

LOS PACTOS DE DEDICACION EXCLUSIVA Y PERMANENCIA EN LA EMPRESA

Sara ALCAZAR ORTIZ

Angel Luis de VAL TENA

*Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la
Facultad de Derecho de la Universidad de La Rioja*

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la
Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza.*

SUMARIO: I.- INTRODUCCION: LIMITES A LA LIBERTAD PROFESIONAL DEL TRABAJADOR. II.- EL PACTO DE DEDICACION EXCLUSIVA. 1.- Libertad de trabajo y exclusividad de la prestación laboral. 2.- Funciones del pacto de exclusividad. 3.- Régimen jurídico aplicable. 3.1.- La intervención de la voluntad de las partes. 3.2.- Régimen legal de la rescisión del pacto. 4.- Obligaciones derivadas de su incumplimiento. III.- EL PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA. 1.- Configuración y alcance. 2.- Requisitos legales y efectos de su incumplimiento. IV.- CONSIDERACIONES FINALES.

I.- INTRODUCCION: LIMITES A LA LIBERTAD PROFESIONAL DEL TRABAJADOR.

El derecho al trabajo y el deber de trabajar, así como el de elegir libremente la profesión u oficio, reconocidos en el artículo 35 de la Constitución Española (en adelante CE), influyen decisivamente sobre los criterios a través de los cuales se ha fundamentado la obligación de abstención de concurrencia del trabajador, que es o fue parte de un contrato de trabajo, el pacto de permanencia en la empresa y el pacto de plena dedicación. La ubicación sistemática del artículo 35 CE dentro del Título I, bajo la rúbrica de los llamados “derechos y deberes fundamentales”, impide dar acogida a prohibiciones legales de la libertad profesional que puedan constituir restricciones de aquel derecho al trabajo, sin una razón plenamente jus-

tificada (S. TS. de 7 de mayo de 1884)¹. Así, aunque en el artículo 21 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET)² acoge, bajo el rótulo de “pacto de no concurrencia y permanencia en la empresa”, figuras tan distintas como la prohibición de concurrencia, o los pactos de no competencia extinguido el contrato de trabajo, de plena dedicación y de permanencia en la empresa, lo cierto es que cada uno de ellos se encuentra claramente diferenciado, en cuanto a su origen, legal el primero y paccionado los restantes, régimen jurídico y eficacia, aunque todos ellos giran alrededor de la actividad que el trabajador puede realizar.

Más allá del deber genérico de cumplimiento de las obligaciones contractuales conforme a la buena fe, consagrado en los artículos 5, 20 y 54 TRET, y de una de sus manifestaciones clásicas, la prohibición de concurrencia desleal, el legislador establece la posibilidad de pactar la plena dedicación a la empresa, mediante compensación económica y en los términos que se acuerden. Coincidiendo o no con dicho pacto, el trabajador puede convenir de igual manera la obligación de permanecer un determinado tiempo en la empresa que lo ha contratado. Ambos pactos se sostienen sobre la base del principio de autonomía de la voluntad que nuestro derecho reconoce a los contratantes, por lo que nada obsta a que, como pactos accesorios, se adicionen al contrato de trabajo estas estipulaciones tendientes a asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales, siempre que se respeten los límites marcados por las normas imperativas.

En el presente trabajo se analizan únicamente los criterios doctrinales y jurisprudenciales que acotan el significado y alcance de los pactos de plena dedicación, también llamados de dedicación exclusiva, y de permanencia en la empresa. La limitación del objeto de estudio obedece, principalmente, a la especial importancia práctica que revisten tales pactos, con total independencia de que la actividad del trabajador suponga o no competencia con el empresario, desde la perspectiva de la libertad de trabajo.

II.- EL PACTO DE DEDICACION EXCLUSIVA.

1.- Libertad de trabajo y exclusividad de la prestación laboral.

El artículo 21.1 TRET prohíbe la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios en dos situaciones bien distintas: en primer lugar, cuando exista concurrencia desleal y, en segundo lugar, cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan. Aunque el legislador haya unido estos dos supuestos en un mismo precepto, quizá porque ambos llevan consigo la prohibición de realizar otras actividades laborales por parte del trabajador, no debemos confundirlos puesto que “responden a finalidades distintas, reflejan un juego de intereses diversos y se someten, por consiguiente, a un régimen jurídico no coincidente”³. Se permite, generalmente⁴, el pluriempleo para diversos empresarios, salvo que “la actividad

plural en el trabajo o negocios similares perjudique al empresario y genere por ello una concurrencia desleal o competencia ilícita del trabajador” (S. TS. de 16 de diciembre de 1986)⁵ o exista un pacto de dedicación exclusiva (S. TS. de 13 de mayo de 1986)⁶. Cuando no exista concurrencia desleal o no medie pacto de dedicación exclusiva, se reconoce plena libertad al trabajador para pluriemplearse (SS. TS de 20 de julio y 28 de noviembre de 1990)⁷, conforme al principio de libertad de trabajo y al derecho de libre elección de profesión u oficio consagrado en el artículo 35.1 CE y en el artículo 4.1 TRET⁸.

El pacto de dedicación exclusiva o de plena dedicación “es aquel por virtud del cual un trabajador se obliga a prestar sus servicios a un sólo empresario, contra su derecho a pluriemplearse, esto es, a trabajar simultánea, aunque distintamente, para diversos empresarios en virtud de varios contratos de trabajo”⁹; de forma que se constituye como un pacto que modaliza la ejecución del contrato de trabajo y limita la genérica libertad de contratación del trabajador¹⁰.

A diferencia de la regulación del pacto de dedicación exclusiva realizada por el Estatuto de los Trabajadores, la legislación anterior no contemplaba régimen jurídico alguno aplicable, de forma específica, a estas situaciones, si bien, en la práctica este tipo de pactos eran muy frecuentes en los contratos formalizados entre empresarios y trabajadores directivos o técnicos especializados. Por esta razón, la jurisprudencia se ocupó muy pocas veces de ellos, aunque sí se pronunció en alguna ocasión, considerando como “grave y desleal incumplimiento contractual el no respetar la cláusula pactada de dedicación exclusiva que las partes libremente establecieron” (S. TCT. de 27 de noviembre de 1979)¹¹.

Aunque ya hemos indicado que los dos supuestos recogidos en el artículo 21.1 TRET responden a finalidades distintas y reflejan un juego de intereses diverso, la principal diferencia radica en que su régimen jurídico es muy diferente. Y ello, principalmente, porque no se trata ya de una prohibición legal de competencia sino de un acuerdo de voluntades entre trabajador y empresario sobre la plena dedicación de aquél a la empresa de éste, de manera que los efectos que va a desplegar derivan de los términos expresamente pactados, y no de la Ley. Ello es posible puesto que nada impide que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, durante su vigencia o extinguida ésta (por ejemplo, el pacto de no competencia postcontractual), nazcan del acuerdo de los contratantes manifestado en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos (S. TS. de 27 de noviembre de 1984)¹². La validez del pacto se apoya en el artículo 3.1.c) TRET, según el cual los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regularán, además de por las disposiciones legales, reglamentarias y los convenios colectivos, por la voluntad de las partes¹³ manifestada en el contrato de trabajo; voluntad que viene limitada, en todo caso, por la licitud del objeto o las cláusulas convenidas y por las disposiciones normativas imperativas y normas

consuetudinarias. En consecuencia, el legislador deja abierta la posibilidad de restringir voluntariamente la propia libertad de trabajo.

2.- Funciones del pacto de exclusividad.

El pacto de plena dedicación persigue, fundamentalmente, garantizar la dedicación exclusiva, no sólo preferente, del trabajador a la actividad laboral desarrollada en la empresa ya que la prestación de servicios en favor de un empresario mediante contrato de trabajo no impone al trabajador ninguna obligación de exclusividad. A través del pacto se quiere conseguir que el trabajador no preste servicios, con contratos de trabajo simultáneos, a varios empresarios para que toda su capacidad productiva se centre en una sola empresa. La doctrina habla de conseguir un “plus” del trabajador¹⁴, aunque se le compensará, como más adelante veremos, con una cantidad económica.

Junto a esta función principal, el pacto de dedicación exclusiva extiende el alcance de la competencia prohibida puesto que no se limita a prohibir la competencia sin más, sea desleal o no, sino que obliga al trabajador a no realizar actividad alguna para otro empleador. De esta forma, se asegura también el cumplimiento de la prohibición de competencia desleal, y ello, porque quien se obliga a lo más, se obliga también a lo menos; es decir, si se compromete el trabajador a no prestar su actividad laboral para otros empresarios distintos de aquél con quien pactó la exclusividad, también lo hace respecto de aquellos que compiten con su empresario, en cuyo caso esa actividad se calificaría como concurrencia desleal. Lo que se consigue, en definitiva, es un ensanchamiento de la prohibición de concurrencia, incluso mayor que el establecido en la LCT de 1944, aunque con una importante diferencia: la prohibición de realizar otro tipo de prestaciones laborales no viene impuesta por imperativo legal. Son las partes intervinientes en el contrato de trabajo, trabajador y empresario, las que pactan esa obligación quedando ambas, en virtud de lo estipulado, recíprocamente vinculadas, siendo indiferente que esa otra actividad sea concurrente o no.

3.- Régimen jurídico aplicable.

3.1.- La intervención de la voluntad de las partes.

Para que el trabajador esté obligado a la dedicación plena a un empresario y no pueda prestar sus servicios simultáneamente a otros es preciso, por un lado, que así se pacte¹⁵ y, por otro, que medie una compensación económica expresa. En efecto, el pacto de plena dedicación prohíbe la prestación laboral del trabajador para otro u otros empresarios distintos de aquél con quien haya pactado la exclusividad, “en los términos que al efecto se convengan” (artículo 21.1 TRET). Así, la voluntad de las partes es la que fija, en principio, el régimen jurídico al que queda sometido el pacto, que puede concretarse en el momento de la celebración del contrato de trabajo, pasando a ser una cláusula más del contrato. Nada impide, sin embargo, que posteriormente, esto es, celebrado ya el contrato de trabajo, el empresario y el trabajador lleguen a un acuerdo sobre la dedicación exclusiva

de éste a la empresa, de modo que el acuerdo pasaría a formar parte del contrato, siendo válido y eficaz desde que se adoptó. No pueden pactarse, por el contrario, efectos retroactivos al haberse consumado ya la situación anterior.

El legislador no fija ningún requisito de forma¹⁶, pudiéndose realizar por escrito o de palabra (artículo 8 TRET); si bien, sería conveniente que algunos aspectos del acuerdo, tales como su duración o el importe de la compensación económica, consten de manera fehaciente, es decir, por escrito¹⁷. De no ser así, podrían plantearse problemas de prueba, tanto sobre su existencia como sobre su régimen jurídico. No obstante, lo único que requiere el legislador es que la compensación económica sea pactada expresamente, no pudiendo deducirse ninguna obligación de que sea por escrito ya que lo que se exige, sin más, es que la compensación económica “venga diferenciada dentro de la estructura salarial, compensando expresamente la dedicación exclusiva del trabajador a su trabajo en la empresa”¹⁸. Ello no quiere decir que esa compensación a la que se refiere el artículo 21.1 TRET no pueda consistir en una superior retribución a la fijada convencionalmente de no existir esa obligación, aunque lo decisivo es que conste expresamente, ya consista en una cantidad a tanto alzado, ya en una remuneración superior (S. TSJ. de Extremadura de 13 de octubre de 1992)¹⁹. Junto a la compensación económica, se pueden pactar otros derechos de naturaleza no económica tal como reconoce el artículo 21.3 *in fine* TRET “otros derechos vinculados a la plena dedicación”. Estos derechos de distinto signo pueden hacer referencia a horarios, jornada, vacaciones, etc.

Por otro lado, el pacto de dedicación exclusiva puede acordarse por tiempo determinado o por tiempo indefinido²⁰. Lo normal es pactar sin establecer un término concreto; aunque, en atención a determinadas circunstancias, puede fijarse un tiempo preciso de vigencia o indicarse que el pacto de extinguirá cuando tengan lugar unos u otros acontecimientos. Por tanto, será la voluntad de las partes la que fije el alcance del pacto de plena dedicación. Ya hemos señalado anteriormente que con este pacto se pretende la dedicación exclusiva a la empresa, no pudiendo pluriemplearse mientras dure la vigencia del pacto ni por cuenta propia ni por cuenta ajena²¹, según se deduce de la propia finalidad del pacto. Y ello será así, siempre y cuando las partes no acuerden que el pacto alcanza solamente al trabajo por cuenta ajena.

Llegados a este punto, podemos preguntarnos sobre la posibilidad de introducir la obligatoriedad de dedicación exclusiva a través de la negociación colectiva. Al igual que sucede con el pacto de no competencia postcontractual, no puede disponerse en vía colectiva de los derechos singulares de cada trabajador, en concreto y en este caso, de la libertad de trabajo del asalariado. Refuerza esta posición el propio tenor literal del artículo 21.3 TRET al señalar que “el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo”; de modo que es el trabajador, individualmente, el que puede dejar sin efectos el pacto, por lo que el convenio colectivo mal puede disponer de este derecho. Sin embargo, será posi-

ble que “el convenio colectivo, al regular la clasificación profesional en la empresa, fije para alguno o algunos de los puestos de trabajo la necesidad de que el trabajador que los ocupe se obligue a mantener una dedicación exclusiva a la empresa”²². En este caso, estaríamos ante la necesidad de exclusiva dedicación como característica intrínseca de determinados puestos de trabajo, siendo necesario aceptar la plena dedicación para suscribir el contrato.

Estas cláusulas introducidas *ex novo* en la negociación colectiva no se podrán aplicar a los contratos de trabajo vigentes antes de su vigencia, aunque voluntariamente pueden ser aceptadas por el trabajador ya que nada impide, como ya hemos señalado, que el pacto de dedicación exclusiva nazca con posterioridad al contrato de trabajo.

En todo caso, serán las partes firmantes del contrato de trabajo las que fijen la compensación que recibirá el trabajador por su plena dedicación a la empresa. La cuantía que ha de percibir el trabajador como contraprestación se considera contenido esencial del pacto puesto que, aunque haya conformidad en cuanto a la celebración del pacto de dedicación exclusiva, si no la hay respecto de la cuantía derivada del mismo se cierra la posibilidad empresarial de exigir la dedicación exclusiva, sin que sean competentes los Tribunales para dirimir y fijar la compensación. El pacto de plena dedicación sólo se podrá alcanzar si las partes, en la negociación, llegan a un acuerdo para fijar la cantidad y el modo de abonarla, pero si no se logra, al no existir posibilidad legal de suplir la voluntad de los contratantes, la ausencia de acuerdo acerca de la “compensación económica expresa” impide al empresario exigir la dedicación plena del trabajador, de donde se deduce que en tal supuesto no pueden los Tribunales fijarla (S. TCT. de 21 de junio de 1988)²³.

La Ley tan sólo exige que las partes fijen la compensación económica de forma expresa, pero guarda silencio sobre la manera de calcular la cantidad a percibir por el trabajador. Así, será la voluntad de las partes quien valore los respectivos intereses presentes en cada caso concreto y fije la cuantía de la compensación económica. Únicamente se podrá requerir la actuación de la Jurisdicción Social en el caso de desacuerdo entre trabajador y empresario sobre la compensación económica en aquellos supuestos de obligatoriedad de la plena dedicación, fijada por un convenio colectivo para ciertos puestos de trabajo. Sólo aquí sería posible la intervención de los Tribunales para valorar si la compensación económica es adecuada o no.

Por otro lado, el pago de la compensación económica se efectuará normalmente de forma periódica, prolongándose durante la vigencia del pacto de dedicación exclusiva; si bien, cabe fijar una cantidad a tanto alzado si la plena dedicación se ha pactado durante un determinado tiempo. La fijación de una compensación económica a tanto alzado en los contratos por tiempo indefinido, aunque es posible, plantea problemas a la hora de la revocación del pacto y la restitución de la correspondiente fracción de la indemnización²⁴.

Finalmente, resulta dudosa la opinión doctrinal que sostiene que la compensación económica derivada de la exclusividad no constituye salario²⁵, puesto que si consideramos el salario como “todas las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena” (artículo 26 TRET), podemos incluir dentro de esta noción la compensación económica recibida por la exclusividad²⁶.

3.2.- Régimen legal de la rescisión del pacto.

Junto al reconocimiento de la licitud de los pactos de dedicación plena, siempre que se fije una compensación económica expresa, el legislador admite la rescisión del acuerdo por parte del trabajador²⁷. Para recuperar su libertad de trabajo, el trabajador debe comunicar por escrito al empresario su decisión de dar por concluido el acuerdo con antelación, que como mínimo será de treinta días, perdiéndose en tal caso la compensación económica y los otros derechos vinculados a la plena dedicación (artículo. 21.3 TRET). Del tenor literal del precepto mencionado se deduce que la libertad de rescisión del pacto de exclusividad en la prestación laboral se configura como una regla de derecho necesario y, en cuanto tal, el trabajador no podrá disponer válidamente de este derecho (artículo 4.5. TRET). Además, el pacto de plena dedicación es revocable, lógicamente, por mutuo acuerdo de las partes, aunque el artículo 21.3 TRET da por sobreentendida esta posibilidad y se limita a permitir la rescisión del pacto por el trabajador y a añadir la lógica consecuencia de recuperación de la libertad de trabajo. De la misma manera, y siendo el pacto una estipulación tributaria del contrato de trabajo, también quedará resuelto al tiempo que el contrato, con independencia del motivo que justifique la extinción de la relación contractual (S. TSJ. de Castilla y León de 15 de enero de 1993)²⁸.

Para ser efectiva la rescisión del pacto de plena dedicación, el trabajador debe comunicar por escrito su decisión extintiva, con un tiempo mínimo de treinta días. De modo que la rescisión tiene lugar al término del periodo del preaviso, y no con efectos retroactivos desde el momento de la comunicación escrita. La omisión del periodo de preaviso conllevará la oportuna responsabilidad indemnizatoria²⁹ en el caso de apreciarse daños derivados de tal incumplimiento. La consecuencia inmediata de la rescisión es la pérdida de la compensación económica fijada expresamente. Si el trabajador venía percibiendo una cantidad de forma periódica, dejará de percibir ésta desde el momento que se extinga el pacto. Más problemas plantea, sin embargo, la rescisión cuando se ha pactado una compensación a tanto alzado; en este caso, el trabajador vendrá obligado a devolver la parte proporcional que corresponda al periodo de tiempo de vigencia que restaba al pacto³⁰.

Pero la rescisión unilateral por parte del trabajador puede plantear controversias en determinados supuestos; por ejemplo, cuando la plena dedicación viene impuesta por un convenio colectivo al incorporarla a las características propias de un puesto de trabajo. Si el trabajador pudiera acogerse a la libre rescisión recogido

da en el artículo 21.3 TRET dejaría sin efecto la obligación derivada del convenio. La solución vendría dada por la no aplicación, sin más, del precepto indicado. En primer lugar, el convenio colectivo podría prever que el trabajador que quisiera la rescisión del pacto de plena dedicación impuesto por un convenio colectivo debería aceptar el traslado a un puesto de trabajo distinto, que no conlleve implícita la plena dedicación, y fuera acorde con su categoría profesional. Pero si esto no fuera posible, bien por no establecerlo el convenio colectivo, bien por no existir ese puesto de trabajo, “la única vía para dar satisfacción al interés empresarial sería que en el convenio colectivo se estableciese como causa de extinción del contrato de trabajo, al amparo del artículo 49.2 del Estatuto, la decisión del trabajador de desvincularse de la obligación de plena dedicación”³¹.

Tampoco podría aplicarse la regla de libertad de rescisión del pacto por parte del trabajador cuando la plena dedicación se hubiera establecido como condición *sine qua non* de la celebración del contrato. En tal situación, si el trabajador hace uso de la libre rescisión del pacto está incumpliendo una condición básica del contrato, con lo que el empresario puede extinguir el contrato de trabajo. La mejor forma de solucionar este problema sería la inclusión en el contrato de trabajo de una condición resolutoria del mismo, si bien para que esa condición resolutoria fuera válida no debería suponer, en ningún caso, “abuso de derecho manifiesto por parte del empresario” (artículo 49.1.b. TRET).

Como venimos señalando, el artículo 21.3 TRET recoge la posibilidad por parte del trabajador de rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo, pero ¿qué ocurre si el empresario ha perdido el interés por la plena dedicación del trabajador y quiere rescindir el pacto de dedicación exclusiva? La respuesta a este interrogante ha sido, por parte de un sector de la doctrina, que el derecho de revocación no se atribuye al empresario, que no podrá liberarse unilateralmente del deber de indemnización acordado en el pacto de plena dedicación³² puesto que el legislador prohíbe, *a sensu contrario*, la rescisión unilateral del empresario. Sin embargo, pese a la literalidad del artículo 21.3 TRET, que sólo menciona expresamente la rescisión del pacto por parte del trabajador, el empresario, cuando deje de estar interesado en el mismo, podrá rescindir el acuerdo, recuperando el trabajador su libertad de trabajo y perdiendo la compensación económica que venía percibiendo. Y ello, porque al ser la compensación recibida un complemento propio del puesto de trabajo, cuya percepción depende exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, no tendrá carácter de consolidable. De modo que si la percepción de dicho complemento está ligada inexorablemente al servicio del puesto de trabajo y su finalidad es compensatoria de las molestias o perjuicios que se producen en dicho puesto³³ se pierde el derecho a percibirlo puesto que no es consolidable, salvo acuerdo en contrario (artículo 26.3 TRET).

Si se mantuviese la posición de no permitir la rescisión por voluntad del empresario, el trabajador consolidaría este complemento de manera indefinida. La razón por la que el legislador silencia la rescisión por parte empresarial se debe

a que el pacto supone una protección del interés del empresario y una restricción de la libertad de trabajo del trabajador con lo que, desde la perspectiva de la tutela de la libertad de trabajo, sólo se preocupa de resaltar la facultad del trabajador de rescindir el acuerdo y de respetar la libertad de trabajo³⁴. Por lo que, en suma, el empresario tiene también posibilidad de rescindir el pacto cuando pierda el interés por el mismo, aunque probablemente nos encontremos, en ese caso, ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo de las recogidas y con los efectos previstos en el artículo 41.1 TRET³⁵, y, solamente, cuando la plena dedicación viniera impuesta por la negociación colectiva como característica propia de unos determinados puestos de trabajo, el empresario no podrá rescindir el pacto en tanto no se modifique el convenio colectivo del que trae causa.

4.- Obligaciones derivadas de su incumplimiento.

El incumplimiento del pacto de dedicación exclusiva por parte del trabajador conlleva, consecuentemente, la pérdida de la compensación económica y de aquellos derechos vinculados a la plena dedicación. Si aquél tuvo lugar tiempo atrás y se conoció con posterioridad, estará obligado a restituir al empresario la cantidad indebidamente recibida. Igualmente, siempre que se pruebe la realidad del incumplimiento, el empresario tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios causados, salvo en el supuesto de que el pacto incorporase una cláusula penal, debido a que la pena sustituiría a la indemnización de daños (artículo 1.152 del Código civil). Aunque es problemático calificar este incumplimiento como justa causa de despido, no puede excluirse³⁶ la procedencia del despido, siempre y cuando las circunstancias concurrentes en cada caso hagan suficientemente grave este incumplimiento como para justificar el despido. De no ser así, cabría una sanción disciplinaria, caso de estar tipificada.

Cuando es el empresario el que no respeta la obligación de compensación económica u otros beneficios eventualmente fijados y derivados del pacto, el trabajador recupera su libertad de trabajo y tiene derecho al abono de las cantidades no satisfechas hasta que se rescinda válidamente el pacto.

III.- EL PACTO DE PERMANENCIA EN LA EMPRESA.

1.- Configuración y alcance.

El pacto de permanencia en la empresa consiste en el compromiso por parte del trabajador de no extinguir la relación de trabajo durante cierto periodo de tiempo, cuando haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario. Por tanto, el trabajador asume la obligación de trabajar para un empresario durante determinado lapso de tiempo, renunciando expresamente a la posibilidad de dimisión con preaviso contemplada en el artículo 49.1.d. TRET (S. TCT. de 14 de julio de 1988)³⁷. En realidad, el trabajador que firma un pacto de estas características no renuncia a la dimisión fundada en una de las causas previstas en el artículo 50 del mismo texto -despido indirecto-, sino, solamente, a la dimisión *ad nutum* o *sine causa*.

La regulación de estos pactos en el artículo 21.4 TRET supuso una importante novedad en su momento ya que anteriormente no existía regulación específica³⁸, aunque eran frecuentes en la práctica³⁹. Concretamente, este precepto afirma que “cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo”. Si bien, este pacto está implícito en todo contrato de trabajo por tiempo cierto o para obra o servicio determinado⁴⁰.

Sobre la compatibilidad del precepto con el artículo 35 CE y el artículo 4.1.a) TRET, la jurisprudencia mantiene que en uso de la libertad de elegir profesión u oficio se pueden imponer voluntarias limitaciones temporales, máxime cuando de ellas devienen ventajosas contraprestaciones. Y así, con referencia al orden profesional, “el trabajador puede vedar, durante determinado tiempo, y, por tanto, sin una vinculación definitiva, que le convertiría propiamente en un siervo de la gleba (que es a lo que responde la prohibición del artículo 1583 del Código civil), la posibilidad de cambio de profesión u oficio, pues, incluso, ello no deja de ser una manifestación de su libertad personal, como lo sería también el incumplimiento de lo pactado, sin perjuicio de las posibles consecuencias indemnizatorias que tal conducta incumplidora traería consigo” (S. TSJ. de Madrid de 12 de diciembre de 1989)⁴¹. Con tal pacto, en definitiva, se protege el interés del empresario de que el trabajador permanezca en la empresa para no resultar perjudicado por la decisión de extinguir su relación laboral, si bien el trabajador conserva su libertad de trabajo⁴².

2.- Requisitos legales y efectos de su incumplimiento.

El pacto de permanencia, según resulta del artículo 21.4 TRET, exige para su validez la concurrencia de los siguientes requisitos⁴³:

1º.- Que se trate de un pacto individualmente concertado entre el empresario y el trabajador, bien con ocasión de suscribir el contrato, bien añadiéndolo posteriormente. El empresario no puede obligar al trabajador a firmar este pacto una vez contratado, a lo más que puede llegar es a condicionar la contratación del trabajador a la celebración del pacto de permanencia en la empresa o a no facilitar la especialización a un trabajador ya contratado si se niega a firmar dicho pacto⁴⁴. Obviamente, tampoco se podrá establecer en convenio colectivo⁴⁵ la obligatoriedad de permanencia mínima en la empresa.

2º.- Que el pacto se formalice por escrito; exigencia formal que entendemos es un exigencia *ad solemnitatem*, condicionando por tanto la validez del pacto a su observancia. De no concurrir la forma escrita la prohibición no actuará, aunque se pruebe su existencia⁴⁶.

3º.- Que exista una causa específica que justifique el pacto de permanencia. Concretamente, ha de ser la especialización profesional que recibe o ha de recibir el trabajador, entendiendo que tal especialización ha de ser proporcionada por la

propia empresa. Es indiferente la duración del curso, por corta que ésta sea, si mediante su superación el trabajador ha mejorado su capacitación profesional (S. TS. de 23 de julio de 1990)⁴⁷. El legislador, por lo demás, excluye aquella especialización que no suponga coste alguno para el empresario por estar subvencionada por organismos ajenos a la empresa.

4º.- Que tenga una duración cierta, es decir, perfectamente determinada. En ningún caso puede exceder de dos años⁴⁸, de manera que la libertad del trabajador no puede quedar costreñida por un plazo superior ya que el legislador considera razonable este periodo de tiempo para que el empresario recupere la inversión efectuada para especializar o formar al trabajador. No obstante, el acuerdo sobre una duración superior a dos años no determinará la nulidad total⁴⁹ del pacto, puesto que la cláusula será nula, tan sólo parcialmente, en todo el tiempo que exceda de la duración máxima legalmente establecida (artículo 9.1 TRET).

En cuanto a la determinación del comienzo del plazo contractual de permanencia al servicio de la empresa, el Tribunal Supremo ha señalado que el tiempo verbal empleado por el artículo 21.4 TRET -"haya recibido"- permite, "sin violencia interpretativa alguna, entender que el periodo de mantenimiento al servicio de la empresa como compensación de la cualificación profesional recibida debe computarse desde que tal evento se haya producido, y ello en mérito a la propia reciprocidad de las obligaciones contraídas en virtud del pacto" (S. TS. de 1 de marzo de 1990)⁵⁰. Caso de no establecer una duración cierta para el pacto, al ser un requisito esencial para su validez, la ilegalidad de tal cláusula es manifiesta porque impide saber su duración (S. TCT. de 14 de julio de 1988)⁵¹. Por otra parte, la inserción en el contrato de una cláusula de permanencia de dos años y un periodo de prueba de seis meses dejará sin efecto este último, previsto, en buena lógica hermenéutica, para el supuesto de que la especialización profesional no se produjera (S. TS. de 14 de febrero de 1991)⁵².

La violación del deber de permanencia por parte del trabajador puede producirse de forma directa, mediante la dimisión *ad nutum* o *sine causa*, o indirecta, por la provocación del despido procedente o por la petición de excedencia voluntaria del trabajador durante la vigencia temporal del pacto de permanencia en la empresa (S. TSJ. de Madrid de 25 de junio de 1993)⁵³. En todo caso, si el Juez de lo Social aprecia esta violación impondrá al trabajador la obligación de indemnizar al empresario los daños y perjuicios ocasionados, tal y como señala el artículo 21. 4 *in fine* TRET (SS. TCT. de 24 de octubre de 1983 y 22 de octubre de 1985)⁵⁴. Respecto de la cuantía de la indemnización, hay que resaltar que en la Ley⁵⁵ nada se indica. El legislador quiso que fuesen las partes las que acuerden el *quantum* del posible perjuicio. En tal supuesto estaríamos ante una cláusula penal (artículo 1.152 del Código civil), con el límite de que tal cantidad no deba considerarse abusiva. De no existir acuerdo, el Juez de lo Social fijará la indemnización teniendo en cuenta el coste soportado por el empresario para la especialización profesional del trabajador, por lo que comprenderá en todo caso la

cantidad satisfecha por la empresa (S. TSJ. de Baleares de 2 de septiembre de 1991)⁵⁶. Asimismo, considerará los perjuicios causados por la dificultad de sustitución y, en el supuesto de que el trabajador pase a formar parte de la plantilla de una empresa competidora, el perjuicio específico causado. Todos estos factores⁵⁷ inciden para cuantificar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

IV.- CONSIDERACIONES FINALES.

De lo expuesto, y a modo de conclusiones, se extrae que el trabajador goza, en la relación laboral de carácter común, de plena libertad para pluriemplearse, es decir, puede prestar sus servicios laborales para distintos empresarios, siempre que la actividad plural no constituya competencia desleal, entendida ésta de conformidad con lo establecido en la Ley 31/1991, de Competencia Desleal, o no medie pacto de plena dedicación. Son, pues, dos las excepciones al principio general de libertad de pluriempleo siendo muy distinto el origen de cada una de ellas; así, mientras la prohibición de concurrencia desleal viene impuesta por la Ley, el pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva se origina por el acuerdo de voluntades existente entre las partes de la relación contractual laboral.

La actividad del trabajador, ya sea por cuenta ajena, ya por cuenta propia, será lícita salvo que sea calificada, de conformidad con la legislación mercantil, como desleal, y ello será así cuando el trabajador aproveche o divulgue secretos empresariales para perjudicar la actividad económica de la empresa en el mercado. La jurisprudencia exige para calificar esa prestación o actividad como desleal que ésta tenga lugar dentro de la misma rama o sector de producción y que exista un perjuicio real o potencial para la empresa, de tal forma que es indiferente la persecución o no de lucro por parte del trabajador y que exista autorización por parte del empresario, ya que en el mercado se protegen los intereses no sólo del empresario, sino también de todas aquellas personas que intervienen en él, como por ejemplo, los consumidores. La inobservancia de la prohibición de competencia desleal, en tanto que supone una transgresión de la buena fe contractual, llevará consigo el despido del trabajador (artículo 54.2 d. TRET), siendo irrelevante que exista o haya existido autorización expresa o tácita, del empresario para realizar esa actividad competitiva.

El asalariado tampoco podrá pluriemplearse, aun en el caso de que su actividad no sea competitiva con la de la empresa, cuando pacte con el empresario la dedicación exclusiva a la empresa, de manera que a través de este pacto se garantiza la plena dedicación del trabajador, a cambio de una compensación económica, y se extiende el alcance de la competencia prohibida. Serán las partes intervinientes en el pacto las que convengan sobre su régimen jurídico, con la única e ineludible obligación de fijar expresamente una compensación económica que tendrá el carácter de complemento salarial de puesto de trabajo, no siendo, por tanto, consolidable.

El pacto podrá rescindirse, además de por mutuo acuerdo entre las partes, por voluntad del trabajador, debiendo preavisar por escrito, con un plazo mínimo de treinta días, su decisión extintiva; consecuentemente perderá a partir de ese momento la compensación económica antedicha. Si bien, el Estatuto de los Trabajadores sólo recoge la extinción por voluntad del trabajador, en el supuesto de que el empresario deje de tener interés por el pacto también podrá rescindir el acuerdo, aunque probablemente nos encontremos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 TRET).

De otra parte, el pacto de permanencia en la empresa consiste en el acuerdo entre empresario y trabajador para que éste preste su trabajo en la empresa durante un tiempo determinado. La principal consecuencia de su celebración es la imposibilidad por parte del trabajador de dimitir libremente, preavisando y sin causa alguna, de la relación contractual laboral. Para su validez es necesario que sea un pacto individual y formalizado por escrito, que traiga su origen en la especialización profesional del trabajador con cargo a la empresa y que la duración máxima sea de dos años a contar desde la finalización de dicha especialización. Es frecuente que en el pacto se incluya una cláusula penal para el caso de incumplimiento del mismo; de no ser así, serán los Tribunales de lo Social los que fijen la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la inobservancia del acuerdo.

NOTAS

¹ Ar. 2972.

² BOE. de 29 de marzo de 1995

³ DURAN LOPEZ, F. "Pacto de no concurrencia", en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores. Comentarios a las leyes laborales*, EDERSA, T. V., Madrid, 1985, págs. 158-159.

⁴ En la relación laboral de carácter especial de alta dirección (artículo 8.1 del Real Decreto 1382/1985) y en la de los artistas que intervienen en espectáculos públicos (artículo 6.4 del Real Decreto 1435/1985) existen matizaciones al régimen jurídico contenido en el Estatuto de los Trabajadores para la relación de trabajo común. *Vid.* ALFONSO MELLADO, C. L. *Indemnizaciones entre empresarios y trabajadores antes y durante la relación laboral*, Tirant lo blanch, Colección laboral, núm. 3, Valencia, 1994, págs. 75-77.

⁵ Ar. 7492.

⁶ Ar. 2541.

⁷ Ar. 2447 y 8613, respectivamente.

⁸ Así, merece una severa crítica el artículo 8.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de alta dirección, pues "no parece admisible el considerar que el trabajo en cualquier otra empresa de por sí constituya un comportamiento concurrente con el empresario", por chocar frontalmente con la libertad de trabajo que consagra el artículo 35 de nuestra Constitución. *Vid.* TAPIA HERMIDA, A. "El contrato de trabajo y el régimen jurídico de la relación laboral especial del personal de alta dirección", *Revista de Estudios Financieros*, núm. 108, págs. 108-109.

⁹ ALONSO OLEA, M; CASAS BAAMONDE, M^a. E. *Derecho del Trabajo*. Universidad de Madrid-Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 13^a ed. revisada, Madrid, 1993, pág. 304.

¹⁰ PALOMEQUE LOPEZ, M-C.; ALVAREZ DE LA ROSA, M. *Derecho del Trabajo*, CEURA, 2^a ed, Madrid, 1994, pág. 737.

¹¹ Ar. 6641.

¹² Ar. 5906.

¹³ Se recoge en la normativa laboral el principio de autonomía de la voluntad de los contratantes establecido en el artículo 1.255 del Código civil, según el cual “los contratantes pueden establecer pactos, cláusulas y condiciones que no sean contrarias a las leyes, a la moral, ni al orden público”. Sin embargo, este amplio principio tiene numerosas limitaciones; así, como límites a la libertad de contratación en el Código civil se pueden citar: la nulidad de la renuncia a la exigibilidad de dolo, artículo 1.102; anulabilidad de la obligación pendiente de la condición contraria a las buenas costumbres, artículo 1.116; nulidad de los contratos cuya causa sea opuesta a la moral, artículo 1.275; etc.

¹⁴ DURAN LOPEZ, F. Pacto de ..., *op. cit.*, pág. 180.

¹⁵ De no existir pacto, no puede deducirse, por lo general, la obligación de exclusividad (SS. TCT. de 17 de mayo de 1982 y 21 de junio de 1988, Ar. 2894 y 4287, respectivamente)

¹⁶ “Aunque el Estatuto de los Trabajadores no lo diga explícitamente, tal pacto -que puede formar parte integrante del propio contrato de trabajo o negociarse con posterioridad a éste- debe formalizarse por escrito”. *Vid.* MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 15ª ed., Madrid, 1994, pág. 321.

¹⁷ MARTIN VALVERDE, A.; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F.; GARCIA MURCIA, J. *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 3ª. Ed., Madrid, 1994, pág. 421.

¹⁸ DURAN LOPEZ, F. Pacto de ..., *op. cit.*, pág. 184.

¹⁹ Ar. 4722.

²⁰ SALA FRANCO, T. y OTROS. *Derecho del Trabajo*, Tirant lo blanch, 8ª ed., Valencia, 1994, pág. 344.

²¹ En sentido contrario, se manifiesta DURAN LOPEZ, F. Pacto de ..., *op. cit.*, pág. 185, pues “lo que el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe es, en puridad, la realización de otras actividades por cuenta ajena... Las actividades por cuenta propia del trabajador no resultan, por consiguiente, en principio, afectadas por el mismo, y si sólo las actividades por cuenta ajena, para otro u otros empresarios. El pacto de plena dedicación en principio sólo prohíbe otras actividades por cuenta ajena del trabajador, aunque puede, sin embargo, pactarse entre las partes la aplicación de sus efectos también para actividades por cuenta propia del mismo”.

²² DURAN LOPEZ, F. Pacto de ..., *op. cit.*, pág. 182.

²³ Ar. 4287.

²⁴ MONTOYA MELGAR, A. *Derecho del...*, *op. cit.*, pág. 322.

²⁵ “El pacto de plena dedicación es un pacto accidental del contrato de trabajo, con su propia compensación económica, que no es, pues, un salario”. ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, Mª E. *Derecho del ...*, *op. cit.*, pág. 304.

²⁶ DURAN LOPEZ, F. Pacto de ..., *op. cit.*, pág. 187, afirma que se trata de un complemento salarial a incluir en los de “puesto de trabajo” contemplados en el artículo 5. b) del Decreto sobre ordenación del salario (BOE de 4 de octubre de 1997, derogado por la Ley 11/1994), que son aquellos que “debe percibir el trabajador por razón de las características del puesto de trabajo o de la forma de realizar su actividad profesional, que comporte conceptualización distinta del trabajo corriente”. Se trata, en definitiva, de complementos cuyo origen está no en las aptitudes y conocimientos del trabajador para el desempeño del trabajo, sino en las concretas circunstancias en las que el propio trabajo debe desenvolverse.

²⁷ Un caso particular es el de los artistas que participan en espectáculos públicos ya que en el supuesto de acordar el pacto de plena dedicación, éste no podrá ser rescindido unilateralmente por el artista durante su vigencia. En los supuestos de ruptura de este pacto por el artista, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios, de conformidad con lo establecido en el artículo 1.101 del Código civil (Ver el artículo 6.4 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los artistas en espectáculos públicos, BOE de 14 de agosto de 1985).

²⁸ Ar. 38.

²⁹ *Vid.* ALFONSO MELLADO, C. L. *Indemnizaciones entre ...*, *op. cit.*, pág. 79, aunque ve difícil observar responsabilidad indemnizatoria por parte del asalariado porque “no se aprecia qué daños podría producir al empresario y en qué podría fundamentarse la reclamación indemnizatoria por su parte”.

³⁰ A la solución del problema a través de los criterios de proporcionalidad se refiere SALA FRANCO, T. y OTROS. *Derecho del ...*, *op. cit.*, pág. 345.

³¹ DURAN LOPEZ, F. Pacto de ..., *op. cit.*, pág. 189. “El convenio colectivo puede erigirse en fuente válida al respecto, máxime si tenemos en cuenta la amplia formulación que del contenido del convenio colectivo hace el ar-

título 85.1 ET. Quizá un convenio colectivo no puede establecer nuevas causas de despido, pero pienso que sí puede establecer causas de extinción del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 49.2 ET. La única condición que se exigirá es que esa fijación no constituya abuso de derecho manifiesto por parte del empresario”.

³² MONTOYA MELGAR, A. Derecho del *op. cit.*, pág. 320. En el mismo sentido, *vid.* ALFONSO MELLADO, C. L. Indemnizaciones entre *op. cit.*, pág. 74.

³³ ALBIOL MONTESINOS, I. *El salario. Aspectos legales y jurisprudenciales*. Ed. DEUSTO. Bilbao, 1992, pág. 99.

³⁴ DURAN LOPEZ, F. Pacto de *op. cit.*, pág. 191.

³⁵ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M^a E. Derecho del *op. cit.*, pág. 304.

³⁶ GARCIA NINET, J. I. “Comentario al artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores”, en AA.VV. *El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1981, pág. 174.

³⁷ Ar. 4922.

³⁸ *vid.* MARTINEZ GIRON, J. “La dimisión del trabajador”, *Actualidad Laboral*, núm. 20, 1990, pág. 237, que cita como la LCT de 1944 no regulaba tal pacto, si bien era sancionado por la jurisprudencia (SS. TS. de 3 de febrero y 11 de marzo de 1975, Ar. 425 y 1273, respectivamente).

³⁹ Sobre la situación previa a la vigencia del Estatuto de los Trabajadores y las posiciones jurisprudenciales, *vid.* BOTANA LOPEZ, J. M^a. “El pacto de permanencia en la empresa”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 6, 1992, pág. 7.

⁴⁰ ALONSO OLEA, M.; CASAS BAAMONDE, M^a. E. Derecho del *op. cit.*, pág. 305.

⁴¹ *Actualidad Laboral*, 1990, núm. 262.

⁴² MARTIN VALVERDE, A; RODRIGUEZ-SAÑUDO GUTIERREZ, F; GARCIA MURCIA, J. Derecho del *op. cit.*, pág. 422. En el mismo sentido, MONTOYA MELGAR, A. Derecho del *op. cit.*, pág. 322, mantiene que “el deber de buena fe no se concreta en la exclusión de actividades concurrentes, sino en el aseguramiento de una duración dada al contrato de trabajo cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico”.

⁴³ Por todas, *vid.* SS. TS. de 15 de noviembre y de 10 de diciembre de 1990, Ar. 3072 y 3547, respectivamente.

⁴⁴ DURAN LOPEZ, F. Pacto de *op. cit.*, pág. 202.

⁴⁵ En contra, BOTANA LOPEZ, J. M^a. El pacto *op. cit.*, pág. 18, mantiene que no existe norma que impida establecer la obligación de permanencia por convenio colectivo, si el trabajador acepta recibir la especialización profesional.

⁴⁶ RODRIGUEZ SANTOS, B. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Lex Nova, 4^a ed., T. II, Valladolid, 1990, pág. 144.

⁴⁷ Ar. 6458.

⁴⁸ La duración determinada no superior a dos años rige para el contrato de trabajo común. Sin embargo, existen excepciones a esta regla general en algunas relaciones laborales de carácter especial; así, en la relación de trabajo del personal civil al servicio de establecimientos militares se establece un máximo de tres años (artículo 20 RD. 2205/1980, de 13 de junio), o en la relación laboral especial de alta dirección donde se dice que se determinará libremente su duración siempre que no implique abuso de derecho (artículo 8.2 RD. 1382/1985, de 1 de agosto), o en los deportistas profesionales donde existe la obligación de permanencia durante la vigencia del contrato (artículo 16.1 RD. 1006/1985, de 26 de junio).

⁴⁹ La jurisprudencia ha mantenido, en sentido contrario, la ilegalidad de la cláusula, y por consiguiente su nulidad, cuando se fija un periodo mínimo de dos años, pudiendo ampliarse al arbitrio del empresario (S. TCT, de 14 de julio de 1988, Ar. 4922) o un periodo superior a los dos años (S. TSJ, de Madrid de 18 de diciembre de 1989, Ar. 2745)

⁵⁰ Ar. 1745.

⁵¹ Ar. 4922.

⁵² Ar. 837.

⁵³ Ar. 3185.

⁵⁴ Ar. 8758 y 5666, respectivamente.

⁵⁵ La omisión por parte del legislador es deliberada, pues el Proyecto de 1979 expresaba que “si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios, que no será superior al doble del salario del tiempo dejado de trabajar”. *Vid.* MOLERO MANGLANO, C. y OTROS. *Reforma, proyectos y antecedentes en el Estatuto de los Trabajadores*, Ed. REUS S.A., Madrid, 1986, pág. 193.

⁵⁶ Ar. 5116.

⁵⁷ Una enumeración de todos ellos en ALFONSO MELLADO, C. L. *Indemnizaciones entre ...*, *op. cit.*, pág. 79.