

Eric Castro Posadas^(*)^(**)

Los pactos de **no competencia** en el **derecho laboral** peruano

“LA CELEBRACIÓN DE UN PACTO DE NO COMPETENCIA, EN TANTO LIMITACIÓN DE UN DERECHO FUNDAMENTAL (A LA LIBERTAD DE TRABAJO), NO TENDRÍA POR QUÉ RESULTAR INVÁLIDA, POR SÍ MISMA. EN ESTOS CASOS, LA INVALIDEZ SE PRESENTARÍA POR LA FALTA DE PROPORCIÓN ENTRE LA LIMITACIÓN DEL DERECHO A TRAVÉS DE LOS PACTOS DE NO COMPETENCIA Y LOS FINES QUE CON ELLO SE PRETENDE CONSEGUIR”.

En julio de 2005, Google contrató los servicios del vicepresidente de la división de servicios interactivos de Microsoft para que se encargue de liderar su centro de investigación en China. Ante esta contratación, la respuesta de Microsoft no se hizo esperar y demandó tanto a Google como al ex vicepresidente por violar el acuerdo de no competencia y la cláusula de confidencialidad que mantenía con este último.

En un primer momento, el juez encargado del proceso concedió una orden mediante la cual, si bien le permitía al ex vicepresidente de servicios interactivos trabajar para la competencia, le impedía realizar para Google los mismos proyectos que desarrollaba para Microsoft, divulgar secretos de aquella e inducir a sus ex compañeros de trabajo a que también cambien de empleador.

En diciembre de 2005, y antes de que el juicio se inicie, Google y Microsoft anunciaron que habían llegado a un acuerdo mediante el cual daban por concluida la controversia .

Así como en este caso, en nuestro país no es inusual la celebración de pactos de no competencia durante la relación laboral o inclusive al término de esta, mediante los cuales, los empleadores buscan que por un periodo de tiempo, sus intereses no se vean perjudicados, ya sea

(*) Abogado Asociado de Miranda y Amado Abogados. Adjunto de docencia de los cursos Sistemas Salariales y Tributos Sociales del Diplomado de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica y Derecho Laboral Especial de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

(**) El autor agradece la colaboración del señor Felipe Gamboa Lozada en la elaboración del presente artículo.

por el paso de trabajadores hacia sus competidores o, en caso estos decidieran iniciar negocios por cuenta propia, no terminen generando una competencia directa.

Sobre el particular, nuestra legislación solo contempla la posibilidad de despedir trabajadores cuando estos compitan de forma desleal con sus empleadores, sin hacer mención, como sucede en otras legislaciones, a los pactos de no competencia contractuales ni a los pactos post contractuales, situación que genera ciertas dudas en los operadores de derecho.

En ese sentido, nuestra intención es analizar la validez de los pactos de no competencia, tanto durante el desarrollo de la relación laboral como aquellos que se celebran al momento que esta se extingue, analizando si ellos vulneran por sí mismos el derecho a la libertad de trabajo. Asimismo, analizaremos las circunstancias particulares de cada modalidad, a través de criterios de proporcionalidad, a efectos de intentar superar la falta de regulación expresa sobre la materia.

1. La libertad de trabajo y los pactos de no competencia

Cuando un trabajador o un ex trabajador suscribe con su empleador un pacto de esta naturaleza, a lo que se compromete -en concreto- es a no competir de forma directa o indirecta con su empleador por un periodo determinado de tiempo. Esta situación, que imposibilitaría a una persona decidir, de manera libre y autónoma, para quién podrá o no prestar servicios, importa una renuncia a su libertad de trabajo, conforme se podrá apreciar a continuación.

En efecto, de conformidad con lo establecido en el numeral 15 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a la ley. Ello no significa otra cosa que el reconocimiento por parte del Estado del derecho de las personas a poder elegir y trabajar en cualquier actividad humana que considere pertinente, sin que existan impedimentos distintos a los legalmente establecidos.

Para Neves Mujica⁽¹⁾, dicha libertad de trabajo puede ser vista tanto al inicio como al final de la relación laboral; permitiéndole, en la primera parte, decidir si trabaja o no (en caso decida hacerlo),

“NO ES INUSUAL EN NUESTRO PAÍS QUE SE SUSCRIBAN PACTOS DE NO COMPETENCIA AL INICIARSE UNA RELACIÓN LABORAL O DURANTE EL DESARROLLO DE ESTA, TODA VEZ QUE LOS EMPLEADORES BUSCAN A TRAVÉS DE ESTOS ASEGURAR QUE SUS INTERESES COMERCIALES E INDUSTRIALES NO TERMINEN SIENDO AFECTADOS CON EL TRASPASO DE TRABAJADORES A EMPRESAS COMPETIDORAS Y/O MEDIANTE NEGOCIOS PROPIOS QUE SUS EMPLEADOS PUEDAN INICIAR CON LA FINALIDAD DE OBTENER MAYORES VENTAJAS QUE LAS QUE VIENEN OBTENIENDO EN LA EMPRESA PERO COMPITIENDO DIRECTA O INDIRECTAMENTE CON ELLA”.

establecer qué actividad va a desarrollar y si lo va a hacer para sí mismo o para otro. En su fase final, dicho derecho consiste en un reconocimiento al trabajador de la facultad de dejar el empleo por su propia decisión.

Los pactos de no competencia y exclusividad entrarían dentro de esta primera fase del derecho a la libertad de trabajo que menciona Neves Mujica; mientras que los pactos de permanencia, incidirían en su etapa o fase final.

(1) NEVES MUJICA, Javier. *Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo*. En: *Derecho y Sociedad*. Número 17. p. 24.

Eric Castro Posadas

Además del reconocimiento doctrinario, no debemos olvidar que este derecho ha sido reconocido también por instrumentos internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos ellos han incluido a la libertad de trabajo como derecho objeto de protección, señalando que toda persona tiene derecho a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas y a cambiarla, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva.

Nuestro Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la materia, y ha establecido, en la sentencia recaída en el expediente 4058-2004-AA⁽²⁾, que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley, por lo que, siguiendo a lo establecido en la Constitución así como en los instrumentos internacionales de derechos humanos antes citados, se puede considerar a dicho derecho como: "(...) el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, a la libre elección del trabajo, a la libertad para aceptar, o no, un trabajo, y a la libertad para cambiar de empleo".

En el mismo sentido, se ha pronunciado también nuestro Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 661-04-AA/TC y 008-2003-AI/TC, sentencias en las cuales también se ha reconocido el derecho de todo trabajador a seguir su vocación y a dedicarse a la actividad que mejor responda a sus expectativas, así como a cambiar de empleo, de acuerdo con la reglamentación nacional respectiva.

En virtud de lo antes expuesto se puede apreciar entonces, que toda persona tendría -en principio- la posibilidad y libertad de decidir, sin que exista injerencia de terceros, las actividades que desarrollará, a aceptar libremente las propuestas u ofertas de trabajo que se le realicen y a cambiar de empleador si así lo considerara pertinente.

Sin embargo, es en este último aspecto en el que los pactos de no competencia comienzan a tener incidencia, limitando directamente el derecho a la libertad de trabajo; toda vez que

al suscribirlos, un trabajador ya no podrá decidir de manera autónoma y libre, si acepta la oferta de trabajo de un competidor de su empleador y/o si decide iniciar por su cuenta un negocio que pueda resultar competencia para aquel.

Este conflicto es el que ocurrió en el caso del ex vicepresidente de servicios interactivos de Microsoft, el cual fue demandado, por supuestamente haber violado un acuerdo que le impedía, mientras se encontrara vigente la relación laboral y hasta un año posterior a la extinción del vínculo, aceptar empleo o participar en actividades competitivas con los productos y servicios de su empleador. Dicha cláusula le imposibilitaba además, inducir, intentar inducir, o ayudar a otra persona a inducir o intentar inducir a que termine su relación de trabajo con Microsoft⁽³⁾.

En nuestro país la limitación respecto a la inducción de trabajadores a dejar su puesto de trabajo y prestar servicios en la competencia no es muy frecuente, sin embargo, consideramos que también podría pactarse esto siempre que resulte válido, tomando en cuenta los principios que rigen nuestro ordenamiento jurídico.

2. Validez de los pactos de no competencia. Análisis constitucional de la limitación

En primer lugar, consideramos que los pactos de no competencia no son inválidos por sí mismos, sino por los excesos que pudieran cometerse al momento de su suscripción, ya que si bien existe una limitación a la libertad de trabajo, no toda restricción resulta contraria al ordenamiento jurídico, al no ser derechos absolutos⁽⁴⁾.

(2) Disponible en web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04058-2004-AA.html>.

(3) Disponible en web: <http://fl1.findlaw.com/news.findlaw.com/wp/docs/microsoft/msleegog91305pi.pdf>.

(4) Salvo alguna postura doctrinaria que no es el caso señalar por exceder los límites de este trabajo.

Efectivamente, la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido el carácter relativo de los derechos fundamentales, tal y como lo manifestó en la sentencia recaída en el caso *Kimel vs. Argentina* del 2 de mayo de 2008. En dicha sentencia, la Corte estableció lo siguiente:

“(…) La reflexión de la Corte Interamericana toma en cuenta, desde luego, que los derechos consagrados en la Convención no son absolutos, en el sentido de que su ejercicio se halle exento de límites y controles legítimos. Semejante concepción privaría a la generalidad de los ciudadanos del amparo de la ley y dejaría el orden social en manos del poder y del arbitrio. ‘Hay fronteras para el ejercicio de los derechos’. Más allá de estas aparece la ilicitud, que debe ser evitada y sancionada con los medios justos de que dispone el Estado democrático, custodio de valores y principios cuya ‘tutela interesa al individuo’ y a la sociedad y compromete las acciones del propio Estado. Democracia no implica tolerancia o lenidad frente a conductas ilícitas, pero demanda racionalidad. A esto se refieren, en esencia, las restricciones generales y especiales previstas por la Convención Americana: aquellas, en los artículos 30 y 32.2; estas, en preceptos referentes a ciertos derechos y libertades, entre los que figura el artículo 13⁽⁵⁾”.

En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente 00025-2007-PI/TC, proceso de inconstitucionalidad interpuesto por el Decano Nacional del Colegio de Profesores del Perú contra diversos artículos que modificaban la Ley del Profesorado. En dicha sentencia, el Tribunal estableció literalmente que:

“Por su parte, la Constitución peruana reconoce límites al ejercicio del derecho de huelga (artículo 28 inciso 3 de la Constitución), en la medida que en principio no existen derechos fundamentales absolutos, debiendo protegerse o preservarse no sólo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos⁽⁶⁾”.

Entonces, la celebración de un pacto de no competencia, en tanto limitación de un derecho fundamental (a la libertad de trabajo), no tendría por qué resultar inválida, por sí misma. En estos casos, la invalidez se presentaría por la falta de proporción entre la limitación del derecho a través de los pactos de no competencia y los fines que con ello se pretende conseguir.

Efectivamente, de acuerdo a lo establecido en el fundamento jurídico 26 de la Sentencia recaída en el expediente 4677-2004-PA⁽⁷⁾, son los principios de razonabilidad y proporcionalidad parámetros que permiten determinar la validez de las limitaciones que puedan invocarse los derechos fundamentales; entendidos ambos conceptos como una unidad esencial, como lo ha señalado Castillo Córdova⁽⁸⁾, toda vez que ambos significan lo contrario a arbitrariedad.

Ahora bien, para determinar la validez de la limitación, el Tribunal Constitucional ha señalado en la sentencia recaída en el expediente 0120-2006-AA⁽⁹⁾, que será necesario recurrir a un análisis de proporcionalidad, el cual consiste en: “(…) que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada al fin propuesto; en segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone como hemos señalado, verificar “si existen medios alternativos al optado”, en

(5) Disponible en web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_177_esp.pdf.

(6) Disponible en web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00025-2007-AI.html>.

(7) Disponible en web: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04677-2004-AA.html>.

(8) CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*. En: *Revista Peruana de Derecho Público*. Año 6. Número 11. p. 136.

(9) Disponible en web: http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/01209-2006-AA.html#_ftnref24.

Eric Castro Posadas

este caso por el Juez, que es quien ha tomado la medida. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.

Así las cosas, según los criterios del Tribunal Constitucional, para determinar si un pacto de no competencia resulta válido, será necesario la aplicación de un análisis de proporcionalidad que consiste en verificar: (i) si la restricción del derecho resulta adecuada al fin propuesto; (ii) si el mecanismo utilizado resultaba necesario, al no existir otro medio alternativo que nos permita alcanzar el fin propuesto; y, (iii) el análisis de la proporcionalidad en sí, el cual consiste en una evaluación comparativa entre el fin objetivo y la afectación del derecho fundamental.

Llevando estos criterios al caso concreto, es posible apreciar que los dos primeros elementos sí se cumplirían a través de los pactos de no competencia, toda vez que la celebración de este tipo de acuerdos si resulta adecuada al fin propuesto, entendiéndose por tal fin, al resguardo de los intereses industriales y comerciales del empleador.

Para Zegarra Aliaga⁽¹⁰⁾ los pactos de no competencia post contractuales (criterio que consideramos también podría ser aplicable a los convenios contractuales) tendrán validez siempre que con ellos se busque evitar que un profesional capacitado por la empresa emplee estos conocimientos en beneficio de un competidor, así como garantizar la reserva de los métodos de producción, comercialización y organización del trabajo.

Respecto a la necesidad, consideramos que este también se estaría cumpliendo, ya que no existen otros medios alternativos diferentes del acuerdo de partes que permita proteger los intereses del empleador.

Finalmente, respecto a la proporcionalidad de la medida, somos de la opinión que este deberá ser analizado caso por caso ya que la afectación de la libertad de trabajo no resultará igual en todos los supuestos, por lo que debería tomarse en consideración no sólo el fin perseguido, sino también todas aquellas circunstancias particulares del trabajador (tiempo de servicios, capacitaciones, que le ha brindado de la empresa, cargo que ocupa, acceso a información confidencial, entre otros) que nos permitan determinar si la cláusula podría resultar válida.

3. Las cláusulas de no competencia contractuales

Como ya ha sido mencionado, no es inusual en nuestro país que se suscriban pactos de no competencia al iniciarse una relación laboral o durante el desarrollo de esta, toda vez que los empleadores buscan a través de estos asegurar que sus intereses comerciales e industriales no terminen siendo afectados con el traspaso de trabajadores a empresas competidoras y/o mediante negocios propios que sus empleados puedan iniciar con la finalidad de obtener mayores ventajas que las que vienen obteniendo en la empresa pero compitiendo directa o indirectamente con ella.

La falta de regulación en nuestro país puede llevar a que se cometan ciertos excesos al momento de pactarse este tipo de cláusulas, por lo cual consideramos que antes de su suscripción, se efectúe un análisis de esta a efectos de determinar si resulta proporcional. Para ello consideramos que podría tomarse en cuenta el tipo de competencia que se busca limitar, el cargo que desempeña o desempeñará el trabajador en la empresa y la información a la cual tiene o tendrá acceso.

(10) Disponible en web: http://www.editoraperu.com.pe/edc/2004/05/10/Juridica_2.pdf.

4.1. La competencia dentro de la relación laboral

4.1.1. La prohibición de competir lícitamente

Para Quiñones Infante⁽¹¹⁾ el contenido de los pactos de no competencia, mientras se encuentra vigente la relación laboral, debería limitarse solo a aquella competencia que resulte lícita, ya que la competencia ilícita o prohibida y la competencia desleal ya se encuentran proscritas.

Efectivamente, nuestra legislación no prohíbe la competencia entre empleador y trabajador, sino simplemente aquella que es de tipo desleal. Para estos casos el ordenamiento laboral peruano ha reservado la sanción de despido, por considerar que dicha falta hace irrazonable la continuación de la relación laboral⁽¹²⁾.

Por ello, lo que sí podrá ser materia de los pactos de no competencia son todas aquellas actividades que desarrollarían los trabajadores y que signifiquen o pueda significar para la empresa una competencia lícita, es decir, una concurrencia válida en el mercado; entendiéndose por tal, tomando en cuenta lo señalado por Quiñones Infante⁽¹³⁾, a todas aquellas actividades idénticas o similares y/o la oferta de los mismos o similares bienes o servicios en un mismo mercado objetivo.

En ese sentido, un empleador dedicado a la elaboración de aguas de mesa, por ejemplo, podría celebrar un pacto de competencia con todos sus ingenieros industriales para que estos no laboren para empresas competidoras. En este caso, no se vulneraría el acuerdo si uno o más ingenieros desempeñaran funciones también para una empresa encargada de elaborar artículos de belleza; ya que aquí las empresas no realizarían actividades similares, no ofertarían los mismos productos ni concurrirían en el mismo mercado objetivo.

Cabe precisar que en estos casos, así como también en los pactos post contractuales, bastaría solamente que las empresas concurren en el mismo mercado objetivo para que el pacto de no competencia se active. En estos

casos no resulta relevante el porcentaje de participación que dichas empresas pudieran tener en dicho mercado, debido a que la finalidad de estos convenios es justamente que los competidores no se beneficien de la información que pudieran transmitir los trabajadores.

El tema no resulta tan sencillo, si dicho ingeniero, en lugar de prestar servicios para una empresa de artículos de belleza, aceptara empleo en una empresa que produce además de gaseosas, aguas de mesa, toda vez que aquí la concurrencia de los elementos antes mencionados sí se encontraría presente. Inclusive, somos de la opinión que se afectaría el pacto de no competencia así el trabajador no desempeñara funciones directamente para el área de aguas de mesa, dado que siempre existiría la posibilidad que los intereses del empleador se pudieran ver afectados ante la sola prestación de servicios en una empresa competidora.

4.1.2. La vulneración de la buena fe laboral a través de la competencia desleal

Hemos apreciado en el punto precedente que solo la competencia lícita debería ser objeto de los pactos de no competencia, ya que la ilícita y la competencia desleal ya se encuentran proscritas por la Ley.

El ordenamiento laboral es claro en señalar que si un trabajador compite de manera desleal con su empleador, esta situación ameritaría su despido. El fundamento de ello radica en que con dicho accionar se afecta la buena fe laboral que debe existir entre ambos al entrar en conflicto con los intereses de su empleador.

(11) QUIÑONES INFANTE, Sergio. *La Libertad de Trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú*. Lima: Palestra, 2007. p. 155.

(12) Véase lo establecido en el literal d) del artículo 25 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

(13) QUIÑONES INFANTE, Sergio. *Op. cit.*; p.155.

Eric Castro Posadas

En efecto, para Rojas Rivero⁽¹⁴⁾ la buena fe laboral impone al trabajador la existencia de determinados estándares de conducta y respeto hacia todos los miembros de la organización; razón por la cual el trabajador no sólo debe cumplir con las obligaciones contenidas en el contrato de trabajo o con las que en el camino le sean impuestas por su empleador, sino que deberá hacerlo de una manera determinada, debiendo mantener ciertos niveles de comportamiento y respeto durante su permanencia en la empresa.

Autores como Marzo Martínez⁽¹⁵⁾ señalan que la buena fe trata de asegurar la correcta ejecución de la prestación a la cual el trabajador se ha comprometido, razón por la cual a través de ella son exigibles: "(...) comportamientos 'no expresamente convenidos' encaminados a evitar causar daños a la contraparte y a impedir que el trabajador se coloque en clara situación de conflicto de intereses con su empleador".

La jurisprudencia española también se manifiesta en el mismo sentido, tal y como se puede apreciar de la Sentencia 180/05 emitida por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja⁽¹⁶⁾, para quien la buena fe sería consustancial al contrato de trabajo, dado que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos; por lo que el deber de mutua fidelidad entre el empresario y el trabajador es una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, razón por la cual la deslealtad implicaría siempre una conducta contraria a la que el trabajador debería observar.

En línea con lo anterior, es preciso señalar que para ser merecedor de un despido, consideramos que resultará necesario que, además de los requisitos antes mencionados, el trabajador tenga una intención de causar perjuicio a su empleador a través de la atracción de sus clientes.

Asimismo, de conformidad con lo señalado por Arce Ortiz⁽¹⁷⁾, el empleador no deberá conocer de las actividades en las cuales está incursionando o ha incursionado el empleado, ya que de lo contrario, no podría hablarse de competencia desleal, en términos de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

4.2. Personal con el cuál es posible suscribir pactos de no competencia y el periodo de duración de la limitación

Otro aspecto que consideramos importante debería ser tomado en cuenta al momento de suscribir un pacto de no competencia dentro de la relación laboral es el tipo de personal con el cual se celebrará el acuerdo, dado que no todo el universo de trabajadores podría afectar los intereses del empresario si decidiera prestar servicios para la competencia.

Efectivamente, somos de la opinión que solo debería suscribirse este tipo de acuerdos con aquellos trabajadores que pudieran afectar los intereses del empleador, ya sea porque conocen políticas de venta, las estrategias, los secretos industriales y toda aquella información que significaría una ventaja para otras empresas o para sí mismo. Estos trabajadores, en principio, deberían ser los trabajadores de confianza y de dirección.

De conformidad con lo establecido en el artículo 43 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se considera como personal de dirección a todos aquellos trabajadores que ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, que lo sustituyen, o que comparten con aquellas funciones de administración y control, así como aquellos de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado empresarial.

Por su parte, se consideran trabajadores de confianza a todos aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, presentándoles informes que contribuyen con la toma de decisiones empresariales.

(14) ROJAS RIVERO, Gloria. *La Libertad de Expresión del Trabajador*. Madrid: Trotta, 1991. p. 58.

(15) Disponible en web: <http://www.lex.com/vid/114715>.

(16) Disponible en web: <http://vlex.com/vid/suplicacion-relacion-laboral-principio-buena-20978639>.

(17) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra, 2008. p. 531.

De la misma manera, se considera dentro de esta categoría a todos aquellos que tienen acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

Teniendo en cuenta las definiciones antes mencionadas, resultará válido y hasta necesario que se suscriban este tipo de acuerdos con dichos trabajadores, ya que son ellos quienes tendrán acceso a información relevante y estratégica de la compañía, la misma que podría ser perfectamente utilizable por competidores para mejorar su posición en el mercado.

De la misma forma, consideramos que podrían suscribirse este tipo de pactos con todos aquellos trabajadores que, sin llegar a ser trabajadores de confianza o de dirección, pudieran afectar también los intereses de la empresa si decidieran competir con ella. En todos estos casos, el análisis de la proporcionalidad del pacto deberá realizarse caso por caso, a efectos de no limitar ilegítimamente la libertad de trabajo de determinado grupo de trabajadores que no pertenece a las categorías antes mencionadas.

5. Los pactos de no competencia post-contractuales

En caso al momento o durante la relación laboral no se hayan celebrado pactos de no competencia post-contractuales, consideramos que ello no resulta impedimento para que, al momento de que esta se extinga, se celebre con algunos trabajadores este tipo de acuerdos, los cuales permitirán que por un determinado periodo de tiempo los empleados no compitan con sus ex empleadores.

Somos de la opinión que si bien este tipo de pactos importa una limitación a la libertad de trabajo ya que, abiertamente impide a los trabajadores elegir para quién o para quiénes podrán prestar servicios; no consideramos que este tipo de pactos sean inválidos por sí mismos, sino cuando estos vulneren los criterios de proporcionalidad.

En España, por ejemplo, sí se exige la existencia de requisitos de validez para las cláusulas de no competencia post-contractuales, estableciéndose que este tipo de acuerdos post

contractuales, no podrán tener una duración superior a dos años en el caso de los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores. Asimismo, se exige además que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, debiendo satisfacer al trabajador con una compensación económica que resulte adecuada.

En el país, al no haber regulación sobre el tema, consideramos que ante el caso de análisis de validez de una cláusula de no competencia post contractual, los jueces deberán recurrir al análisis de la proporcionalidad, a fin de valorar todos aquellos elementos que pudieran haberse presentado en la relación laboral, frente a lo específicamente acordado, a efectos de determinar si el convenio resulta válido o no, como veremos a continuación.

5.1. Requisitos de validez de los convenios post contractuales

Zegarra Aliaga⁽¹⁸⁾ señala que, de acuerdo a la doctrina en general, para que no se produzca una limitación injustificada a la libertad de trabajo, es necesario que concurran tres factores: "(i) la existencia de un efectivo interés industrial del empresario; (ii) la satisfacción de una adecuada compensación económica; y, (iii) la limitación temporal de la prohibición de competencia post-contractual".

El interés efectivo se manifiesta, como ya lo hemos señalado en el caso de los pactos contractuales, en el hecho que una vez terminada la relación laboral con la empresa, el trabajador no se aproveche de aquellos conceptos adquiridos, de las capacitaciones brindadas por el empleador así como de toda información que podría representar para él una ventaja al trabajar con un competidor y a su empleadora un serio perjuicio.

(18) Disponible en web: http://www.editoraperu.com.pe/edc/2004/05/10/Juridica_2.pdf.

Eric Castro Posadas

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia - Barcelona, Cataluña (Sala de lo Social) en su sentencia de fecha de 09 de Julio de 2002, en la cual ha señalado:

“(…) nada obsta a que, como pacto accesorio, se adicione al contrato de trabajo una estipulación tendente a asegurar el cumplimiento de los deberes laborales, a través del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, pues mediante el expresado pacto persigue la empresa la finalidad de que el trabajador con quien termina su vínculo laboral, no aproveche la formación, conocimiento, experiencia y trato con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicio para la empresa, a fin de desarrollar, en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquella en el sector del mercado y de la economía en que se mueve”⁽¹⁹⁾.

Obviamente, al pasar a un nuevo empleador el trabajador podría intentar mejorar su posición en la nueva empresa aportando a esta, toda información de su anterior empleador que pueda generar una ventaja para la empresa competidora, ya que tomaría conocimiento de estrategias, campañas, políticas, volumen de producción y toda aquella información que pueda resultar ventajosa. Es aquí donde se encontraría presente el interés del anterior empleador de establecer un pacto de esta naturaleza.

Por otro lado, además de la existencia de un efectivo interés, la legislación española considera como requisitos de validez la existencia de un plazo (máximo de dos años) y una compensación adecuada.

Coincidimos con la legislación española cuando reconoce que es necesario que confluyan ambos requisitos toda vez que, en tanto limitación a la libertad de trabajo, esta deberá ser proporcionada. En tal sentido, esta restricción de la libertad de trabajo no podría ser ilimitada en el tiempo ni tampoco circunscribirse al plazo establecido en la legislación extranjera. Lo mismo sucede respecto del monto de la compensación, ya que difícilmente podría alegarse que resulta válido que un trabajador limite su derecho a la libertad de trabajo sin

que reciba una suma que compense esta situación.

Zegarra Aliaga⁽²⁰⁾ señala que para que la compensación económica justifique adecuadamente la limitación de la libertad de trabajo del trabajador será necesario que esta se pacte en función del salario real que percibía el trabajador y a la ocasión de ganancia futura que ha sido sacrificada.

Discrepamos con dicha posición ya que si bien el salario real que percibía el trabajador puede servirnos como punto de análisis, no así la pérdida de la oportunidad, dado que esta resulta por demás incierta. Efectivamente, para poder determinar a cuánto ascendería la pérdida de la oportunidad será necesario conocer cuánto podría ganar el trabajador en caso decidiera trabajar para la competencia, sin embargo ello podría resultar complicado de valorizar.

Tampoco consideramos proporcional que se otorgue al trabajador una suma de dinero calculada en base al monto que percibía de manera mensual, multiplicada por el número de meses de duración del acuerdo, ya que esta situación sería abiertamente desproporcionada. En efecto, la limitación de los pactos de no competencia se encuentra dirigida solo a que el trabajador no compita con su empleador, por lo cual la compensación no podría ser calculada tomando en cuenta una inactividad total (un pago por no trabajar más), sino únicamente por no trabajar para la competencia.

En ese sentido, creemos que para determinar si una cláusula de no competencia post-contractual resulta válida, será necesario la existencia de una limitación temporal y

(19) Disponible en web: <http://tsj.vlex.es/vid/contrato-trabajo-pactos-competencia-21359823>.

(20) Disponible en web: http://www.editoraperu.com.pe/edc/2004/05/10/Juridica_2.pdf.

una compensación adecuada que resulten proporcionales a las circunstancias del caso en particular. Por ello, tanto el plazo como la suma que se otorgue deberán ser establecidas tomando en cuenta criterios más objetivos y no, recurriendo a plazos establecidos en legislaciones extranjeras ni teniendo en consideración posibles ganancias futuras, las cuales por su naturaleza resultan altamente inciertas.

Por ello, para poder determinar ambos criterios será necesario que estos resulten proporcionales a las circunstancias particulares del caso en concreto como se verá a continuación.

5.2. La proporcionalidad a través de las características particulares de la prestación de servicios

Imaginemos que un trabajador decide renunciar al cargo de gerente general que ocupa en una empresa minera desde hace 10 años. Para poder determinar el tiempo de duración del pacto y el monto de la compensación, consideramos importante que su empleador tenga en cuenta todas aquellas circunstancias que se presentaron durante la relación laboral y que podrían llevarlo a considerar que sus intereses podrían verse afectados.

En ese sentido, somos de la opinión que debería tenerse en cuenta criterios tales

como el cargo que ocupaba, el monto de la remuneración que percibía, el tiempo de prestación de servicios, el tipo de modalidad contractual que mantenía con la empresa, así como la información a la cual tenía acceso.

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, el plazo y el monto de la compensación sería mucho menor si se tratara de un superintendente de mina que sólo ha laborado 2 años para la empresa y que no ha tenido acceso a información privilegiada.

Todas las circunstancias particulares del caso podrían llevar a un juez a determinar si la cláusula pactada resulta válida al existir una limitación temporal debidamente compensada, que resulte proporcional si se consideran además los intereses del empleador que se busca proteger.

6. Conclusiones

Conforme a lo antes mencionado, las cláusulas de no competencia -tanto contractuales como post-contractuales- se convierten en un mecanismo idóneo y necesario que permite proteger los intereses concretos del empleador.

En tanto no exista regulación sobre la materia, las cláusulas que se pacten deberán ser razonables y proporcionales, en función a las circunstancias del caso concreto que se vaya a analizar.

En todo caso, en el supuesto que exista un exceso de la parte empleadora, los jueces podrían reconducirla, hasta hacer que ella resulte proporcional a las circunstancias del caso en concreto.