador; si la prohibición hubiera obligado al empleado a cambiar de residencia, la indemnización se fijará, no en la décima, sino en la cuarta parte del sueldo. Para la correcta aplicación de estos baremos, el trabajador tiene la obligación de suministrar la información sobre el importe de su sueldo cuando se lo requiera el empleador [§ 74.c) HGB]. En todo caso, «la suma del nuevo salario y la indemnización pactada no puede superar el 110% o 125% del último salario en caso de cambio de residencia derivado del pacto de no competencia»: GLANEGGER, P., NIEDNER, H.J., RENKL, G., RUSS W., *HGB Kommentar, op. cit.*, § 74.c) NM 1-3. Para el ordenamiento *belga* el montante mínimo de esta compensación es el de la mitad de la remuneración bruta del obrero correspondiente a la duración de la efectiva aplicación de la cláusula. Una compensación inferior a la ganancia real del trabajador es igualmente la tendencia apreciable en los convenios colectivos *franceses*: BRUN, A., *L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports du travail, op. cit.*, pág. 363. Una recopilación de los convenios colectivos franceses con regulación sobre pactos de no competencia y la regulación de una compensación económica menor a la del salario del trabajador como regla general de aplicación, puede consultarse en SERRA, Y., *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile, op. cit.*, págs. 297-329.

- (41) Señalando la no obligatoriedad de que se tenga en cuenta la ocasión de ganancia para considerar la compensación adecuada: DIÉGUEZ CUERVO, G., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Madrid (Civitas), 1991, pág. 229; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, págs. 23-24.

de que sean las partes quienes fijan la cuantía de su compensación, es el trabajador quien debe calibrar la reducción de sus posibilidades de trabajo y las oportunidades de ganancia «perdidas» o «ganadas» (42), a la hora de decidir si celebrar el pacto y de determinar la compensación económica.

3. De todo lo anteriormente dicho, cabe concluir señalando que la exigencia legal de que la cuantía sea «adecuada», por su propia indeterminación y al no fijar módulos o criterios para determinar su cómputo, en realidad, sanciona una amplia facultad de la autonomía individual de las partes en punto a la fijación de su *quantum* de común acuerdo atendiendo a sus respectivos y contrapuestos intereses. La desventaja que, en la mayoría de las ocasiones, este principio de libertad contractual ocasiona para la parte del trabajador no obsta para que éste sea el que preside la institución. La ausencia de precisiones legales o convencionales en torno a la cuantificación de la compensación económica hace que, en el sistema de fuentes laborales, sea la voluntad individual de las partes la que dote de contenido la ausencia de previsión legal. En su virtud, trabajador y empleador podrán contemplar todos y cuantos aspectos consideren pertinentes a los fines de cerrar la celebración del pacto si éste les interesa y la referencia legal a la «adecuación» de la misma debe entenderse como un criterio de control judicial, de carácter extraordinario y, en todo caso, posterior a su inicial determinación por las propias partes. De ahí que, por ellos, sea natural que nuestros Tribunales, entre otras combinaciones posibles, acepten sin problema que las partes acuerden la inclusión de la totalidad de la remuneración, sea ésta bruta o neta; que incluyan o no el salario en especie (43) o los complementos extrasalariales; que consista ésta en el pago de anteriores cursos o créditos empresariales al trabajador no cobrados (44); o que decidan hacer depender la cuantía de la causa de extinción del contrato (45).

---

(42) O «ganadas», habida cuenta de que en épocas de crisis las alternativas de trabajo son escasas -el «valor de mercado» disminuye- y la extinción por circunstancias económicas o conexas, en muchos casos, inevitable; en cuyo caso, tomar como base del cálculo el salario realmente percibido por el trabajador sería manifiestamente un criterio suficiente.

(43) Aunque la mayoría de la doctrina se decanta por entender que la compensación debe siempre ser pecuniaria [cfr: IGLESIAS CABERO, M., *Relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección*, Madrid (Civitas), 1991, pág. 87; MORENO DE TORO, C., «El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva», *op. cit.*, pág. 902], recientemente se propone que podría consistir en el disfrute por el trabajador de ciertas ventajas como disfrute de vivienda, automóvil, etc. (CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.* pág. 26). Posición, esta última, que compartimos por cuanto todas esas ventajas de las que puede disfrutar el trabajador poseen un indudable valor económico.

(44) Valorando el aprendizaje recibido en la actividad profesional y estipulando la empresa no cobrar dicha cantidad si cumple lo pactado: STSJ Castilla y León 15-01-1993, (A.S. 38); STSJ Andalucía/Málaga 14-10-1992, (A.S. 5034). Esta posibilidad se recoge normativamente en *Portugal* ya que, aunque la determinación de la compensación económica se deja a la libertad individual de las partes, se admite expresamente que la compensación pueda reducirse de forma equitativa cuando la empresa haya gastado sumas importantes en la formación profesional del trabajador [art. 36.2 c) LCT].

(45) Toda vez que no parece que sea equivalente que la eficacia del pacto se active por la propia voluntad del trabajador (v.gr. por dimisión del trabajador) o por voluntad del empleador (v.gr., cuando la extinción del contrato es forzada por el empleador como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones empresariales). Aspecto habitual en el panorama francés de la negociación colectiva, siendo mayor la indemnización cuando se trata de despido no justificado o por causas económicas y más reducida cuando se produce por la dimisión del trabajador. Un panorama sobre estas consideraciones en el Derecho francés: AMIEL-DONAT, J., *Les clauses de non-concurrence en Droit du Travail*, *op. cit.*, pág. 60.

## 2. Las facultades moderadoras del juez sobre la compensación económica fijada por las partes y sus límites.

1. Como acabamos de ver, la libertad que el artículo 21.2 ET otorga a las partes para la fijación de la compensación económica derivada del pacto de no competencia postcontractual, y el hecho de que el objeto del pacto de no competencia no sea absoluto sino limitado, otorga base suficiente para mantener que, en realidad, existe una «presunción de adecuación de la compensación económica» que hayan fijado las partes. Correlativamente, ello significa verificar una *importante limitación en las posibilidades de moderación judicial que permite la «adecuación» como requisito legal*. Habida cuenta de la naturaleza contractual del pacto y de que genera una relación obligatoria de carácter sinalagmático, debemos entender que *la adecuación exigida hace referencia a la equivalencia de las prestaciones y a la ratio de la norma en cuestión (46)*. Se trata, por tanto, de alcanzar un equilibrio entre los intereses del empleador y los del trabajador respetando, como regla general, la cuantía inicialmente fijada por las partes como manifestación inequívoca de su libertad contractual pero atendiendo, al mismo tiempo, al conjunto de circunstancias que rodean el contrato y al concreto puesto de trabajo que ostente el trabajador en el seno de la organización productiva. En consecuencia, la adecuación será un *concepto variable* que dependerá, en última instancia, de las condiciones de trabajo disfrutadas en la empresa y de las *posibilidades de empleo* que le queden al trabajador condicionadas, básicamente, por el *ámbito de aplicación del pacto de no competencia*. La mayor o menor duración (47), el mayor o menor ámbito objetivo de prohibición (pacto de no competencia en sentido territorial estricto o «pacto de no solicitud o contratación de anteriores clientes», etcétera), o la extensión del espacio geográfico en el que el trabajador se compromete a no desarrollar su actividad ni a competir con la empresa, debiera redundar proporcionalmente en la cuantía de la compensación económica.

El límite a la presunción de adecuación de la compensación pactada por las partes, en consecuencia, sólo se encontrará en aquellos casos en que la misma sea fijada sólo nominalmente (*v.gr.* compensación económica ínfima y que constituiría una disposición de derechos no admisible), en cuyo caso el pacto deberá reputarse nulo, o cuando exista una notable desproporción respecto al sacrificio impuesto al trabajador rompiéndose la equivalencia del pacto, supuesto este en el que podría estimarse que se ha producido una alteración del esquema causal recogido por la ley y en el que cabría admitir, en su caso, una acción rescisoria por excesiva onerosidad sobrevenida (48).

---

(46) LYON-CAEN, G., «Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage)», *op. cit.*, pág. 95; FABRIS, P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, *op. cit.*, págs. 113-115; GALANTINO, L., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino (G. Giappichelli), 1988, pág. 275.

(47) Una mayor duración de la obligación de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo exige un mayor importe de la compensación económica pactada y viceversa: LYON-CAEN, G., «Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non-concurrence ou de non-réembauchage)», *op. cit.*, pág. 95; BRUN, A. «L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports du travail», AA.VV., *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, París (Dalloz & Sirey), 1961, T.II, pág. 363; SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 369.

(48) FABRIS, P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, *op. cit.*, pág. 116. Sobre la excepcionalidad de esta figura y sus requisitos *vid. infra*, la tercera nota a pie de página posterior a la presente.

2. Junto a estos casos excepcionales de intervención judicial que, a lo sumo, permitiría la alusión legal a la «adecuación» de la compensación económica, no cabe duda de que *existen otras hipótesis donde también cabría admitir la intervención judicial*. Pero ahora ya no para «juzgar la adecuación» del monto fijado por las partes como para «adecuar» dicho monto al surgimiento de nuevas circunstancias.

En esta dirección, un primer caso donde cabría admitir la directa implicación judicial lo constituyen aquellos supuestos en que se produce un *desajuste en la duración del pacto* (v.gr. se ha pactado por un tiempo de tres años pensando que no es un pacto laboral) o en la *clasificación del trabajador* (con la consiguiente reducción o ampliación igualmente de la duración). En tales casos, al reducirse judicialmente la duración del pacto para ajustarlo a los máximos legales permitidos, es necesario alterar el importe de la compensación de manera proporcional y con idénticos criterios económicos tomados en cuenta para la determinación de la cuantía inicialmente convenida (49).

Un segundo supuesto de necesaria intervención judicial para proceder y verificar la adecuación de la compensación ocurre cuando se produce *un cambio sustancial de circunstancias respecto de aquellas en las que se acordó*. En estos casos de desequilibrio de prestaciones recíprocas, cabría aplicar la doctrina general (de carácter altamente excepcional) en torno a la cláusula *rebus sic stantibus* (50). Podría pensarse en la aplicación de esta cláusula en aquellos casos en que se produce una «devaluación monetaria»; efecto natural en la mayor parte de los pactos de no competencia celebrados al inicio de la relación laboral y que se limitan a contemplar una cuantía cerrada. Sin embargo, no parece que una devaluación por sí sola sea un hecho suficiente para poner en marcha la aplicación de esa doctrina. Como señala la mejor doctrina, para que así fuera sería necesario que la devaluación monetaria fuera imprevisible, que no formara parte del normal funcionamiento de los contratos de ejecución diferida y que incidiera en la economía del contrato de una manera tal que derrumbase el equilibrio de las prestaciones (51). Por este motivo, resulta siempre conveniente que sean las propias partes las que prevean mecanismos compensatorios o de adecuación que revaloriz-

(49) SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 369. Aunque en relación a la indemnización a pagar por el trabajador al empleador por incumplimiento del pacto, la STS 02-01-1991, (Ar. 46), recoge la indisoluble unidad entre duración del pacto y perjuicio del trabajador de modo tal que, cuando la duración del pacto se reduce (por no ser el trabajador técnico) también debe reducirse proporcionalmente la indemnización a pagar. Aplicando analógicamente la doctrina, no parece que quepa duda alguna en la relación existente entre duración y compensación económica al estar ésta vinculada, como sabemos, al mayor o menor perjuicio ocasionado al trabajador.

(50) CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 24. Una completa recopilación jurisprudencial en torno a las posibilidades reales de esta cláusula puede encontrarse en SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid (Tecnos), 1990.

(51) En este sentido, DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, *op. cit.*, pág. 271. Ya que para la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* no basta con que produzca cualquier circunstancia no prevista sino que se ha de dar, en primer lugar, una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento del cumplimiento del contrato en relación a las concurrentes en el momento de su celebración. En segundo lugar, es precisa una desproporción exorbitante entre las prestaciones de los contratantes que derrumbe el equilibrio de las prestaciones. En tercer lugar, que las circunstancias sobrevenidas fueran imprevisibles. Y, finalmente, que se carezca de otro medio para salvar el perjuicio.



cen la compensación y la estabilicen al continuo devenir del mercado (por ejemplo, contemplando su revalorización de conformidad con el IPC desde el momento en que se celebra el pacto hasta que se hace efectivo, u otro mecanismo de esta índole).

Finalmente, la doctrina ha planteado un tercer supuesto, bastante dudoso en su autonomía desde nuestro punto de vista. Se alega que cabe la intervención judicial cuando, concluyéndose el pacto en el momento de la celebración del contrato, se dejase «la concreción de la cuantía de la compensación para el momento de la extinción y en dicho momento no se alcanzase un acuerdo por las partes» (52). Tal aserto resulta ambiguo en su contenido. Si entendemos que la concreción consiste en su fijación, en realidad, el pacto es inexistente y, a lo sumo, como se dijo anteriormente, se puede decir que existen unos tratos preliminares. Si, como segunda opción, esa posterior «concreción de la cuantía» que se deja al poder moderador del juez se debe a que las partes, en el momento de celebración del pacto, simplemente fijaron una compensación «determinable», no sería posible tampoco la intervención judicial toda vez que no debiera ser preciso un nuevo acuerdo de las partes ya que los módulos o criterios para su determinación deberían haber quedado perfectamente individualizados con anterioridad; si ello es así, no cabría disconformidad ulterior de las partes sobre su cuantía y determinación salvo cuando se produjera una alteración esencial de las condiciones o porque debiera modificarse alguno de los extremos del pacto con repercusión en la cuantía de la compensación. Supuestos estos últimos que, en todo caso, cabría reconducir a uno de los grupos anteriores de intervención judicial.

## V. MOMENTO PARA EL «ABONO EFECTIVO» DE LA COMPENSACIÓN ACORDADA

1. Por lo que se refiere al momento de pago o abono efectivo de la compensación acordada, las situaciones que se pueden producir son diversas y dependen, en última instancia, de cuál haya sido la voluntad de las partes en este aspecto concreto. No obstante, del examen de las resoluciones judiciales se infiere que dos son los supuestos más habituales en la práctica empresarial. Por un lado, el abono de la compensación económica durante la vigencia de la relación de trabajo; por otro, el pago de la cantidad pactada una vez extinguido el contrato de trabajo, bien sea a tanto alzado o como pago periódico. Veamos cada uno de ellos.

### 1. La viabilidad del abono de la compensación económica con anterioridad a la extinción del contrato.

1. Sin duda, la hipótesis más problemática es la primera de las expuestas, esto es, el abono de la compensación económica con anterioridad a la extinción del contrato. *La doctrina española y comparada niega con carácter general que la compensación pueda ser abonada durante la vigen-*

---

(52) DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA.VV., Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores, *op. cit.*, pág. 198.

*cia del contrato* aunque el pacto haya quedado válidamente acordado en el momento de la celebración del propio contrato de trabajo. Posibilidad que se niega tanto si el abono se realiza independientemente del salario, como cantidad alzada o periódica (53), como cuando va incorporada a un salario global superior a los mínimos legales o convencionales (54).

Varios son los argumentos básicos esgrimidos desde esta corriente doctrinal para eliminar la posibilidad del pago previo a la extinción del contrato de trabajo. Por un lado, porque existe la posibilidad de que el trabajador no resulte obligado por el pacto de no competencia (55). En la medida en que el pacto no comienza a surtir efectos hasta que el contrato se resuelve, sólo a partir de este momento es «cuando el ex-trabajador se ve privado o limitado en su actividad profesional y cuando se justifica y procede el abono de la indemnización pactada» (56). Por otro lado, se alega que el pago durante la relación de trabajo alteraría el esquema causal del pacto de no competencia. Si la función de la compensación económica consiste en «aliviar» la dificultad del trabajador que debe buscar otra ocupación para cumplir con su compromiso de no competencia (57), el pago anticipado podría provocar que, al extinguirse el contrato, el trabajador hubiera consumido los medios económicos que tenía previstos para subsistir total o parcialmente durante el tiempo siguiente a la extinción del contrato (58). Finalmente, el pago de una cantidad o porcentaje durante el contrato de trabajo presentaría el problema de una resolución *ante tempus* o prematura del contrato de trabajo, en cuyo caso, la compensación económica no sólo no cumpliría el requisito de ser determinada o determinable (59) sino que, además, podría plantear el problema de la «adecuación» de la cantidad efectivamente percibida (60).

---

(53) MELCHIONNA R., «L'onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza», *op. cit.*, pág. 375; TREU, T., «Labour Law and Industrial Relations in Italy», *International Encyclopaedia for Labor Law and Industrial Relations*, 1991, vol. VII, pág. 109; GALANTINO, L., *Lezioni di diritto del lavoro*, *op. cit.*, pág. 275. En nuestra doctrina, GONZÁLEZ VELASCO, J., «Régimen jurídico-laboral de los altos cargos», en AA.VV., *Contratación, remuneración, reciclaje y despido de altos directivos*, Madrid (M&CD), 1987, pág. 151; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 27.

(54) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, *op. cit.*, pág. 200; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F. y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La relación especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985 (I y II)», *op. cit.*, pág. 199; CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 27.

(55) GONZÁLEZ VELASCO, J., «Régimen jurídico-laboral de los altos cargos», en AA.VV., *Contratación, remuneración, reciclaje y despido de altos directivos*, *op. cit.*, pág. 151.

(56) CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 27.

(57) GALANTINO, L., *Lezioni di diritto del lavoro*, *op. cit.*, pág. 275.

(58) En este sentido, GONZÁLEZ VELASCO, J., «Régimen jurídico-laboral de los altos cargos», en AA.VV., *Contratación, remuneración, reciclaje y despido de altos directivos*, *op. cit.*, pág. 151.

(59) MELCHIONNA, R., «L'onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza», *op. cit.*, pág. 375.

(60) FABRIS, P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, *op. cit.*, pág. 118.



Frente a tales argumentos, y aunque de *lege ferenda* sean altamente encomiables, *no parece, empero, que la expuesta sea la solución técnicamente correcta en nuestro actual ordenamiento jurídico-laboral*. Es cierto que, atendiendo de mejor manera a la finalidad de la compensación económica, otros ordenamientos comparados restringen el momento del pago de la compensación económica al de la extinción del contrato, sea a través del pago de una cantidad a tanto alzado o a través de pagos periódicos (61). Pero también lo es que, en ausencia de una regulación imperativa en este sentido, *debe entenderse plenamente aplicable la autonomía individual de las partes también en este aspecto*. Inmersos en este sentir, y aunque sin muchos argumentos, nuestros Tribunales nunca han dudado en considerar válido el pago anticipado de la compensación económica (62).

2. Los razonamientos antes esgrimidos, por su parte, tampoco constituyen un obstáculo suficientemente consistente como para justificar la posición contraria. Así es, en primer lugar, el hecho de que finalmente el trabajador quede o no obligado por el pacto de no competencia no obsta, en modo alguno, para que la compensación económica pueda pagarse durante la relación de trabajo. Si ha quedado fijada la compensación el pacto es plenamente válido y, desde ese momento, obliga al trabajador. El hecho de que, posteriormente, el trabajador no llegue a estar obligado, implicará un problema ulterior de devolución de la cantidad percibida y de, en su caso, enriquecimiento injusto del trabajador cuyo riesgo ha sido asumido voluntariamente por las partes al prever tal modalidad de pago.

Tampoco parece oponible que el pago anticipado altere la función de la compensación económica toda vez que la finalidad de alivio no se desvanece con tal modalidad. La previsión de una cantidad pagada con carácter previo al efectivo despliegue de la obligación de abstención de competencia supone una mejora retributiva del trabajador respecto de quien no haya acordado tal abstención contractual. Esa partida extraordinaria afectada al cumplimiento del pacto no por ello pierde su finalidad «de alivio» ya que el trabajador siempre conoce cuál es su finalidad corriendo, por lo tanto, a su personal y libre riesgo, decidir si prefiere dar otro servicio o colocación más rentable a la compensación económica percibida. Supuesto este, por otro lado, bastante parecido al que plantean las pagas extraordinarias en el ámbito laboral. Como es sabido, en aquellos casos en que se haya previsto su prorrateo, y al margen del efecto meramente subjetivo que pueda ocasionar tal opción al trabajador (sensación de inexistencia de una partida económica distinta y de globalidad de retribución por los servicios prestados), no cabe duda alguna de que, objetivamente, tales pagas no pierden ni su existencia ni su finalidad. El consumo de la cuantía proporcional por las pagas o por el pacto de abstención de competencia antes de la llegada de vacaciones o de la obligación de abstención no altera su finalidad, resultando un problema fáctico ajeno al Derecho y a la interpretación jurídica.

---

(61) Así, el ordenamiento alemán prevé en el § 74 HGB que por el pacto de no competencia el empleador se compromete a pagar al empleado, «mientras dure aquella» y, más claramente aún, el § 74.b) del mismo texto señala que dicha compensación «debe ser pagada al final de cada mes». Por su parte, el artículo 36.4 LCT portugués, señala que debe atribuírse al trabajador una retribución «durante el período de limitación de su actividad». Aunque no lo diga expresamente, sí parece que lo recoge implícitamente el artículo 65.2 de la LCT belga cuando señala que la indemnización compensatoria será «única y con carácter de tanto alzado».

(62) Abonado en la nómina: STSJ Madrid 18-05-1992, (A.S. 2718); STSJ Madrid 25-03-1993, (A.S. 1452).

Finalmente, una objeción al tercero de los argumentos sobre los que se asienta la negativa a abonar la compensación durante la vigencia del contrato de trabajo exige diferenciar dos situaciones en función de que su cuantía haya o no quedado determinada por las partes. Cuando las partes *han acordado una compensación perfectamente prefijada en su cuantía* y ésta se distribuye en pagos periódicos durante la vigencia del contrato de trabajo, una corta duración de la relación no tiene por qué suponer una disminución arbitraria de la cuantía por parte del empleador. El resto de la cuantía no abonada, obviamente, deberá ser completada por el empleador antes de la eficacia del pacto ya que, en caso contrario, será de nuevo un problema de incumplimiento de las obligaciones asumidas y el trabajador podrá hacer uso de los mecanismos propios de la responsabilidad contractual (pretensión de cumplimiento o resolución) aplicables igualmente en el ámbito laboral.

Cuando, por el contrario, *la cuantía de la compensación no ha sido determinada ni se han dotado criterios objetivos de medición que eviten un acuerdo posterior sobre la misma*, sólo cabría el pago periódico de la compensación durante la vigencia del contrato si se admitiera la posibilidad de dejar la compensación al azar ya que, en otro caso, al no quedar fijada tal compensación, no existiría pacto de no competencia. Sin entrar en distinciones más sutiles entre los contratos aleatorios y los conmutativos con *alea* convencional (63), no parece admisible configurar el pacto de no competencia como un contrato aleatorio en sentido técnico. La estructura causal y conmutativa del pacto excluye la individualización de un *alea* en sentido técnico (64). Por otro lado, el hecho de que el legislador establezca como requisito esencial del pacto una compensación económica responde a una clara exigencia de necesario equilibrio económico entre las partes. De la misma manera que el pacto protege el interés del empleador en evitar una competencia más fácil por parte del trabajador que ha conocido las interioridades de la empresa, igualmente, protege el interés del trabajador en garantizarse una seguridad económica dada su previsible mayor dificultad en encontrar un empleo. Tal garantía no parece que se consiga *a priori* admitiendo la posibilidad de dejar la cuantía de la compensación al riesgo que supone la duración de la relación de trabajo (incluso aunque de alargarse indefinidamente la duración del contrato fuera más favorable para el trabajador). En consecuencia, como expresión de garantía, debe entenderse que la exigencia estatutaria de compensación económica consiste no sólo en la previsión de una cuantía sino en que ésta *sea expresa y posea identidad propia*, tal y como ya se dijo (65). La certeza o conmutatividad de la compensación se configura, pues, como dato cualificante del sinalagma contractual e impide la viabilidad del pacto cuando la compensación a él unida se encuentra simplemente englobada en la retribución del trabajador

---

(63) Para lo cual remitimos, por todos, a DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *op. cit.*, págs. 84-88.

(64) Un estudio detenido sobre la negación de la estructura aleatoria en sentido técnico del pacto de no competencia en, MAGRINI, S., «Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro», *op. cit.*, págs. 345-347.

(65) Al respecto *vid. supra* las consideraciones realizadas sobre la determinación de la compensación económica en el epígrafe: «la "fijación" de la cuantía económica: el mutuo acuerdo de las partes y su determinación como condiciones de validez».

o no quede ni determinada ni determinable (66). Sólo así, además, el trabajador puede sopesar en toda su globalidad el interés efectivo que para él tiene la celebración de ese pacto de abstención futura y si la compensación garantiza o no su seguridad económica.

## 2. Posibilidades de abono de la compensación económica tras la extinción formal del contrato y el «documento del finiquito».

1. El segundo momento temporal en el que puede producirse el abono de la compensación económica se produce al extinguirse el contrato de trabajo. Normalmente, en este momento se opta bien por el pago de *una cantidad alzada* (67), bien dividida en *pagos periódicos* a lo largo del tiempo de vigencia del pacto de no competencia (68), o por una *combinación* de ambos u otros elementos (69). Más discutible es la *posibilidad de que las partes pacten un pago único (o una parte importante de la cantidad pactada) a hacer efectivo al finalizar el tiempo de duración del compromiso de abstención asumido por el trabajador*. Sin embargo, desde el plano de la teoría general no cabe duda alguna de que tal opción es perfectamente viable habida cuenta de que las partes siempre pueden someter a condición suspensiva el requisito del pago y condicionar la entrega de la cantidad pactada al efectivo cumplimiento del pacto durante el tiempo estipulado. En tales casos, no cabe alegar por el trabajador la invalidez del pacto por falta de abono efectivo para incumplir su obligación de abstención en la medida en que, simplemente, en caso de incumplimiento, la obligación empresarial de pago no llega a nacer al no cumplirse la condición (art. 1.114 CC) y el trabajador no genera el derecho al pago de esa cantidad pactada (70).

(66) Sobre ellas, *vid.* MAGRINI, S., «Sul corrispettivo nel patto di non concorrenza fra lavoratore e datore di lavoro», *op. cit.*, págs. 350-352.

(67) Como ocurre, por ejemplo, en las cláusulas previstas por empleador y trabajador en los casos resueltos por STS 4-05-1990, (Ar. 3966); STS 28-06-1990, (Ar. 5537); STS 2-01-1991, (Ar. 46); STS 3-02-1991, (Ar. 790).

(68) Siendo esta modalidad la que parecía derivarse del artículo 74 LCT al preverse la «caducidad» del pacto cuando el empleador se negaba a pactar con el trabajador la oportuna indemnización «durante los años citados o, una vez convenida, dejare de pagarla». El compromiso de la empresa en pagar al trabajador al final de cada mes y durante el tiempo que dure la obligación en, STSJ Madrid 25-06-1991, (Ar. 4105); STSJ Cataluña 23-10-1992, (A.S. 5146). El abono de la cantidad pactada en cuatro pagas distintas en, STSJ Cataluña 12-05-1992, (A.S. 2834).

(69) Eso es, por ejemplo, lo que previeron empresa y trabajador en el pacto declarado válido por la STS 24-09-1990, (Ar. 7042). En el caso, las partes pactaron una compensación económica en la que el 50% se abonaba en el momento de la extinción y el resto en un momento posterior.

(70) Concretamente éste es el problema que, sustancialmente, se plantea en el caso dirimido por la STSJ Madrid 9-02-1990, (A.S. 622) en el que la empresa, con el consentimiento del trabajador, condicionó la entrega de la compensación pactada al efectivo cumplimiento del pacto durante el tiempo pactado. Al analizar la validez de tal pacto, el Tribunal señala que no puede alegarse la inexistencia del pacto por no haberse producido el pago de la indemnización (reconociendo además implícitamente que no es el pago sino la previsión de la compensación el único requisito de validez del pacto) en la medida en que el resto que quedó aplazada si no se entregó fué «porque se sometió a una condición suspensiva, la de que el recurrente no prestara servicios durante el plazo de un año en ninguna empresa de la misma actividad que la demandada, y, como no se cumplió esa condición, la obligación no llegó a nacer según dispone el artículo 1.114 CC y, por tanto, respecto de esa cantidad, no existía título ejecutivo alguno»; «como no cumplió su compromiso, la empresa tampoco estaba obligada a entregar la compensación pactada». A iguales efectos conduce el supuesto en que la compensación económica consista en no cobrar el coste de unos cursos previamente realizados por el trabajador, tal y como refleja la STSJ Andalucía (Málaga) 14-10-1992, (A.S. 5034) en el caso «Figurforma» reproducido anteriormente y que, como garantía

2. Un problema distinto, aunque igualmente vinculado al momento extintivo del contrato de trabajo, es el de la relación entre el finiquito y la compensación del pacto de no competencia postcontractual. Partiendo de la idea de que el denominado «finiquito» presenta una «morfología dispar» y habitualmente hace referencia a una variada gama de negocios jurídicos (71), resulta indudable la utilización de este documento para plasmar por escrito las condiciones de un pacto de no competencia contractual que se decide celebrar en el momento de la extinción del contrato de trabajo. En tal hipótesis, sea cual fuera el supuesto en el que las partes han firmado el finiquito (cualquiera de las causas de extinción del art. 49 ET) que lleva incorporado el compromiso de no competencia, debe entenderse que, a menos que las partes hiciesen constar expresamente su voluntad recíproca de quedar liberados de su obligación postcontractual (lo cual sería absurdo si se celebra en ese momento), el pacto válidamente celebrado alcanza plena eficacia «postcontractual» y no le alcanzan los «efectos liberatorios normalmente inherentes al finiquito». Y ello, porque normalmente la declaración de liberación propia del finiquito se contrae a la percepción de haberes salariales o de indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato y a las obligaciones de la empresa durante la vigencia de la relación laboral sin que puedan extenderse a las obligaciones recíprocas derivadas del pacto de no competencia postcontractual. De ahí que la reclamación posterior del trabajador por la cuantía acordada en pago del pacto de no competencia incluido en el finiquito sea siempre posible (72) así como la reclamación empresarial de cumplimiento de la obligación de abstención o el resarcimiento de los daños en caso de su incumplimiento por parte del trabajador (73).

del cumplimiento del pacto se extendían por la empresa dos letras de cambio debidamente aceptadas por las demandadas, las cuales Figuforma se comprometía a no pasar al cobro o poner en circulación y que podrían retirar transcurridos dos años desde la baja en la empresa. En el mismo sentido, STSJ Castilla y León (Burgos) 15-01-1993, (A.S. 38).

- (71) En sentido estricto, el finiquito hace referencia al documento en el que se plasma la extinción del contrato por mutuo acuerdo. Ello no obstante, es práctica habitual la de incluir una declaración de liberación de la empresa respecto a posibles obligaciones contraídas durante la relación de trabajo así como un «saldo de cuentas» o liquidación en sentido estricto. Un completo estudio sobre los tipos de negocios y la virtualidad del finiquito puede consultarse en, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., «La extinción del contrato de trabajo y el finiquito en la Ley 2/1991», R.T., 1990, núm. 100, págs. 189 a 204, cuyas propuestas se han visto recogidas en el ET por la reforma de 1994. Recientemente, recogiendo estas ideas, *vid.* también GARCÍA RUBIO, M.A., *El recibo de finiquito y sus garantías legales*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1995.
- (72) STCT 18-05-1974, (Ar. 2398): «sin desconocer sus efectos liberatorios, éstos se contraen a la percepción de haberes sin estimarse extensivos al cobro de la indemnización por no concurrencia». STS 28-11-1989, (Ar. 8278): ante la reclamación empresarial de indemnización por daños se alega por la trabajadora que «dado que la representante que ahora recurre, en el documento de finiquito que suscribió a la resolución del contrato de trabajo, se comprometió a *nada más pedir ni reclamar de la empresa* esa compensación económica no era ya exigible y tampoco lo era en consecuencia la indemnización pactada. Pero el argumento no es válido. El finiquito se refiere a las obligaciones de la empresa durante la vigencia de la relación laboral. En modo alguno podía significar un obstáculo para el derecho que en favor de la representante se establecía en la cláusula decimocuarta del contrato para después de extinguida esa relación: el de ser indemnizada por la empresa si ésta no le concediese autorización para efectuar u ocuparse o interesarse en negocios de métodos de adelgazamiento o productos dietéticos, es decir, si le fuese exigida la no concurrencia». STSJ Cataluña 23-10-1992, (A.S. 5146): la empresa pretende liberarse de la obligación de pago alegando «la existencia de un acuerdo negociado de rescisión del contrato, que se plasmó en el documento de saldo y finiquito de valor liberatorio para ambas partes», respondiendo el Tribunal que entre los conceptos a que se refiere dicho documento no consta la compensación económica establecida en el cuestionado pacto, lo que supone que el *derecho al percibo de dicha compensación continuó siendo exigible después de la firma de dicho documento*.
- (73) La propia sentencia que se acaba de citar en la nota anterior, STS 28-11-1989, (Ar. 8278), tras señalar que el finiquito firmado en modo alguno significa un obstáculo para el derecho de la trabajadora de ser indemnizada por la empresa si le fuese exigida la no concurrencia continúa diciendo que «ese derecho, que como acaba de decirse continuaba siendo exigible pese a la firma del finiquito, sólo podía corresponder a la representante, como también se ha dicho, si la empresa le negaba la aludida autorización. En el presente caso no llegó a nacer el derecho a la compensación económica por-

Hechas estas precisiones, otro de los problemas que pueden surgir en este documento consiste en que el empleador, aprovechando que en el finiquito quedan normalmente liquidados los haberes devengados y no cobrados del trabajador así como las indemnizaciones por extinción debidas legalmente, pretenda incluir en ellas la compensación económica por pacto de no competencia y dar por cumplida su obligación de satisfacerla. A este respecto debe subrayarse que, como regla general y habida cuenta de que el resto de cantidades percibidas por el trabajador vienen legalmente predefinidas como normas imperativas, *la compensación por pacto de no competencia no puede entenderse incluida dentro de las cantidades generales establecidas en el finiquito salvo que respondan, precisa y claramente, a dicha finalidad*. Ahora bien, si en el finiquito o en la liquidación constan cuantías abonadas que no pueden vincularse causalmente a otros conceptos (créditos de otro tipo a favor del trabajador) o partidas extintivas, tales cantidades podrán no sólo servir de prueba de la existencia del pacto (un pacto expreso pero verbal) sino también del cumplimiento de la obligación de pago por no competencia asumida por el empleador *ex artículo 21.2 ET (74)*.

## VI. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

1. Pese a su apariencia eminentemente teórica, plantear el problema de la naturaleza jurídica de la compensación económica por pacto de no competencia presenta innegables repercusiones prácticas. Sostener que la compensación tiene carácter salarial somete dicha cuantía al régimen jurídico propio del salario: esencialmente, cotización a la Seguridad Social, protección especial en caso de insolvencia del empleador, e incompatibilidad con la prestación por desempleo. Por el contrario, optar por considerar dicha compensación una indemnización, modificaría en sentido contrario tales conclusiones.

Los argumentos a favor de una u otra clasificación de la compensación por pacto de no competencia son perfectamente razonables. A favor de su *naturaleza indemnizatoria* cabría esgrimir que su objeto es la compensación del perjuicio que se causa al trabajador al restringirse su libertad de iniciativa económica e impedirle el desarrollo de su capacidad profesional en una actividad donde sus aptitudes personales y profesionales fueran más eficientes (75). Por su parte, una segunda pos-

---

que la autorización, al no haber sido solicitada por la representante, no puede ser concedida ni negada por la empresa. Pero en la ya mencionada cláusula decimocuarta se dice también que en el caso de que la representante incumpliera lo establecido en ella, incurriendo en infracción de lo acordado al no haber solicitado la oportuna autorización de la empresa, perderá el derecho a percibir la indemnización que pudiera haberle correspondido y deberá pagar además a ésta el importe neto de una anualidad de beneficios obtenidos por la empresa en relación con el trabajo efectuado por la representante, que es justamente lo reclamado en la demanda».

(74) STS 4-05-1990, (Ar. 3966): «se trata de una extinción del contrato por dimisión del trabajador por lo que no hay otro concepto al que *vincular causalmente* el importe abonado -siete millones de pesetas- que excede notablemente del que hubiera podido aplicarse por la liquidación de las partes proporcionales de los conceptos devengados y no abonados (pagas extraordinarias y vacaciones) y no consta ni se alega la existencia de ningún crédito a favor del actor que pudiera explicar un pago de esta entidad».

(75) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, J., *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, *op. cit.*, págs. 200-201; BAYLOS GRAU, A., «La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial», *op. cit.*, pág. 22; DURÁN LÓPEZ, F., «Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa», en AA.VV., *Comentarios a las leyes*

tura considera el *carácter salarial* de la compensación económica por el pacto laboral de no competencia. Se alega que el pacto no es sino la ejecución de una obligación nacida del contrato de trabajo aunque sobreviva al mismo y que, por ello, sigue el régimen jurídico del salario. Otros datos sobre los que se apoya el carácter salarial residen en el hecho de que compensa parte del salario que el trabajador ganaría de colocarse en un puesto acorde con sus capacidades y experiencia (76), que normalmente se calcula en función del salario y se paga periódicamente (77) o que, en definitiva, no es más que la contraprestación de una obligación sinalagmática cuya ejecución no se realiza hasta que desaparece el contrato (78).

2. La solución a este dilema no ofrece una perspectiva única ni uniforme. Para empezar, desde la *óptica estrictamente fiscal o financiera*, no existe un criterio nítido a la hora de valorar dicha compensación como rendimiento del trabajo o indemnización no sujeta al IRPF (79), por lo que su estudio no nos ofrece soluciones definitivas.

---

laborales. El Estatuto de los Trabajadores, *op. cit.*, pág. 197. Considerándolo indemnización aunque sin más argumentos: SEBASTIÁN LORENTE, J.J., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 368; VICENTE PALACIO, M.A., «Pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. A propósito de la STS 4.º de 10 de julio de 1991», *op. cit.*, pág. 21; MORENO DE TORO, C., «El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva», *op. cit.*, pág. 902; DEL VAL TENA, A.L., «El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo del personal de alta dirección: criterios jurisprudenciales», *op. cit.*, pág. 9. En la doctrina italiana: MELCHIONNA R., *L'onerosità e i limiti di oggetto, di tempo e di luogo del patto di non concorrenza*, *op. cit.*, pág. 373; por la disminución de la posibilidad de trabajo.

- (76) STCT 11-12-1975, (Ar. 5609): «interés del obrero de resarcirse de la falta de salario en su período de inactividad».
- (77) En la LCT/44 se establecía que el pago era periódico («dejare de pagarla») por lo que «se concibe como un sustitutivo del salario o beneficios que el ex-trabajador va a dejar de percibir durante el tiempo que dure la prohibición»: PEDRAJAS MORENO, A., «La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo», *op. cit.*, pág. 211.
- (78) Éstos son los argumentos utilizados normalmente en Francia. Sobre ellos: CHOISEZ, S., «La contrepartie financière de la clause de non-concurrence d'un contrat de travail», *op. cit.*, págs. 662-673; AMIEL-DONAT, J., *Les clauses de non-concurrence en Droit du Travail*, *op. cit.*, págs. 134-138; SERRA, Y., *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, pág. 166.
- (79) Al cuestionarse si deben entenderse exentas esas compensaciones la doctrina fiscal manifiesta sus dudas en torno a su naturaleza jurídica y señala los argumentos a favor y en contra. Así, en contra de que se entendieran no sujetas cabría alegar que la compensación por estos pactos no se debe al cese de la actividad y no constituirían pérdida de ningún derecho sino la contraprestación de una obligación asumida por el sujeto pasivo para el futuro. Este criterio es, por otro lado, el sustentado por la Dirección General de Tributos en Resolución de 22 de enero de 1982, considerando dicho rendimiento como rendimiento del trabajo y sujeto a retención por la empresa que lo abona. Por contra, cabría sostener que lo que se protege con la no sujeción de rentas no es tanto la titularidad actual de un trabajo, fuente de rentas de tal naturaleza, cuanto de proteger en abstracto la capacidad o aptitud para desarrollar cualquier trabajo, esa capacidad genérica, como bien inherente a la personalidad de cualquier persona y no una simple expectativa de obtener rentas futuras la personalidad y cuya base no sería otra sino el artículo 35.1 CE. En tal caso, debieran entenderse rentas no sujetas. Estas consideraciones para la legislación anterior a la actualmente vigente (art. 3.4 LIRPF, Ley 44/1978 de 8 de septiembre) en, COLMENAR VALDÉS, S., «Rentas no sujetas en el IRPF e indemnizaciones derivadas de pacto de abstención del ejercicio de una actividad», *Impuestos*, 1987, vol. II, págs. 549-556. Actualmente, con la nueva Ley 18/1991, de 6 de junio, del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas y la supresión de la ambigua cláusula general de no sujeción que recogía el artículo 3.4 exceptuando de la consideración de renta: «las indemnizaciones que constituyen compensación de pérdida o deterioro de bienes o derechos que no sean susceptibles de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre el Patrimonio» por una enumeración exhaustiva de los casos excluidos, no parece que (salvo su consideración final de



La *doctrina judicial* tampoco se ha decantado de manera uniforme sobre la naturaleza económica de la compensación por abstención de competencia postcontractual. Mayoritariamente, las resoluciones judiciales parecen compartir su naturaleza indemnizatoria al denominarla «indemnización» (80) pero, sobre todo, al vincular la compensación a la reducción del ejercicio de un derecho indisponible como es el de trabajo (81) e, incluso reconocer, *obiter dicta*, que esta cuantía es compatible con las prestaciones por desempleo (82). Sin embargo, en otras ocasiones (incluidas a veces aquellas en que se le denomina indemnización), se resalta el carácter bilateral y oneroso del pacto considerándose la compensación económica la natural «contraprestación» propia de su carácter sinálgmático y de la recíproca obligación de abstención que pesa sobre el trabajador (83), con lo que, implícitamente, sobre todo al señalar que no es sino una parte aún vigente del contrato de trabajo, se le dota de carácter salarial.

Los problemas de ambas opciones, por otro lado, se infieren rápidamente. Si consideramos *salario* la compensación, por ejemplo, podría cuestionarse hasta qué punto sería admisible dejar de pagarlo si el trabajador incumpliera su obligación (pues podría considerarse contrario a la prohibición de multas de haber del art. 58 ET) en vez de utilizar los mecanismos disciplinarios más propios del contrato de trabajo (84) -opción, por otro lado, bastante surrealista dado que ya se ha extinguido el contrato aunque queden algunos efectos derivados del mismo- pero, sobre todo, impediría la compatibilidad de estas percepciones con las prestaciones por desempleo a que, en su caso, tuviera derecho el trabajador.

---

indemnización por cese), pueda entenderse renta excluida del impuesto. Sobre la reforma en este aspecto del IRPF: RAMIS CHAMPIN, C., «Rentas exentas del IRPF», *Impuestos*, 1995, núm. 8, pág. 416. Considerando que se encuentran sujetas a retenciones fiscales correspondientes, igualmente, CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 23.

(80) STS 28-11-1989, (Ar. 8278); STS 05-02-1990, (Ar. 821); STS 24-07-1990, (Ar. 6467); STS 05-02-1990, (Ar. 821); STS 04-05-1990, (Ar. 3966); STS 28-06-1990, (Ar. 5537); STS 02-01-1991, (Ar. 46). Durante la LCT/44: STCT 11-02-1974, (Ar. 658); STCT 13-05-1975, (Ar. 2376); STCT 11-12-1975, (Ar. 5609); STCT 27-04-1977, (Ar. 2307); STCT 25-03-1981, (Ar. 2091); STS 24-02-1961, (Ar. 716); STS 01-06-1979, (Ar. 2368).

(81) STS 01-06-1979, (Ar. 2368): «les prohíbe la concurrencia, estatuyendo como correlativa obligación del empresario, la de satisfacer la oportuna indemnización por la limitación profesional que la Ley impone al trabajador, cuyo fundamento es que nadie puede ser privado de su derecho a trabajar, sin la compensación económica correspondiente». En el mismo sentido, vigente el ET: STS 6-11-1990, (Ar. 8524) y STS 10-07-1991, (Ar. 5880): «la eficacia del mencionado pacto se halla inexcusablemente condicionada, dada la evidente limitación que supone para el derecho al trabajo -art. 35 de la Constitución- por la exigencia legal, que expresamente establece el apartado 2 del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, de que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada».

(82) STS 28-06-1990, (Ar. 5537); STSJ Baleares 30-06-1991, (A.S. 4728); STSJ Cataluña 23-10-1992, (A.S. 5146).

(83) STCT 27-01-1975, (Ar. 405), aunque en relación con el artículo 74 LCT señala que el pacto «establece obligaciones que son recíprocas: de una parte quien fue trabajador queda obligado a no concurrir durante el tiempo que el precepto señala; por otra parte, el empresario queda obligado a indemnizar durante el mismo período». Obligaciones recíprocas: STS 05-02-1990, (Ar. 821); STS 24-07-1990, (Ar. 6467); STS 24-09-1990, (Ar. 7042); STS 10-07-1991, (Ar. 5880).

(84) La relación entre la compensación y las multas de haber se alegó por la defensa de la trabajadora en la STS 28-11-1989, (Ar. 8278) dejando el Tribunal muy claro que no era de aplicación tal construcción pero sin entrar a fondo en la naturaleza jurídica de la compensación.

En contra de su carácter salarial, además, se encuentra el propio concepto estatutario de salario. Según el artículo 26 ET, se considera salario «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo». Si uno de los caracteres más relevantes del salario es que su devengo se produce por la prestación de servicios o por la puesta a disposición del trabajador para el cumplimiento del débito laboral (85), no parece que quepa encajar con facilidad en esta figura la compensación económica por pacto de no competencia. La compensación del pacto ni remunera la prestación efectiva de servicios profesionales del ex-trabajador para su ex-empfeador, ni durante el cumplimiento por el trabajador de esa obligación negativa tiene que estar a disposición del mismo. Es por esto último, por lo que considerar la compensación económica un «salario de inactividad», aunque enormemente gráfico (86), no se corresponde con su estricto sentido técnico, esto es, aquel salario que es percibido en situaciones como el disfrute de vacaciones, licencias retribuidas, paralización del trabajo por causa del empleador o la ejecución provisional de sentencia en las que el trabajador se encuentra a disposición del trabajador aunque no preste servicios efectivos (87). Tampoco parece que pueda considerarse salario diferido porque, aunque el pacto trae su causa de una relación laboral anterior previa, no existe en el momento que comienza a desplegar sus efectos ningún vínculo laboral entre las partes (88).

Por su parte, su consideración como *indemnización* se enfrenta al obstáculo ínsito a su carácter voluntario. En puridad, normalmente con la idea de indemnización se pretende monetarizar un perjuicio sufrido involuntariamente por una persona (en el caso del trabajador ello se ve con claridad, *v.gr.* en las indemnizaciones por despido o traslado) pero no así cuando el propio perjudicado consiente en la restricción de su derecho, aceptando voluntariamente el mismo. Asimismo, no cabe asimilar la compensación económica a una indemnización en el sentido técnico de la palabra puesto que *no es consecuencia de un incumplimiento contractual*, de ahí que sean, por lo tanto, inaplicables los preceptos del Derecho Civil que regulan la indemnización por tal concepto (89).

3. A la vista de la difícil encrucijada de determinar la naturaleza de esta compensación económica no cabe más solución que compartir la «original naturaleza» de esta compensación económica que ya señalara algún autor (90) y, así, unirnos al conjunto de las, siempre más recurridas, posi-

---

(85) MARTÍNEZ EMPERADOR, R., «La nueva regulación del salario», en AA.VV., (Dir. E. Borrajo), *El nuevo régimen jurídico del salario*, Madrid (EDERSA), 1994, pág. 22.

(86) RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Límites a la competencia y contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 29; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/85 (I y II)», *op. cit.*, pág. 199.

(87) Tal y como enumera la STS 12-05-1981, (Ar. 2253) que recoge GONZÁLEZ VELASCO, J., *Los derechos laborales y su tutela provisional. La ejecución provisional en el Derecho del Trabajo*, Madrid (Acarl), 1988, págs. 77-78; DURÁN LÓPEZ, F., «El proceso de despido en el nuevo texto articulado: cognición y ejecución», *A.L.*, 1990, núm. 38, págs. 453 a 472.

(88) En este sentido, CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 22.

(89) GARRIGUES, J., *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid (RDM), 1963, T. III, vol. 1.º, pág. 578.

(90) SERRA, Y., *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, pág. 166.



ciones eclécticas. No obstante, a diferencia de ellas, que normalmente acaban por decantarse a favor de su carácter indemnizatorio (91) o salarial (92), entendemos que la solución al problema sólo puede incardinarse dentro de dos alternativas posibles. O bien entender que, en realidad, la compensación económica por pacto de no competencia presenta una *naturaleza retributiva*. O bien, entender que, como demuestra la práctica, la compensación económica presenta una *naturaleza plural* coherente con la variada pluralidad de pactos englobados dentro de la genérica regulación del «pacto de no competencia» del artículo 21.2 ET. Ambas alternativas, entendemos, serían jurídicamente viables.

Desde la primera perspectiva, la compensación económica podría tener una naturaleza *retributiva* en la medida en que retribuye (es contraprestación de) la obligación voluntariamente asumida por el trabajador (93). Una obligación asumida por las partes voluntariamente, de carácter contractual, que evidentemente posee caracteres bilaterales, onerosos, y sinalagmáticos por ser ésa la naturaleza del contrato y de la obligación derivada del pacto. Ello no significa su equiparación automática al salario habida cuenta de que, como se ha advertido, no sólo no encaja con fluidez dentro del concepto de salario diseñado por el ET sino que, además, no es la contraprestación de un contrato laboral plenamente vigente como sí lo es el salario en sentido estricto. Ante los efectos perversos que de tal posición se derivan y, entre ellos, el más destacable: la pérdida de las prestaciones por desempleo a las que abocaría su consideración como retribución, de *lege ferenda* debe proponerse una reforma del desempleo parcial que posibilitara la compatibilidad de esta retribución con la prestación por desempleo. La fórmula debiera ir dirigida a posibilitar el cobro de la prestación por desempleo (desempleo parcial) en la cuantía que correspondiese a la prestación por desempleo total si bien con la previa deducción de la cuantía percibida por compensación por pacto de abstención de competencia, durante todo el tiempo (o, al menos aquel que legalmente le correspondiese al trabajador) hasta encontrar una nueva ocupación (94).

(91) A favor del predominio del carácter indemnizatorio pese a sus particularidades, ALFONSO MELLADO, C.L., *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante el desarrollo de la relación laboral*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1994, pág. 71: «se trata de una *indemnización en situación de normalidad*».

(92) Así, se habla de la *naturaleza original* en la que el carácter salarial es dominante: SERRA, Y., *La non concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, pág. 166.

(93) Aunque ningún autor abogue por el carácter retributivo de modo manifiesto, sí cabría deducir tal naturaleza de alguna manifestación indirecta. Concretamente, dentro de esta concepción adquiere sentido la consideración de la compensación económica por pacto de no competencia como un «salario de inactividad» si bien en sentido no técnico (RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., «Límites a la competencia y contrato de trabajo», *op. cit.*, pág. 29) y cabría incluir aquellas posturas que estiman que la compensación económica del pacto encuentra su justificación en que «así haga las veces de subsidio de desempleo» (MARTÍN VALVERDE, A., «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución Española», en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Madrid (Centro de Estudios Constitucionales), 1980, pág. 203). Esta naturaleza retributiva, sin embargo, es la apoyada de modo dominante en la doctrina alemana en la compensación económica que recibe el agente comercial en el contrato de agencia tal y como pone de manifiesto, señalando además la polémica existente también en este contrato, MARTÍNEZ SANZ, F., *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, Madrid (Civitas), 1995, págs. 302 a 306.

(94) Excepcionalmente es posible encontrar la naturaleza retributiva en la doctrina judicial. Aunque indirectamente, la solución propuesta en el texto podría inferirse de la STSJ Baleares 30-06-1991, (A.S. 4728) que, tras reconocer la posibilidad de desempleo, señala que «la cantidad satisfecha por la empresa *retribuye y aparece a título de contrapartida del compromiso* asumido por el trabajador de no desarrollar actividades competitivas durante cierto tiempo». En esta

Una segunda óptica de estudio de la naturaleza de la compensación económica aboga por su *naturaleza plural*. Tal caracterización resulta del todo punto coherente con la configuración múltiple de los pactos de no competencia que, entendemos, recoge el artículo 21.2 ET. Este precepto tan sólo contempla un *diseño genérico de pacto de no competencia* que, en cada caso, es concretado por las partes (quienes pueden acotar aún más su contenido y extensión y acordar, *v.gr.*, un pacto de un año de duración con el único compromiso por parte del trabajador de no solicitar o no contratar a los clientes o proveedores del anterior empresario sin que quede por ello limitada su actividad profesional en relación a nuevos clientes o proveedores: pactos «de no solicitud» o de «no contratación»). Una vez más, la autonomía individual de las partes que impregna el régimen jurídico del pacto de no competencia laboral, sostendría que, igualmente, sean las propias partes las que conformen la naturaleza de la compensación económica. El hecho de que posea caracteres tanto retributivos o salariales como indemnizatorios (95), por lo demás, presenta un claro reflejo en la práctica forense al depender su naturaleza jurídica, en la mayoría de las ocasiones, del momento convenido por las partes para hacer efectivo su abono. Así, cuando se estipula un pago periódico durante la vigencia de la relación de trabajo, se incluye en la nómina y se cotiza por ella a la Seguridad Social (96). Por el contrario, cuando se percibe en el momento de extinción o en un momento posterior, ya sea a tanto alzado como en pagos periódicos, se entiende que tiene un carácter indemnizatorio y que es compatible con las prestaciones por desempleo (97).

En suma, desde esta segunda perspectiva de análisis de la compensación económica, en realidad, se aboga por una naturaleza diversa de la misma en función del concreto pacto de que se trate. En definitiva, es el contenido del pacto y sus concretas cláusulas el que define en cada caso la naturaleza de la compensación económica. De este modo, el análisis del pacto exige una verificación concatenada de dos variables. La primera, analizar si el pacto celebrado por las partes es o no lícito. En segundo lugar, si es o no reconducible al artículo 21.2 ET y a una de entre las posibles variantes de pactos encuadrables en el diseño estatutario. A partir de ahí, la configuración que las partes hayan dado a dicha compensación determina su naturaleza y régimen jurídico.

---

misma dirección parece inclinarse la STSJ País Vasco 30-03-1993, (A.S. 1384) cuando señala que la compensación retribuye su interés en «asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato de trabajo evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo», con lo que parece deducir que es incompatible con las prestaciones por desempleo.

(95) No es extraño por ello que, recientemente, se haya dicho que la compensación económica por el pacto reviste una *naturaleza mixta* por guardar formalmente estrechas conexiones con el salario pero gozar igualmente de los caracteres propios de las indemnizaciones: CHARRO BAENA, P., «El pacto de no competencia postcontractual», *op. cit.*, pág. 21. Abogando por tal carácter en el Derecho italiano, al hilo del comentario de la Sentencia del Tribunal de Brescia de 4 de mayo de 1994 declarando la naturaleza salarial de la compensación, POSO, V.A., «Corresponsivo del patto di non concorrenza e trattamento di fine rapporto», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1995, núm. 2, págs. 341-344.

(96) En la cláusula de no competencia se regulaba una cláusula penal para el caso del incumplimiento del trabajador donde se ve que la empresa había cotizado a la Seguridad Social por la compensación económica vinculada al pacto cuando ésta se había ido pagando en el transcurso de la relación laboral: STSJ Madrid 18-05-1992, (A.S. 2718).

(97) STSJ Baleares 30-06-1991, (A.S. 4728).