

12 de agosto de 2008
DAJ-AE-193-08

Señora
Cristina Montero G.
cristinamontero@ice.co.cr

Estimada señora:

Procedemos a dar respuesta a solicitud que usted envió por correo electrónico el 04 de setiembre de 2007, mediante el cual requiere nuestro criterio jurídico, en relación con las cláusulas contractuales denominadas “Pacto de no competencia”, que tiene por finalidad impedir que los trabajadores una vez terminada una relación laboral con una empresa, vayan a trabajar con la competencia o con otra empresa del mismo sector por un plazo limitado de tiempo. Indica que en España es muy utilizada y es válida siempre que haya una compensación económica para el trabajador. Desea saber si dicha cláusula es factible en nuestro país.

Antes del análisis del fondo le solicitamos disculpas por el atraso presentado, el cual obedece a una gran cantidad de solicitudes de criterio y otros asuntos que hay en esta asesoría, que son igual de importantes a su caso y con los cuales se debe respetar el orden de ingreso. Además que su consulta no pudo ser evacuada por correo electrónico en forma inmediata debido a que requería investigación y análisis del caso.

Como nota introductoria es importante indicar que nuestra legislación laboral nacional ha omitido regular o establecer el denominado “pacto de no competencia” también denominado “pacto de confidencialidad”, en virtud del cual se establecen cláusulas en los contratos de trabajo que prohíben ejecutar labores después de finalizada la relación laboral en empresas dedicadas a la misma actividad de la contratante. Por esta razón procederemos a introducir algunas definiciones básicas de nuestra legislación y el tratamiento a nivel doctrinario, y posteriormente el estudio de un único caso que ha sido atendido por la Sala Segunda en tercera instancia rogada.

Nuestro Código de Trabajo tal vez en un intento de legislar situaciones especiales de secretos empresariales, establece el deber de fidelidad como un

derivado propio de toda relación laboral. Este se puede desprender indirectamente del artículo 71 inciso g) que señala:

“Fuera de las contenidas en otros artículos de este Código, en sus Reglamentos y en sus Leyes supletorias o conexas, son obligaciones de los trabajadores:

...g) Guardar rigurosamente los secretos técnicos, comerciales o de fabricación de los productos a cuya elaboración concurren directa o indirectamente, o de los cuales tenga conocimiento por razón del trabajo que ejecutan; así como de los asuntos administrativos reservados, cuya divulgación pueda causar perjuicios al patrono, y...”

Esta norma refiere al deber de confidencialidad pero debemos tener claro que solamente tiene vigencia durante la relación laboral de manera que una vez concluido el contrato, la obligación desaparece, al menos no podría alegarse la sobrevivencia de la cláusula si el contrato de trabajo ha finalizado.

Al respecto, el tratadista Ernesto Krotoschin¹ expone *“...c) El deber de fidelidad se concreta, sobre todo, en tres aspectos de la relación laboral, que son: la prohibición de hacer competencia al empleador, el deber de guardar reserva o secreto de las informaciones confidenciales a que tenga acceso y la prohibición de aceptar sobornos...”* Sobre cada uno de estos aspectos el autor expone que aunque no está prohibido que un trabajador tenga varios trabajos a la vez, si existe impedimento para que ese segundo trabajo no afecte directamente a su primer patrono y afecte sus intereses, ya sea porque se trata de la misma labor que le presta al primero, o porque se trata de empresas de la competencia. Indica que esta segunda labor puede ser tanto por cuenta propia como por cuenta ajena.

Propiamente sobre el tema de consulta expone el autor:

“...La prohibición pierde efecto, generalmente, con la terminación del contrato de trabajo, cualquiera que fuera la causa de extinción. Sólo excepcionalmente la interdicción de competencia se extiende a determinado lapso posterior a la terminación del contrato. Para que ello ocurra, se precisa un convenio especial entre las partes...[que] solo pueden reconocerse como válidas dentro de ciertos límites...Se reconoce generalmente, que no debe extenderse, en cuanto a objeto, lugar y tiempo, más allá de lo que fuera necesario para proteger los intereses legítimos del antiguo empleador. No debe dificultarse, de modo inicu, el porvenir del trabajador dependiente...”²

¹ Krotoschin Ernesto. Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Vol I, 4ta Ed. Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 229.

² Ibid. Pág. 231 a 235.

Consideramos que la pérdida de vigencia del deber de fidelidad una vez concluido el contrato de trabajo ha hecho surgir esta figura de los llamados “Acuerdos de Confidencialidad” y “Acuerdo de no concurrencia posterior”, son algunos de los elementos que son estrictamente necesarios para que éstos sean válidos:

“Para que esta cláusula sea válida se exigen dos requisitos:

- *Que se establezca una retribución económica adecuada por este concepto.*
- *Su indeterminación determina la inviabilidad del pacto.*
- *Respecto de la cuantificación de la misma corresponde a las partes su fijación en el propio contrato de trabajo o en el contrato donde se recoja el pacto o cláusula de no competencia.*
- *Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello que justifique la celebración del pacto, bajo sanción de nulidad. Este interés queda acreditado, por ejemplo, si se deriva un perjuicio a la empresa por la realización de la actividad que se intenta prohibir.*
- *Este acuerdo no puede rescindirse unilateralmente por los trabajadores, ni aun renunciando a la compensación económica.*
- *Los efectos que se derivan del pacto son de obligado cumplimiento durante toda su vigencia...³”*

Por otro lado, encontramos en doctrina los efectos del incumplimiento contractual de los acuerdos de no concurrencia posterior:

- *“...El incumplimiento de la obligación de pago asumida por el empresario. El empleado ante ello podría interponer: una acción de reclamación de cantidad sometida a un plazo de prescripción de un año a fin de que se le abone la cantidad correspondiente a esa "compensación económica adecuada", o la acción resolutoria que tendría como finalidad la extinción del pacto de no competencia, e incluso ambas, junto con la indemnización de daños y perjuicios.*
- *De otro lado, si quien incumple es el empleado por competir, el empresario: podrá exigir el cumplimiento de dicha cláusula, cesará en el pago, se le restituirá la cantidad entregada hasta el momento y, adicionalmente a todo ello, podría solicitar una*

³ *Pacto de no competencia posterior.* [En línea]: Laboral: Normativa, formación, software, profesionales. [Consulta 20 de junio de 2008]. Disponible en http://www.cursos-laboral.com/detalle_contenido.asp?elegido=80&sitio_origen=19

indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, el juez discrecionalmente puede llegar a ordenar el cierre del establecimiento correspondiente...⁴

Debemos insistir, que lo hasta ahora expuesto, ha sido a la luz de lo expuesto por un tratadista importante en materia laboral, así como artículos expuestos en diversas páginas de internet originadas en España. En nuestro país, no hemos encontrado mayor abundamiento que el que dio el abogado Alejandro Trejos G., en un artículo publicado en el periódico La Nación. Estimamos conveniente, indicar que dicho abogado cita una sentencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, que se muestra como un antecedente en la materia, y que esta asesoría así la debe tomar en cuenta también, ya que no se puede considerar jurisprudencia la emisión de una sola resolución en la materia, pero por su importancia procederemos a analizarla y a transcribir algunos puntos importantes, tomando en cuenta que la sentencia es el resultado de una tercera instancia rogada que se dio en un proceso ordinario laboral, en el cual la parte demandada era el trabajador y la demandada la empresa. El trabajador, que había laborado más de 20 años en la misma empresa y cuyo último cargo que estuvo fue el de Presidente Ejecutivo, demandó la anulación de las cláusulas contractuales que contenían un acuerdo de no concurrencia posterior, pues alegaba principalmente daños y perjuicios que le ocasionó el hecho de no poder laborar para empresas del mismo sector en el plazo de dos años, posteriormente a la terminación del trabajo. La Sala Segunda analiza algunos aspectos importantes, que deseamos destacar y que siguen la misma línea doctrinaria que ha sido expuesta en este criterio.⁵

“...los pactos de confidencialidad o de no concurrencia o competencia entre trabajadores y empleadores, con efectos posteriores a la terminación del contrato de trabajo, no son contrarios al ordenamiento jurídico, sino todo lo contrario, pues a través de ellos se busca prevenir una actividad socialmente reprochable y jurídicamente ilícita, como es la concurrencia desleal, a través del aprovechamiento de conocimientos o de información adquiridos durante la extinta relación. Así las cosas, de ninguna manera puede decirse que las organizaciones empresariales no pueden protegerse de una actividad en ese sentido, a través de contratos en los que se pacte el compromiso del trabajador de no laborar posteriormente a la finalización de su contrato, para sí o para otro empresario, en actividades similares

⁴ Hernández Velazco Eva María. *El Pacto de no Competencia Postcontractual*. [En Línea]. [Consulta 20 de junio de 2008]. Disponible en <http://legal.monster.es/articulos/pactonocompe/>

⁵ Ver resolución 2003-0089 de las 09:10 horas de 28 de febrero de 2003 de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

a las que venía realizando. Mas, como este tipo de cláusulas puede resultar chocante con otro principio importante, como lo es el de la libertad de trabajo, es razonable el criterio de algunos de los doctrinistas citados en el fallo del Tribunal (Alfredo Montoya Melgar (Derecho de Trabajo) y Ernesto Krotoschin (Tratado Práctico de Derecho de Trabajo), de que su validez sólo puede tolerarse si se pacta por un plazo razonable y si al mismo tiempo se satisface al trabajador una compensación económica adecuada. En el caso concreto, el pacto se limitó a dos años, lo cual es razonable, pero no se estipuló ninguna compensación económica, lo cual debe tenerse como el resultado de una imposición de la empleadora, pues no es normal que un trabajador acepte, en el momento de ser cesado, abstenerse de laborar sin recibir ninguna prestación a cambio, precisamente, en la actividad que mejor conoce y donde puede tener posibilidades de continuar como trabajador activo. Esta omisión, siguiendo la doctrina clásica, constituye falta de causa de la obligación, pues de esa manera el compromiso que adquirió el actor, -que como se dijo afectaba su libertad de trabajo-, quedó sin fundamento o razón de ser, lo cual constituye un vicio de esa obligación, pues “No es posible, en el campo del derecho, que la persona se obligue, o esté obligada, sin que exista un fundamento racional y justo que haya producido el vínculo obligatorio” (Alberto Brenes Córdoba. Obligaciones y Contratos, N° 35)...Ese razonamiento, de origen puramente civil, resulta aplicable en la especie de conformidad con el numeral 15 del Código de Trabajo...” (los subrayados son nuestros)

En relación con el aspecto económicamente compensatorio, la indicada Sala contradice el criterio patronal, que argumentó en su momento que ya estaba incluido en el salario del trabajador y en las liquidaciones contractuales. Al respecto la Sala indicó que no parecía que tal información fuera válida, pues así no había sido expuesto en los argumentos de defensa en primera instancia, sino que fue algo que se informó hasta el final, que fue varios años después.

Esta asesoría considera importante destacar que el aspecto compensatorio por la prohibición a futuro, debidamente establecida en un contrato de trabajo, debe estar detallado en la coetilla salarial que normalmente las empresas entregan a los trabajadores con el pago del salario. Es decir, no puede tratarse de un salario nominal o único, sino que debe estar compuesto por al menos dos aspectos, el salario como tal y la compensación económica por no concurrencia futura. En ese sentido, como la empresa no pudo demostrar el pago de dicha compensación, la Sala Segunda declaró nulas la cláusulas que contenían el

acuerdo de no competencia futura y por ende otorgó el pago de daños y perjuicios al demandante.

Con base en lo anterior, esta asesoría procede a concluir que aunque no están reguladas en nuestro Código de Trabajo los llamados “*pacto de no competencia*”, o “*acuerdo de confidencialidad*” o “*pacto de no concurrencia o competencia posterior*” pueden ser incluidos en un contrato de trabajo, siempre y cuando haya una contraprestación económica a favor del trabajador y se establezca un límite razonable de tiempo de prohibición para laborar con una empresa competencia de la anterior con la que laboraba o de la misma industria, según la Sala este tiempo puede ser de 2 años, pero consideramos que en cada caso debe analizarse la situación para establecer el plazo. La ausencia de uno de estos dos elementos puede generar la nulidad del acuerdo tomado y por ende el trabajador no estará comprometido al cumplimiento de las obligaciones contraídas.

Aprovechamos para informarle que actualmente nuestro servicio de consulta por correo electrónico, cuando se trata de consultas breves que no requieren análisis de fondo, se están tramitando en forma breve para cumplir con el objetivo requerido por los usuarios. La dirección electrónica es: pcastellon@ministrabajo.go.cr

De Usted con toda consideración,

Priscilla Gutiérrez Campos
Asesora

Licda. Ivania Barrantes Venegas
Jefe

PGC/pcv
Ampos 15 y 17