

El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo: una aproximación jurisprudencial

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid

The non-competition agreement for after the termination of the employment contract: a jurisprudential approach

SUMARIO:

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL PACTO DE NO CONCURRENCIA POSTCONTRACTUAL. 2.1. Sobre la naturaleza del pacto, su funcionalidad y formalización. 2.2. Requisitos legales del pacto de no concurrencia postcontractual. 2.2.1. La duración del pacto. 2.2.2. El interés industrial o comercial. 2.2.3. La compensación económica adecuada. 2.3. Los efectos del incumplimiento del pacto de no concurrencia postcontractual.

RESUMEN: Los pactos de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo previstos en el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores vienen suscitando una intensa litigiosidad. La parca regulación legal ha hecho necesaria una intensa labor interpretativa de los Tribunales para perfilar el régimen jurídico de la institución. Este ensayo da cuenta de la jurisprudencia y la doctrina judicial elaboradas en torno a esta figura.

Palabras clave: pacto de no concurrencia; terminación del contrato de trabajo; litigiosidad; interpretación judicial.

ABSTRACT: The non-competition agreements for after the termination of the employment contract provided for in art. 21.2 of the Workers' Statute have been generating intense litigation. The scant legal regulation has made it necessary for the Courts to carry out an intense interpretative work in order to outline the legal

framework of the institution. This essay reports on the jurisprudence and judicial doctrine developed around this figure.

Keywords: non-competition agreement; termination of employment contract; litigiousness; judicial interpretation.

1. INTRODUCCIÓN

Al margen del deber de no concurrencia que obliga al trabajador a abstenerse de concurrir con su empresario durante la vigencia de la relación laboral (arts. 5, d) y 21.1 ET), el art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores permite a trabajador y a empresario suscribir un pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Concretamente, el precepto estatutario reza como sigue: "El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

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

Esta previsión legal se reitera en los mismos términos, con la salvedad del plazo de duración que se prevé como máximo de dos años, en el art. 8 del RD 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección. También el RD 1438/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral especial de los representantes de comercio, prevé en su art. 10.4 un pacto de pacto de no concurrencia postcontractual de duración máxima de dos años, si bien este es objeto allí de regulación más detallada.

La Ley, por tanto: 1) remite a la autonomía individual de trabajador y empresario la decisión sobre el establecimiento o no del pacto y sobre su regulación, pues "no prevé una disciplina completa de esta cláusula contractual", 2) condiciona la legalidad del pacto al respeto de tres requisitos, a saber:

- La duración del pacto que no puede exceder de seis meses para el conjunto de los trabajadores y de dos años para los técnicos.
- La concurrencia de un efectivo interés industrial o comercial del empresario en la suscripción del pacto.
- La satisfacción al trabajador en contrapartida de una compensación económica adecuada².

1 STS 29 octubre 1990.

2 A estos requisitos legales el art. 10.4 del RD 1438/1985, de 1 de agosto relativo a los representantes de comercio añade un requisito más: que la extinción del contrato no sea debida al incumplimiento por el empresario de las obligaciones que le corresponden.

La regulación estatutaria transcrita del pacto de no concurrencia postcontractual supuso en su día un claro punto de inflexión en la concepción de la institución, pues la regulación previamente vigente, el art. 74 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944³, la contemplaba como un deber legal que prorrogaba el deber de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo. Como señaló glosando la nueva aproximación legal el Tribunal Supremo, la misma, *prima facie*, es reflejo del cambio constitucional: “La promulgación de la Constitución Española cuyo artículo 35 consagra, como fundamental, el derecho al trabajo y el deber de trabajar y del que es fiel reflejo el artículo 4.1 del repetido Estatuto de los Trabajadores – afirmó el Alto Tribunal en ST de 24 de julio de 1990–, supuso una trascendental modificación en el régimen normativo de aquel deber laboral previsto para después de la vigencia del contrato de trabajo que pasó, en efecto, de constituir una obligación legal a convertirse en un pacto específico”. Con la regulación estatutaria, por consiguiente, el deber de no concurrencia postcontractual deja de ser un deber legal para configurarse como el posible contenido de un mero pacto entre las partes, en ausencia del cual rige la libertad de trabajo del trabajador cuya relación contractual se ha extinguido.

Esta retracción de la Ley en la regulación de la institución y la paralela remisión que el legislador hace a la autonomía de trabajador y empresario para su configuración, pudo inicialmente leerse como el reconocimiento a estos de amplios márgenes de libertad regulatoria, pero lo cierto es que en torno a los requisitos legales referenciados, y sobre la base del lugar común del “muy reducido espacio de juego que queda a la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo”⁴, se ha elaborado desde entonces, por parte de los Tribunales del orden jurisdiccional social, una densa jurisprudencia y doctrina judicial que ha venido a completar por vía interpretativa la sobria regulación legal. Por cierto que lo primero que la jurisprudencia social ha tenido que hacer a este propósito ha sido afirmar su propia competencia para conocer del pacto y de los litigios derivados del mismo. De forma reiterada y constante, en efecto, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha atribuido con buen criterio a la jurisdicción social tal competencia⁵, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque el pacto de no concurrencia postcontractual tiene una inequívoca naturaleza

3 El precepto legal rezaba como sigue: “La prohibición de concurrencia para después de terminado el contrato de trabajo caducará transcurridos dos años para los trabajadores y cuatro años para los empleados técnicos, o cuando el empresario se haya negado a pactar con el trabajador o el empleado la oportuna indemnización, durante los citados años, o, una vez convenida, dejare de pagarla, y, en todo caso, cuando no justificare el empresario un efectivo interés industrial y comercial en el asunto”.

4 Vid. Por ejemplo, STSJ Cataluña 26 de mayo 2023, Rº 7941/2022. “Estamos en el campo laboral – afirma el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su ST de 1 de diciembre de 2023, Rº. 407/2023– y está reconocida jurisprudencial y doctrinalmente, que no existe una igualdad de partida a la hora de suscribir el (pacto) que se presentó a la firma de la demandada –TS, 26 octubre 2016, Rº. 1032/2015 y 1 diciembre 2021, Rº. 844/2019–, que citamos por estar relacionadas de manera directa con la cuestión que nos ocupa. Concorre un desequilibrio de los poderes en juego. De ahí, podemos decir, que surge el propio derecho del trabajo al intentar atenuarlos de alguna manera”.

5 STS 4 mayo 2017, Rº 395/2017; STS 12 mayo 2017, Rº 147/2016; STS 21 de diciembre de 2017, Rº 3765/2015; STS 19 de octubre de 2021, Rº 2679/2018.

laboral⁶, y ello aunque se formule como una cláusula de un contrato de compraventa de títulos societarios propiedad de los trabajadores⁷. Y en segundo lugar, porque la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social es clara al decir en su art. 2.1 que "los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan: a) Entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo...". Lo que significa que con independencia de que quién sea el demandante, trabajador o empresario, los litigios derivados del incumplimiento del pacto de no concurrencia postcontractual son competencia del orden social.

El propósito de este breve ensayo es dar cuenta de la interpretación jurisprudencial de la institución, pues, como apuntábamos, *de facto* ha venido a limitar significativamente los márgenes de libertad de las partes y cualquiera que pretenda suscribir un pacto de no concurrencia postcontractual debe atenerse a la misma, so pena de que este sea declarado nulo, total o parcialmente, y se vean alterados sus efectos.

2. LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA REGULACIÓN LEGAL DEL PACTO DE NO CONCURRENCIA POSTCONTRACTUAL

La lectura judicial de la escueta regulación legal transcrita se ha focalizado fundamentalmente sobre tres extremos, a saber: en primer lugar, la naturaleza del pacto, su funcionalidad y formalización **(2.1)**; en segundo lugar, sobre los requisitos que condicionan su validez **(2.2)**; y en tercer lugar, sobre los efectos del incumplimiento de lo pactado **(2.3)**.

2.1. Sobre la naturaleza del pacto, su funcionalidad y su formalización

La naturaleza bilateral del pacto es claramente deducible de la regulación legal y ha sido subrayada por la jurisprudencia que señala que nos encontramos ante "un pacto o acuerdo bilateral en cuanto que generador de derechos y obligaciones para ambas partes"⁸. Su funcionalidad, en efecto, responde a un doble interés y genera expectativas para ambas partes: para el empleador el pacto viene a garantizar que el trabajador no se aproveche de la formación, conocimientos, experiencia y trato con la clientela adquiridos en su empresa a fin de desarrollar en otra actividades que entren en competencia con aquella; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica una vez extinguido su contrato de trabajo, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo y permitiéndole prepararse para una futura o futurible actividad nueva⁹.

6 STS 19 octubre 2021, Rº. 2678/2018.

7 STS 21 diciembre 2017, Rº 3765/2015.

8 STS 2 julio 2003, Rº 3805/2002; STS 21 enero 2004, Rº. 1707/2003; STS 5 abril 2004, Rº. 2468/2003; STS. 15 de enero 2009; STS 22 febrero 2011, Rº 1209/2010; STS de 8 noviembre 2011, Rº. 409/2011.

9 STS 24 septiembre 1990.

Del carácter bilateral del pacto, que establece obligaciones recíprocas para las partes que lo suscriben, la jurisprudencia deduce la importante consecuencia de que el establecimiento en el pacto de una cláusula contractual en virtud de la cual el empresario puede desistir unilateralmente del pacto debe ser considerada nula por contraria al artículo 1256 del Código Civil según el cual "la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes", pues no otra cosa sería dejar al arbitrio del empleador el cumplimiento o no del pacto en cuestión¹⁰.

El tenor del art. 21.2 ET no exige formalidad alguna para el establecimiento del pacto de no concurrencia postcontractual, de donde se deduce que tanto la forma escrita —más frecuente— como la verbal son admisibles, que el pacto puede integrar el contrato de trabajo o convenirse de forma autónoma¹¹, y que es posible suscribirlo tanto en el momento de la celebración del contrato, como durante su vigencia o en el momento de su extinción, incluso con anterioridad (precontrato¹²) o posterioridad aquella siempre y cuando tenga como causa la relación laboral¹³. Del carácter autónomo del pacto respecto del contrato de trabajo del que trae causa, la jurisprudencia ha concluido que una eventual resolución del contrato de trabajo decidida por el empresario durante el periodo de prueba no afecta a la eficacia de aquel, pues este, como su propio nombre indica, está llamado a desplegar naturalmente sus efectos después de extinguido el contrato de trabajo¹⁴.

2.2. Requisitos legales del pacto de no concurrencia postcontractual

El grueso de los pronunciamientos judiciales dictados a propósito del pacto de no concurrencia postcontractual versa, como no podía ser de otro modo, sobre los requisitos de cuya observancia la Ley hace depender la validez del pacto mismo. Estos requisitos son los del art. 21.2 ET:

1. En primer lugar, el pacto no puede tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores.
2. En segundo lugar, es necesario que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en el pacto.
3. En tercer lugar, el empresario debe satisfacer al trabajador una compensación económica adecuada como contraprestación al pacto en cuestión.

10 STS 2 julio 2003, Rº. 3805/2002; STS 21 enero 2004, Rº. 1707/2003; STS 5 abril 2004, Rº 2468/2003; STS. 15 enero 2009; STS 22 febrero 2011, Rº 1209/2010; STS 8 noviembre 2011, Rº. 409/2011. Singular parece el caso abordado por la STSJ de Cataluña 25 mayo 2021, Rº 5243/2020 en el que el pacto de no concurrencia postcontractual expresamente prevé su posible resolución por falta de interés industrial sobrevenida.

11 Vid, por ejemplo, STS 21 marzo 2001, Rº. 1004/2000.

12 STSJ Andalucía (Sevilla) 14 julio 2022, Rº. 2312/2020.

13 STSJ Madrid 15 octubre 2021, Rº.456/2021

14 STS 6 febrero 2009, Rº. 665/2008 y STS 14 mayo 2009, Rº. 1097/2008.

Iremos por partes, analizando la jurisprudencia y doctrina judicial dictadas en torno a estos tres requisitos.

2.2.1. La duración del pacto

El primero de los requisitos legales es el temporal: la duración del pacto no puede exceder seis meses para el conjunto de los trabajadores, ni de dos años para los técnicos titulados. Duración máxima que es la que rige también para los altos cargos y los representantes de comercio de acuerdo con su normativa específica (art. 8.3 RD 1382/1985 de 1 de agosto y 10.4 RD. 1438/1985, de 1 de agosto). La razón del requisito legal es obvia: estamos ante una limitación de la libertad de trabajar y del derecho al trabajo del trabajador y, por consiguiente, debe estar constitucionalmente justificada y limitada.

El principal problema interpretativo que el precepto ha suscitado es el de determinar cuándo nos encontramos ante un "técnico" en el sentido legal, por cuanto solo en tal caso va a ser posible establecer en el pacto una duración máxima de dos años. En efecto, no es sencillo en ocasiones, a la vista de la clasificación profesional establecida en el convenio colectivo aplicable y de la nomenclatura utilizada en este, determinar si nos encontramos ante un "técnico" o no. La jurisprudencia ha sostenido que la condición de técnicos, a diferencia de lo que ocurre en el artículo 14 del Estatuto relativo al periodo de prueba, no se limita a los titulados, sino que se emplea en sentido amplio, en contraposición a los demás trabajadores, para significar que el trabajador está en conocimiento de las técnicas del comercio¹⁵ o de la industria, y la doctrina judicial ha definido a los técnicos como aquellos "trabajadores con alto grado de cualificación, experiencia y aptitudes equivalentes a las que se pueden adquirir con titulaciones superiores o medias y realizan tareas de elevada cualificación y complejidad"¹⁶. A efectos de determinar si el trabajador reúne la condición de técnico o no, nuestros tribunales se sirven de dos expedientes. En primer lugar, analizar las prestaciones de trabajo efectivamente realizadas, de manera que pueda determinarse si el trabajador posee y utiliza conocimientos técnicos avanzados del oficio o profesión¹⁷. En segundo lugar, ubicarlo correctamente en la clasificación profesional, en atención al salario que ha percibido y viene percibiendo¹⁸.

El establecimiento en el pacto de no concurrencia postcontractual de una duración superior a la legalmente prevista no conlleva la invalidez del pacto, en beneficio de la empresa y perjuicio del trabajador, sino que da lugar a la nulidad parcial del mismo, cuya duración va a verse reconducida a la máxima legal originaria, es decir, a seis meses¹⁹. Esta reconducción a los términos legales de la duración del pacto va

15 STS 28 junio 1990.

16 STSJ Cataluña 21 de junio 2021, Rº. 1317/2021.

17 STSJ Cataluña 21 de junio 2021, Rº 1317/2021 y STSJ Asturias 10 octubre 2023, Rº. 899/2023.

18 STSJ Asturias 10 octubre 2023, Rº. 899/2023.

19 STS de 10 febrero 2009, Rº 2973/2007

a tener consecuencias a la hora de determinar los efectos del incumplimiento del mismo²⁰ (vid. infra).

2.2.2. El interés industrial o comercial

El segundo requisito es la exigencia legal de que el empresario que suscriba el pacto tenga un interés industrial o comercial en él. “El empleador – afirma el Tribunal Supremo en su ST de 26 de enero de 2024– debe probar que tiene un interés empresarial real en evitar la competencia del trabajador con posterioridad a la finalización del contrato laboral”.

De nuevo, es la determinación de cuándo concurre el requisito, el interés industrial o empresarial, el “quid” de la cuestión. ¿Basta la mera pertenencia de la nueva empresa al mismo sector de actividad de la previa para que se entienda que concurrir el interés empresarial y que se ha vulnerado el pacto de no concurrencia? ¿O es necesaria una más precisa coincidencia entre las actividades desempeñadas por el trabajador en la vieja y la nueva empresa para que pueda entenderse lesionado el interés empresarial y vulnerado el pacto? ¿Tiene que haberse producido una efectiva competencia y, en paralelo, un daño o perjuicio para la empresa que se suscribió el pacto, o basta que verifique una situación de peligro potencial para que se entienda incumplido el mismo por parte del trabajador?

Con carácter general, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha afirmado que concurre un efectivo interés comercial o industrial en la empresa demandante que justifica la suscripción de un pacto de no competencia postcontractual cuando “la otra empresa a la que el trabajador recurrido pasó a prestar servicios pertenece al propio sector de aquella y se dedica al tráfico de análogas mercancías”²¹, lectura que viene a concebir el pacto de no concurrencia postcontractual como una prolongación del deber de no concurrencia que rige durante la vigencia del contrato de trabajo. Asumiendo este planteamiento, la doctrina judicial entiende que se vulnera el pacto de no concurrencia postcontractual cuando el trabajo, sea por cuenta ajena o propia, pasa a desarrollarse “en una empresa del mismo sector, que desarrolla la misma actividad”, pues “necesariamente supone una incidencia en un mismo mercado y en un mismo círculo potencial de clientes”²², sin que la utilización de otro “nomen iuris” o “categoría” o “nomenclatura” en la descripción del nuevo trabajo resulte significativa: “Lo relevante – afirma el TSJ de Madrid en ST de 15 de octubre de 2021 – no es tanto el hecho de que se haya podido pasar a tener una nueva categoría profesional, de director general – sea del grupo o de una empresa del mismo– a la de director comercial, sino que el bien jurídico protegido, el *know how*, la cartera de clientes, en

20 STSJ de Andalucía (Sevilla) 31 marzo 2022, Rº 423/2020.

21 STS 24 julio 1990.

22 STSJ Cataluña 21 junio 2021, Rº. 1317/2021 y STSJ Cataluña 26 mayo 2023, Rº 7941/2022. En el mismo sentido, STSJ Madrid 23 diciembre 2020, Rº. 667/2020.

suma, activos de la empresa, haya podido ser utilizados por la demandada”(sic)²³. Para llevar a cabo esta verificación se postula actuar con cierta flexibilidad: “En supuestos como el presente – sostiene el TSJ de Madrid con reiteración–, en los que corresponde a la empresa demandante acreditar que el trabajador ha incumplido la obligación de no intervenir en las actividades vedadas por el pacto de no competencia, debe seguirse un criterio de cierta flexibilidad, en el sentido de no exigir una prueba diabólica, en muchos casos prácticamente imposible, de las situaciones concretas en que la concurrencia prohibida haya tenido lugar, bastando en estos casos con acudir a criterios razonables de probabilidad objetiva que atiendan el curso normal de los acontecimientos. La evidente similitud de las actividades económicas o mercantiles de las empresas en que sucesivamente ha prestado servicios la trabajadora demandada permite a la Sala apreciar, como conclusión más segura, que todas ellas operan alrededor de los mismos clientes potenciales, al ofertar, en todo o en parte, los mismos o equivalentes bienes o servicios, por lo que cabe concluir que la trabajadora demandada sí presta servicios para una empresa que lleva a cabo actividades concurrentes con las que desarrolla la empresa demandante. Ello permite inferir, razonablemente, que la trabajadora incumplió el acuerdo contractual de no concurrencia en que la empresa demandante basa su reclamación”²⁴.

Para nuestros tribunales, para que el pacto de no concurrencia postcontractual se incumpla basta con que el trabajador realice alguna de las actividades prohibidas o incurra en el mercado relevante del empleador, sin que sea necesario el que se produzca “un perjuicio efectivo, bastando el perjuicio potencial que se presume cuando la actividad concurrente se dirige a la misma clientela”²⁵. “Para que concurra el interés industrial y comercial – asevera al respecto el TSJ de Madrid en ST de 1 de marzo de 2024– no hace falta que se capten efectivamente clientes, sino que basta con que la actividad del trabajador se desarrolle actuando en el mismo mercado y afectando al mismo círculo potencial de clientes”²⁶.

Sobre la base de esta doctrina, han sido considerados casos de vulneración del pacto de no concurrencia postcontractual, a título de ejemplo, los siguientes: un Responsable Regional de Empresas en la Unidad Regional de Castilla– La Mancha de Banesto en Toledo que a los pocos días de cesar pasa a dirigir una sucursal del Banco Atlántico²⁷; un director de zona de una empresa de trabajo temporal que pasa a ser Business Development Manager en otra²⁸; una trabajadora que había firmado hasta tres pactos de competencia en los que expresamente se mencionaba como

23 Rº. 456/2021.

24 STSJ Madrid 27 mayo 2008, Rº 1142/2008; STSJ Madrid 29 octubre 2010, Rº 857/2010 y STSJ Madrid 23 diciembre 2020, Rº 667/2020. Vid. asimismo STSJ de Cataluña 21 junio 2021, Rº 1317/2021

25 STSJ Andalucía (Sevilla) 14 julio 2022, Rº 2312/2020.

26 Rº. 698/2023.

27 STS 21 marzo 2001, Rº. 1004/2000, invocada por la STS 26 enero 2024, Rº 2349/2021.

28 STSJ Cataluña 5 diciembre 2023, Rº 1004/2023. Vid. asimismo, STSJ Madrid 15 octubre 2021, Rº 456/2021.

concurrente prohibida una determinada empresa y pasa a trabajar para ella²⁹; un jefe de sucursal de una empresa dedicada a la edición, comercialización y distribución de libros y diarios que pasa a los pocos días de su cese en la misma a trabajar para otra que se dedica en parte a la misma actividad³⁰; una executive consultant que trabajaba para una consultora de recursos humanos reclutando mandos intermedios y, tras causar baja voluntaria en la misma, pasa a realizar una actividad similar en otra del mismo sector³¹; un *senior consultan* de una empresa de consultoría en el ámbito de los recursos humanos que, después de cesar voluntariamente y sin solución de continuidad, pasa a trabajar como consultor en otra empresa del mismo sector³², un director de planificación estratégica en una empresa del sector de óptica y gafas de sol que pasa a desempeñar funciones de formación y asesoramiento de directivos para otra empresa competidora del mismo sector y del mismo ámbito geográfico³³, o una cirujana especializada que trabajaba en una clínica de implantación capilar que pasa a trabajar para otra³⁴.

Algunas sentencias, han señalado que la prohibición de concurrencia debería ceñirse a la obligación de abstención postcontractual de realizar las tareas relevantes, es decir, aquellas "que presenten un riesgo objetivo y concreto para los intereses competitivos del empleador y que normalmente concurren cuando el trabajador desarrolla su actividad laboral en una empresa de la competencia y en un puesto de trabajo susceptible de poner en riesgo los intereses de su empleador". Conforme a este criterio, considerablemente más estricto que el anterior, no bastaría que las empresas estén en el mismo sector y desplieguen similar actividad, pues la comparación debe hacerse entre las actividades realizadas por el trabajador en ambas empresas³⁵, de suerte que solo en tales casos de coincidencia estricta de actividades se violaría el pacto de no concurrencia postcontractual. Salvo que en uso de su autonomía contractual las partes la hayan hecho suya e incorporado al pacto, no comparto esta lectura formalista y estricta, que a mi entender contraría el criterio legal en favor de la mayor reciprocidad de las prestaciones en los contratos onerosos (art. 1289 CC)³⁶. Una lectura general en tales términos, en efecto, vendría según mi parecer a vaciar de sentido la institución por dejar desasistido el interés empresarial, que, como sostiene la propia jurisprudencia, es "el interés principal que se persigue con el pacto"³⁷. Interés principal pero, como hemos visto, no único, pues el pacto de

29 STSJ Madrid 1 marzo 2024, Rº 698/2023.

30 STSJ Cataluña 13 julio 2021, Rº 2418/2021

31 STSJ Madrid de 23 diciembre 2020, Rº. 667/2020.

32 STSJ Cataluña 21 junio 2021, Rº. 1317/2021.

33 STSJ Cataluña 26 mayo 2023, Rº. 7941/2022.

34 STSJ Cataluña 25 noviembre 2022, Rº. 576/2022.

35 STSJ Madrid 25 noviembre 2022, Rº. 576/2022, que cita una sentencia previa, también del TSJ de Madrid de 8 mayo 2015. Vid asimismo, STSJ Cataluña 13 julio 2021, Rº. 2418/2021.

36 Oportunamente invocado en la STS 4 de mayo de 1990, precisamente para interpretar un pacto de no concurrencia postcontractual.

37 STS 29 octubre 1990.

no concurrencia postcontractual también satisface intereses del trabajador que, de imponerse esta lectura, podrían verse igualmente comprometidos.

Obviamente, como acabamos de apuntar, el planteamiento general descrito, debe matizarse en función de cuales sean los concretos términos del pacto de no concurrencia postcontractual suscrito, que bien puede acotar el ámbito de la concurrencia prohibida, supuesto en el que a los términos del pacto habrá que estar. Puede, en efecto, que el pacto restrinja la prohibición de concurrencia al trabajo por cuenta ajena y permita el trabajo por cuenta ajena, puede que ciña la concurrencia prohibida estrictamente a la actividad que realizaba el trabajador³⁸ o la concrete en determinada actividad o actividades³⁹, que liste las empresas de la competencia prohibidas⁴⁰ o circunscriba territorialmente la concurrencia vedada⁴¹. De ser así, solo en el supuesto en el que la concurrencia realizada por el trabajador encaje en la vedada deberá considerarse vulnerado el pacto de no concurrencia en cuestión. En ningún caso, sin embargo, el pacto podrá ampliar la prohibición de concurrencia más allá de los términos que derivan del interés industrial o comercial en los términos descritos más arriba, pues tal previsión vendría a chocar con la exigencia expresa del requisito legal y a vulnerar la libertad de trabajo y el derecho al trabajo del trabajador.

Cuando en la interpretación del pacto se susciten dudas respecto del alcance que las partes han querido dar a la competencia prohibida, como señala la jurisprudencia⁴², son de aplicación las reglas que rigen la interpretación de los contratos. Por tanto, en caso de discrepancia entre los términos del contrato y la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellos (art. 1281 CC), debiendo para determinarla atenderse a los actos coetáneos y posteriores de los contratantes (art. 1282 CC).

2.2.3. La compensación económica adecuada

El tercer requisito legal es la satisfacción al trabajador por el empresario de una compensación económica adecuada y es el que, como era de esperar, ha generado mayor litigiosidad. La finalidad del requisito legal es, claramente, la de resarcir al trabajador de la limitación que le supone el pacto de no concurrencia postcontractual, que restringe su libertad de trabajar y su derecho al trabajo, amparados en el art. 35 de la Constitución, al reducir sus posibilidades de acceder a un nuevo empleo o de iniciar una nueva actividad profesional⁴³.

La compensación económica debe aparecer expresamente prevista en el pacto, estar expuesta de modo claro y terminante: ha de ser – al decir de la doctrina

38 Vid. STSJ de Cataluña 5 octubre 2021, Rº 2047/2021.

39 STSJ Madrid 26 enero 2024, Rº 592/2023.

40 STSJ Cataluña 13 julio 2023, Rº 210/2023.

41 STSJ Cataluña 5 octubre 2021, Rº 2047/2021.

42 STS 4 mayo 1990 y STSJ Baleares 30 de julio 1991. Vid. asimismo STS 22 marzo 1988.

43 STS 18 octubre 2021, Rº. 3769/2018 y STS 26 enero 2024, Rº 2349/2021.

judicial— explícita, clara, indubitable o manifiesta⁴⁴, de manera que quede claro que compensa el compromiso de inconcurrencia postcontractual y no el trabajo que se viene realizando. Materialmente debe por tanto traducirse para el trabajador en la percepción de una cantidad superior a la que hubiera tenido derecho a percibir en caso de no haberse suscrito el indicado pacto⁴⁵.

La ausencia en el pacto de no concurrencia postcontractual de la previsión de la compensación legalmente requerida, que es requisito esencial para su validez y licitud, determina la nulidad "ab origine" del mismo y el que, en consecuencia, no pueda reconocérsele efectividad alguna⁴⁶. Asimismo, la doctrina judicial ha considerado nula la previsión contractual según la cual debe considerarse como compensación por pacto de no competencia cualquier incremento de salario que el trabajador perciba por encima del salario de convenio, nulidad que alcanzaría también "ab origine" a la validez y licitud del propio pacto⁴⁷. Los Tribunales, en efecto, han considerado que en tal caso "se produce una absoluta indeterminación en relación al cumplimiento de dicho requisito legal" y se ignoran "los requisitos de claridad y transparencia indispensables para conocer con exactitud el importe o los parámetros de la compensación", desnaturalizándose además la naturaleza indemnizatoria de la cláusula en cuestión⁴⁸.

Resulta muy aconsejable, por ello, al redactar el pacto de no concurrencia postcontractual desligar netamente la compensación del salario y configurarla como una retribución específica, evitando cualquier confusión con este. Pues cuando la confusión reina y el deslinde no está ni mucho menos claro, no es inhabitual que los Tribunales concluyan que lo percibido por el trabajador era salario y que el trabajador, primero, no se encuentra vinculado por un pacto de no concurrencia que se reputa inexistente, y segundo, que habida cuenta de que lo que ha venido percibiendo es salario, no puede reclamársele y no procede por su parte devolución alguna. Tal es el caso, por ejemplo, enjuiciado en la STS de 14 de diciembre de 2023, en el que la empresa y el trabajador, tras haber estipulado una oferta de empleo que asignaba a este un salario bruto anual de 50.000 euros, transcurrido un mes suscribieron un contrato de trabajo con un pacto de no concurrencia en el que, como compensación económica, desgajaron del salario un monto mensual de 115,73 euros, que debía abonarse hasta alcanzar el 4,09% del salario pactado. Pues bien, para la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, sobre la base de la dicción de la cláusula pactada, en la que la compensación integra el salario, de la remisión a una cifra porcentual de este y de que la incorporación del pacto de no concurrencia al contrato no se acompaña de compensación "ad hoc" alguna por encima del salario inicialmente pactado, concluye que "la cifra imputada por el empleador al pacto de no competencia es retribución

44 STSJ Cataluña 13 septiembre 2023, Rº 903/2023.

45 STSJ Cataluña 5 diciembre 2023, Rº 1614/2023.

46 STSJ Cataluña 31 enero 2003 y STSJ Cataluña 6 noviembre 2020, Rº 3308/2020.

47 STSJ Cataluña 13 septiembre 2023, Rº 903/2023.

48 STSJ Cataluña 13 septiembre 2023, Rº 903/2023.

salarial y no indemnización por la restricción contractual posterior a la finalización del contrato” y niega que pueda detrarse de lo percibido cantidad alguna para compensar el incumplimiento del pacto de no concurrencia, “para ello – dice expresamente la sentencia– hubiera sido necesaria una dicción diferente en el propio pacto elaborado por la parte empresarial: la ausencia de claridad que contempla su redactado en tal extremo no puede perjudicar al trabajador”⁴⁹.

La valoración de la adecuación de la compensación económica requiere, según la jurisprudencia, considerar su proporcionalidad.⁵⁰ La compensación económica debe ser proporcional al perjuicio que para el trabajador va a derivarse del pacto⁵¹, de suerte que su montante debe ser suficiente para hacer frente a las limitaciones asumidas en el mismo⁵².

Al decir de la jurisprudencia⁵³, “para determinar si la compensación económica ha sido adecuada han de ponderarse los factores concurrentes”, a saber:

- En primer lugar, “la duración a la que se extiende el pacto de no competencia”. Resulta, en efecto, necesario ponderar el tiempo contractualmente previsto para el pacto, pues no es lo mismo que este alcance el período máximo permitido por la norma que es de dos años, lo que supone imponerle el mayor sacrificio previsto por la norma, o que tenga una duración menor.
- En segundo lugar, “la compensación económica que se abona al trabajador”. El monto de la compensación percibida y su proporción en relación con la retribución que el trabajador venía percibiendo es, sin duda, elemento crucial a la hora de valorar la adecuación de la compensación. Cuando la compensación se percibe a lo largo de la vigencia del contrato la valoración debe tomar en consideración el montante total percibido en relación con la retribución del trabajador y el periodo de inactividad pactado⁵⁴.
- En tercer lugar, “el importe que ha de abonar el trabajador a la empresa en caso de incumplimiento”. La proporcionalidad de la compensación debe proyectarse y, por tanto, exigirse de las indemnizaciones que se prevean debe satisfacer el trabajador en caso de incumplimiento. De la adecuación de la compensación – dice el Tribunal Supremo– “se sigue que igualmente adecuada o proporcional ha de ser la compensación a la empresa cuando dicho trabajador incumpla tal pacto”⁵⁵.

49 STS 14 diciembre 2023, Rº 494/2021. En el mismo sentido, ante casos similares, la STSJ Comunidad Valenciana 28 abril 2020, Rº 967/2019; STSJ Madrid 23 diciembre 2020, Rº. 667/2020; STSJ Cataluña 26 mayo 2023, Rº 7941/2022 y STSJ Cataluña 5 diciembre 2023, Rº 1614/2023.

50 STS 21 mayo 2009, Rº. 1264/2008.

51 STS 26 enero 2024, Rº 2349/2021.

52 STS 18 octubre 2021, Rº 3769/2018

53 STS 18 de octubre 2021, Rº 3769/2018

54 STSJ Cataluña 13 julio 2021, Rº 2418/2021.

55 STS 26 octubre 2016, Rº 1032/2015. En el mismo sentido, STS 1 diciembre 2021, Rº 894/2019.

- En cuarto lugar, “la causa de la extinción del contrato”, pues “no es lo mismo que el trabajador voluntariamente decida dejar la empresa, que sea despedido, ni que el despido sea posteriormente reconocido por la empresa como improcedente, ni tampoco, que la improcedencia sea declarada judicialmente, y la razón es que en estos dos últimos casos la cláusula de no competencia la activa la empresa y coloca al trabajador en una situación frente a la que la empresa no le dio tiempo a reaccionar”⁵⁶.

El juicio sobre la adecuación de la compensación se lleva a cabo, en consecuencia, valorando de manera global todos estos elementos, a los que cabe añadir el alcance general o específico del propio pacto de no concurrencia postcontractual⁵⁷, de modo que es la imagen del pacto en su conjunto la que viene a determinar su calificación judicial ulterior. Ello no obstante, la cuantía de la compensación y la duración del pacto son los elementos centrales en torno a los cuales va a girar la valoración, que los demás vienen normalmente a corroborar. Conviene, por tanto, detenerse en analizar cuándo estos elementos cuantitativos han sido judicialmente validados y cuándo, por el contrario, la jurisprudencia y la doctrina judicial han considerado, en atención a la duración del pacto y al montante percibido, la compensación económica insuficiente.

Los Tribunales laborales no han considerado supuestos de compensación económica adecuada, entre otros, los siguientes: una cantidad de 311,16 euros mensuales cuando el trabajador percibía un salario bruto mínimo anual de 26.817,96 euros y el pacto de no concurrencia postcontractual tenía una vigencia de dos años⁵⁸; una contraprestación de 12.000 euros cuando el pacto de no concurrencia se estableció por el máximo de tiempo legal y el trabajador percibía un sueldo de 135.334,53 euros anuales⁵⁹; una compensación de 35 euros mensuales, esto es, el 1'76% de su salario de 1.985 euros mensuales, para un pacto de dos años⁶⁰; tres meses de salario cuando la vigencia del pacto era anual⁶¹; una compensación de 2.859 euros para un pacto de dos años de vigencia, siendo que el salario anual bruto pactado en contrato era de 49.000 euros⁶²; una compensación de 400 euros mensuales, de la que solo se pagó la mitad, por un pacto de dos años de duración, cobrando la trabajadora un salario bruto mensual de 1.714,65 euros⁶³; una compensación de 200 euros, que suponía un 5,86% del salario de la trabajadora de 3.412,9 euros brutos para un pacto de dos años de duración⁶⁴; o, en fin, una compensación de 200 euros mensuales para una traba-

56 STSJ Cataluña 16 enero 2024, Rº2703/2023.

57 STSJ Madrid 26 enero 2024, Rº592/2023.

58 STS 20 junio 2012, Rº 614/2011.

59 STSJ Cataluña 9 marzo 2020, Rº 6373/2019.

60 STS 18 octubre 2021, Rº3769/2018.

61 STSJ Asturias 10 octubre 2023, Rº 899/2023.

62 STSJ Madrid 1 diciembre 2023, Rº 407/2023.

63 STS 26 enero 2024, Rº 2349/2021.

64 STSJ Cataluña 16 enero 2024, Rº 2703/2023.

jadora cuyo salario anual era de 51.661,40 euros, por un pacto de no concurrencia de dos años⁶⁵.

Por el contrario, la compensación ha sido considerada adecuada en casos como los siguientes: la cantidad de nueve millones de pesetas percibida en el momento de extinguir el contrato de mutuo acuerdo por el responsable regional de un banco para un pacto de no concurrencia de un año de duración⁶⁶; una compensación total de 10.147,57 euros recibida durante la vigencia del contrato en pagos mensuales para un pacto de no concurrencia cuya duración pactada (dos años) el juez reconduce a la legal (seis meses)⁶⁷; la compensación de 500.000 euros anuales durante más de dieciocho años respecto de un pacto de no concurrencia de dos años⁶⁸; la percepción por un técnico comercial durante el desarrollo de su prestación de una cantidad mensual como complemento extra de unos 1.035 euros, lo que ha venido a suponer en torno al 22% del total de las retribuciones percibidas⁶⁹; una compensación de 36.769,32 euros brutos para un pacto de no competencia de un año de un técnico auxiliar⁷⁰; la contrapartida del 21 % del salario bruto acompañada de una limitación para desarrollar la actividad concurrente de un año⁷¹, o un montante equivalente al 35% del salario fijo mensual por cada mes de restricción, lo que supone un total de más de 100.000 euros, para un pacto de dos años de duración pero específico respecto a las actividades concurrentes vetadas⁷².

La doctrina judicial ha considerado abusiva y nula la introducción en el pacto de no concurrencia postcontractual de una cláusula que condicionaba la percepción de la compensación económica a consideraciones distintas al cumplimiento de la obligación del demandante de no concurrir. Concretamente, ha anulado una cláusula que obligaba al trabajador a aportar a la empresa un certificado actualizado de su vida laboral en el plazo de treinta días naturales desde la finalización del primer año de vigencia del pacto, so pena de retirarle la compensación económica que venía percibiendo⁷³.

Cuestión importante, pues de ella va a depender el régimen jurídico de la compensación, es la de su naturaleza jurídica. Como ha subrayado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de junio de 2015⁷⁴ y 18 de octubre de 2021⁷⁵,

65 STS 12 abril 2024, Rº 547/2021.

66 STS 21 marzo 2001, Rº 1004/2000.

67 STS 21 junio 2021, Rº 1317/2021.

68 STSJ Cataluña de 13 julio 2021, Rº 2418/2021.

69 STSJ Andalucía (Sevilla) 14 julio 2022, Rº 2312/2020.

70 STSJ Madrid 21 marzo 2023, Rº 567/2022.

71 STSJ Cataluña 5 diciembre de 2023, Rº 1004/2023.

72 STSJ Madrid 26 enero 2024, Rº 592/2023.

73 STSJ Madrid 21 marzo 2023, Rº 567/2022.

74 STS 15 junio 2015, Rº 1833/2014.

75 STS 18 octubre 2021, Rº 3769/2018. En el mismo sentido, STSJ Madrid 23 diciembre 2020, Rº 667/2020; STSJ Cataluña 5 diciembre 2023, Rº 1614/2023 y STSJ Cataluña 16 enero 2024, Rº 2703/2023.

la jurisprudencia de la Sala es conteste en el sentido de afirmar que la compensación por el pacto de no concurrencia postcontractual tiene naturaleza indemnizatoria y no salarial, argumentando su tesis con diversas razones: la compensación viene a indemnizar al trabajador del perjuicio que le supone ver restringida su libertad de trabajo (STS 14 mayo 2009 y 26 de octubre de 2016), el incumplimiento del pacto por alguna de las partes da lugar a la indemnización de daños y perjuicios (STS 15 enero 2009 y 26 de octubre 2016) y su nulidad obliga al trabajador a restituir al empresario la compensación percibida, sin que juegue respecto de la misma la presunción del carácter salarial de las compensaciones (STS 20 junio 2012).

2.3. Los efectos del incumplimiento del pacto de no concurrencia postcontractual

Sobre las consecuencias del incumplimiento del pacto de no concurrencia postcontractual por cualquiera de las partes que lo han suscrito, el art. 21.2 ET guarda silencio, lo que remite a la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad contractual: la parte perjudicada por el incumplimiento va a poder reclamar de la otra, al amparo de lo establecido en los arts. 1101 y 1107 del Código Civil⁷⁶, una indemnización de daños y perjuicios. Estas reglas deberán, sin embargo, matizarse en el supuesto de que el pacto en cuestión sea declarado parcialmente nulo a la luz de lo establecido en el art. 9.1 del Estatuto de los Trabajadores⁷⁷.

En efecto, con carácter general, como señala la doctrina judicial⁷⁸, las situaciones posibles son, en principio, dos:

- Que el empresario incumpla la obligación de pago de la compensación económica acordada. Situación frente a la que el trabajador puede reaccionar interponiendo dos tipos de demanda: una acción de reclamación de cantidad solicitando que le sea abonada la cantidad que se le adeuda, o la acción resolutoria que tendría por finalidad la extinción del pacto de no competencia. Podría el trabajador incluso ejercitar ambas, solicitando en todo caso una

76 De acuerdo con el art. 1101 CC, "quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas". Por su parte, el art. 1107 previene: "Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación".

77 Precepto que reza como sigue: "Si resultase nula una parte del contrato de trabajo, este permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1. Si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones".

78 STSJ Madrid 15 octubre 2021, Rº 456/2021

indemnización de daños y perjuicios. La indemnización puede haber sido cuantificada en el pacto de no concurrencia pero, de no ser así, deberá hacerlo el órgano judicial que conozca del litigio.

- Que sea el trabajador quien incumpla el pacto suscrito realizando una actividad concurrente en el periodo prohibido. Ante tal tesitura, el empresario podrá requerir el cumplimiento del pacto, cesar en el pago de la compensación y reclamarle la restitución de lo percibido por tal concepto hasta el momento y, adicionalmente, una indemnización de daños y perjuicios.

Esta indemnización puede haber sido expresamente prevista en el pacto mediante el establecimiento en el mismo de una cláusula penal al amparo de lo establecido en el art. 1152 del Código Civil⁷⁹, supuesto en el que la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, salvo que se hubiere pactado otra cosa. A falta de tal cláusula, podrá reclamarse una indemnización de los daños y perjuicios padecidos, que los tribunales normalmente cifran, a falta de prueba "ad hoc" que acredite una mayor cuantía, en la devolución del monto total de lo percibido en concepto de compensación económica⁸⁰.

La exigencia legal de proporcionalidad entre lo percibido por el trabajador en concepto de compensación económica y lo que posteriormente se le reclama en concepto de cláusula penal en caso de incumplimiento del pacto, ha llevado a la jurisprudencia a rechazar la aplicación automática de tal cláusula cuando el juez de instancia entienda que es desproporcionada. A falta de una específica acreditación de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento del pacto, el Tribunal Supremo ha avalado la decisión judicial de instancia de inaplicar la cláusula penal y sustituirla por una indemnización equivalente a lo percibido por el trabajador en concepto de compensación económica⁸¹.

Pero, como apuntábamos, este esquema de responsabilidades se complica en aquellos casos en los que la exigencia de las mismas al trabajador incumplidor del

79 El Tribunal Supremo ha señalado que la inclusión en el pacto de no concurrencia postcontractual de una cláusula penal no supone renuncia anticipada de derechos legales o convencionales indisponibles que es lo que prohíbe el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues los derechos que surgen por acuerdo entre las partes son disponibles en la medida en la que no contradigan las normas de carácter imperativo. "Lo que podrá plantearse en determinados supuestos— sigue el Alto Tribunal— es la proporcionalidad de la indemnización prevista ("compensación económica adecuada, a la que alude el art. 21 del ET) sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 del Código Civil), lo que permite, en su caso, la nulidad parcial de la repetida cláusula"(STS 9 febrero 2009, Rº 1264/2008).

80 Vid. por ejemplo STSJ Cataluña 13 julio 2021, Rº 2418/2021; STS J Madrid 15 de octubre de 2021, Rº 456/2021; STSJ Andalucía (Sevilla) 14 julio 2022, Rº 2312/2020.

81 STS 26 octubre 2016, Rº 1032/2015. En este caso lo percibido por el trabajador en concepto de compensación económica eran 18.000 euros, mientras que la cláusula penal preveía la restitución por parte del trabajador de una anualidad de su salario bruto, esto es, 59.900 euros. Como pondera el Tribunal Supremo, más del triple de la compensación pactada. En el mismo sentido, STS 1 diciembre 2021, Rº 894/2019.

pacto viene acompañada de la declaración de la declaración de nulidad parcial del propio pacto. En aquellas ocasiones, en efecto, en las que el pacto es declarado parcialmente nulo como consecuencia de que la duración prevista en el mismo supera los límites legales o porque la compensación económica en él establecida en favor del trabajador se considera inadecuada, se plantea el problema de qué efectos se derivan del incumplimiento del pacto, señaladamente en lo relativo a la compensación económica que ha venido percibiendo el trabajador.

La jurisprudencia ha abordado esta cuestión de manera reiterada y ha elaborado en torno a ella toda una construcción que supone una matización de la aplicación de las reglas generales en materia de responsabilidad civil. Aunque la construcción en alguna medida ya se esboza en la STS de 7 de noviembre de 2005⁸², es en las posteriores de 10 de febrero de 2009⁸³ y 30 de noviembre de 2009, donde se perfila la doctrina, que cabe considerar consolidada. Precisamente esta última sentencia, sintetiza bien los términos de la construcción, en el sentido siguiente:

1º) El presupuesto de partida de la construcción es que "la prevención contenida en el art. 1303 del Código Civil", que contempla la recíproca restitución de las prestaciones que hayan sido materia del contrato en el supuesto de que la obligación sea declarada nula, "no agota la regulación en la materia".

2º) Y no la agota porque el Ordenamiento laboral en el apartado primero del art. 9.1 del Estatuto de los trabajadores (vid, nota 77) "consagra el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido de las normas de Derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley e integrando – frente a la nulidad parcial conservadora– lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa (entre las recientes sentencias de la Sala Primera, SSTS 3 octubre 2007, Rº 3962/00 y 25 septiembre 2006, Rº 4815/99)".

3º) La nulidad parcial del pacto plantea el problema relativo al destino que haya de corresponder a la total compensación económica percibida, cuestión que "ha de resolverse en atención al apartado segundo del art. 9.1 ET, que contiene una previsión cuya especialidad también se impone a las consecuencias que genéricamente se establecen en el art. 1303 del Código Civil y asimismo a las reglas del art. 1306 CC y teniendo siempre presente esa prioridad aplicativa del citado art. 9.1 ET, conforme al cual "si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, la jurisdicción competente... hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones".

4º) Por consiguiente, "el Estatuto de los Trabajadores confiere a la discrecionalidad judicial fijar el destino de la prestación económica a percibir (o ya percibida, con

82 STS 7 noviembre 2005, Rº 5211/2004.

83 STS 10 febrero 2009, Rº 2973/2007.

igual motivo) por el trabajador; destino que necesariamente ha de determinarse en atención a las concretas circunstancias del caso, sin perjuicio de que pueda hacerse con razonable aplicación analógica de las reglas contenidas en el art. 1306 CC".

La construcción reseñada, por consiguiente, remite, para los casos de declaración de la nulidad parcial del pacto, a la discrecionalidad judicial, es decir, residencia en los jueces de instancia, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, la decisión de determinar los efectos económicos del incumplimiento, tanto por lo que se refiere a las cantidades percibidas en concepto de compensación económica, como a la cláusula penal eventualmente pactada. El juzgador de instancia es, en efecto, "soberano evaluando las condiciones y circunstancias concurrentes en el caso...sin perjuicio de su corrección en caso evidente y notorio error ponderativo."⁸⁴.

No obstante, con carácter general, la jurisprudencia viene entendiendo que efecto natural del incumplimiento por parte del trabajador del pacto de no concurrencia, aún declarado parcialmente nulo, es la devolución por este de lo previamente percibido como compensación económica⁸⁵: "La nulidad del pacto de no competencia – concluye el Tribunal Supremo en ST de 12 de abril de 2024– obliga a la trabajadora a devolver a la empresa lo percibido en concepto de compensación económica"⁸⁶. Y es que tal devolución, como el propio Tribunal ha reiterado, "no es más que la proporcionada consecuencia del incumplimiento del pacto por el trabajador"⁸⁷. Con todo, cuando la duración prevista para el pacto es superior a la legalmente permitida el importe de la cantidad a devolver puede modularse en función de la duración legal a la que el pacto ha sido reconducido. Así, por ejemplo, en un supuesto en el que la duración del pacto era cuatro veces superior a la legal, el Tribunal Supremo concluyó que la restitución debía limitarse a la cuarta parte de lo percibido⁸⁸.

De otra parte, en aquellos casos en los que el propio pacto declarado parcialmente nulo contiene una cláusula penal que sanciona el incumplimiento previendo indemnizaciones sensiblemente superiores a la devolución de lo percibido, los tribunales, en uso de la prerrogativa que les confiere el art. 9.1 del Estatuto de los Trabajadores y sobre la base de la exigencia de proporcionalidad, suelen sustituir tal previsión contractual por dicha devolución. Cuando, por el contrario, la cláusula penal expresamente prevé como indemnización una cantidad inferior a la percibida, la jurisprudencia se atiene a la literalidad de lo pactado⁸⁹.

84 STSJ Cataluña 13 julio 2021, Rº 2418/2021.

85 STS 7 noviembre 2005, Rº 5211/2004; STS 30 noviembre 2009, Rº 4161/2008; STS 20 abril 2010, Rº 2629/2009; STS 20 junio 2012, Rº 614/2011; STS 12 abril 2024 Rº 2003/2021.

86 STS 12 abril 2024, Rº 2003/2021

87 STS 30 noviembre 2009, Rº 4161/2008.

88 STS 10 febrero 2009, Rº 2973/2007. Vid, asimismo, STSJ Andalucía (Sevilla) 31 marzo 2022, Rº 1423/2020, que desestima un recurso de suplicación frente a una sentencia de instancia que moderaba la devolución, en atención a la excesiva duración del pacto, reduciéndola a una anualidad de la compensación percibida por el pacto de no concurrencia.

89 STS 20 abril 2010, Rº 2629/2009.