

Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia 1018/2021 de 18 Oct. 2021, Rec. 3769/2018

Ponente: Segoviano Astaburuaga, María Luisa.

Nº de Sentencia: 1018/2021

Nº de Recurso: 3769/2018

Jurisdicción: SOCIAL

Ref. CISS 184568/2021

ECLI: *ES:TS:2021:3815*

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1.018/2021

Fecha de sentencia: 18/10/2021

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 3769/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/10/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Procedencia: T.S.J.CATALUÑA SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion001

Transcrito por: llp

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3769/2018

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luisa Segoviano Astaburuaga

Letrada de la Administración de Justicia: Seccion001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 1018/2021

Excmas. Sras. y Excmo. Sr.

D^ª. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^ª. Rosa María Virolés Piñol

D^ª. María Luz García Paredes

D^ª. Concepción Rosario Ureste García

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 18 de octubre de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. César Martínez Caracochea, en nombre y representación de D. Jenaro, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 6 de junio de 2018, recaída en el recurso de suplicación núm. 6919/2017, que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de Barcelona, dictada el 4 de abril de 2017, en los autos de juicio núm. 427/2015, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Jenaro, contra Mozo Grau SL, sobre reclamación de cantidad.

Ha sido parte recurrida Mozo Grau SL representada y asistida por el letrado D. Camilo de la Red Mantilla.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^ª María Luisa Segoviano Astaburuaga.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de abril de 2017, el Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva: "Que, estimando la Demanda inicial interpuesta por Jenaro, debo condenar y condeno a MOZO GRAU, S. L. a abonar al actor la cantidad principal, interés del diez por ciento por mora y total, de: 2.260,05 + 226 = 2.486,05 Euros. Que debo desestimar y desestimo la Reconvención interpuesta de contrario por la Empresa frente al actor inicial."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:

"PRIMERO.- Jenaro, con Documento Nacional de Identidad NUM000, prestó servicios por cuenta y orden de MOZO GRAU, S. A., con Código de Identificación Fiscal A47.374.269, con domicilio social en Calle Santiago López González, 7, de Valladolid; con Antigüedad de 21 de Mayo de 2.009, con Categoría Profesional de Comercial y con un Contrato de Trabajo (con inclusión de prorrata de Pagas Extraordinarias) de 1.985 Euros brutos mensuales. Los clientes y el área de trabajo asignados en el Contrato eran: "Barcelona Zona Norte."

SEGUNDO.- La actividad de MOZO GRAU, S. A. consiste en la fabricación de implantes dentales y aditamentos protésicos para la implantología, así como crear, diseñar, desarrollar y poner en el mercado nuevos productos y nuevas soluciones para la práctica diaria.

TERCERO.- El 13 de Junio de 2.014, el actor rescindió su Contrato de Trabajo con la Empresa, de forma voluntaria, de acuerdo con el Artículo 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores (por dimisión del trabajador, debiendo mediar el preaviso que señalen los convenios colectivos o la costumbre del lugar).

CUARTO.- En la fecha de la extinción del Contrato de Trabajo, la Empresa hizo entrega al trabajador de la nómina correspondiente a los trece días de Junio en los cuales se prestó el servicio, por 626,22 Euros, así como el documento de liquidación por saldo y finiquito de partes proporcionales, por 1.633,83 Euros. El actor hizo constar en ambos: "Faltaría fecha transferencia y día (13/6/2.014). No conforme." (Documento 3 de la Empresa, a Folios 409 y 410).

QUINTO.- El trabajador viene prestando sus servicios para Biomet 3I Dental Ibérica, S. L., desde el 13 de Junio de 2.014, mediante un Contrato de Trabajo a Tiempo Completo y por Tiempo Indefinido, ostentando, a 16 de Marzo de 2.017 (en que se certificó por la Directora de Recursos Humanos y apoderada de la Compañía: Bettina Erlenkaemper) la posición de Territory Manager y percibiendo un Salario anual bruto de 39.000 Euros (Informe de Vida Laboral de la Tesorería General de la Seguridad Social, a Folios 237 a 240).

SEXTO.- En el Artículo 2 de los Estatutos de Biomet 3I Dental Ibérica, S. L. (antes Zimmer Dental Ibérica, S. L.) figura: "La Sociedad tendrá por objeto la distribución de implantes bucales y extrabucales, y demás instrumentos y componentes asociados a los mismos. Asimismo, tendrá por objeto la prestación de servicios de consultoría en el ámbito del marketing y gestión de ventas y la prestación de servicios de asesoramiento de empresas, así como la organización, preparación y desarrollo de congresos relacionados con su actividad.

Las actividades enumeradas podrán también ser desarrolladas por la Sociedad, total o parcialmente, de modo indirecto, mediante la participación en otras sociedades con objeto análogo.

Quedan excluidas todas aquellas actividades para cuyo ejercicio la Ley exija requisitos especiales que no queden cumplidos por esta Sociedad."

SÉPTIMO.- Por Sentencia 31/2.015, de 3 de Febrero, de la Audiencia Provincial de Burgos , se dictó Fallo desestimando Recurso de Apelación interpuesto por MOZO GRAU, S. L., contra la Sentencia dictada por el Juzgado Mercantil 1 de Burgos en los Autos de Juicio Ordinario 65/2.013, confirmando la misma en todos sus pronunciamientos, con imposición a la parte apelante de las costas causadas en la alzada, por infracción de la Ley de Patentes 11/1.986, de 20 de Marzo; con condena a MOZO GRAU, S. L.; con condena adicional de

indemnización de daños y perjuicios de un 4,5% sobre las ventas de los productos infractores y de publicación de la Sentencia de condena en El Diario Médico y en El Global.

OCTAVO.- En la Cláusula Adicional al Contrato de Trabajo del actor, se hizo constar: "El trabajador está obligado a no realizar tanto por cuenta propia como ajena, cualquier actividad enclavada en el sector de Implantes Dentales, durante la vigencia del presente contrato y veinticuatro meses posteriores a su extinción. Si el trabajador incumpliese este acuerdo, indemnizará a la empresa con una cantidad equivalente a la suma de la totalidad de salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato."

NOVENO.- El 13 de Febrero de 2.015, el actor interpuso Papeleta de Conciliación, sobre Reclamación de Cantidad, más el diez por ciento de interés por mora, contra la Empresa.

El 6 de Marzo de 2.015, se celebró dicho Acto. El trabajador se afirmó y ratificó en el contenido de la Papeleta. La Empresa se opuso a la Demanda por las razones que alegaría en el momento procesal

oportuno y formuló Reconvención en los términos y cuantías que figuraron en documento adjunto a aquella Acta. El trabajador se opuso a la Reconvención formulada por la Empresa."

Por el Juzgado de lo Social nº 28 de Barcelona, se dictó auto en fecha 19 de mayo de 2017, en el que consta la siguiente parte dispositiva: "Que debo desestimar y desestimo el Recurso de Aclaración de Sentencia interpuesto por el actor."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, Mozo Grau SL formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, dictó sentencia en fecha 6 de junio de 2018, recurso de suplicación nº 6919/2017, en la que consta el siguiente fallo: "Que estimando como estimamos el recurso de suplicación interpuesto por Mozo Grau S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 28 de los de Barcelona en fecha 4/4/2017 en el procedimiento seguido en el mismo con el nº. 427/2015, debemos revocar la misma para, y por lo que se refiere a la demanda reconvencional formulada por la ahora recurrente, estimar la misma y declarar el derecho de Mozo Grau S.L. a la cantidad reclamada, esto es, a 15.312'30 € y condenar a D. Jenaro a su abono. Sin costas."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, D. Jenaro, interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó ante esta Sala mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en fecha 1 de junio de 2017 (RS. 1193/2017).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, Mercantil Mozo Grau, S.A., se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de considerar improcedente el recurso.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 13 de octubre de 2021, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La cuestión que se plantea en este recurso de casación para la unificación de doctrina es determinar si es válido el pacto de no competencia postcontractual por un periodo de 24 meses, suscrito como anexo al contrato de trabajo, abonándose al trabajador 35 E mensuales como compensación y estando fijada una indemnización a favor de la empresa, a satisfacer por el trabajador en caso de incumplimiento equivalente a los últimos seis meses de salarios percibidos.

2.- El Juzgado de lo Social número 28 de Barcelona dictó sentencia el 4 de abril de 2017, autos número 427/2015, estimando la demanda formulada por D. Jenaro contra MOZO GRAU SL sobre DERECHO y CANTIDAD, condenando a la demandada a abonar al actor la cantidad principal más el 10 por ciento de mora, total 2.260,05+226=2.486,05 € . La sentencia desestimó la demanda reconvencional formulada por MOZO GRAU SL frente a D. Jenaro, en reclamación de CANTIDAD.

Tal y como resulta de dicha sentencia, el actor ha prestado servicios por cuenta y orden de MOZO GRAU, S A, con antigüedad de 21 de Mayo de 2.009, con categoría profesional de comercial y con un salario de 1.985 €.

La actividad de la empresa consiste fundamentalmente en la fabricación de implantes dentales y aditamentos protésicos para la implantología.

El 13 de Junio de 2014, el actor rescindió su contrato de forma voluntaria, por dimisión.

El trabajador viene prestando sus servicios para Biomet 3I Dental Ibérica, S L, desde el 13 de Junio de 2014, mediante un contrato de trabajo a tiempo completo y por tiempo indefinido ostentando, a 16 de Marzo de 2017, la posición de Territory Manager y percibiendo un salario anual bruto de 39.000 Euros.

En el artículo 2 de los Estatutos de Biomet 3I Dental Ibérica, S L figura:

"La Sociedad tendrá por objeto la distribución de implantes bucales y extrabucales, y demás instrumentos y componentes asociados a los mismos.

Asimismo, tendrá por objeto la prestación de servicios de consultoría en el ámbito del marketing y gestión de ventas y la prestación de servicios de asesoramiento de empresas, así como la organización, preparación y desarrollo de congresos relacionados con su actividad".

En la Cláusula Adicional al Contrato de Trabajo del actor, se hizo constar:

"El trabajador está obligado a no realizar tanto por cuenta propia como ajena, cualquier actividad enclavada en el sector de Implantes Dentales, durante la vigencia del presente contrato y veinticuatro meses posteriores a su extinción.

Si el trabajador incumpliese este acuerdo, indemnizará a la empresa con una cantidad equivalente a la suma de la totalidad de salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato".

El trabajador recibía un "plus no competencia" de 35 € mensuales.

3.- Recurrida en suplicación por el Procurador D. Pedro Manuel Adán Lezcano, en representación de MOZO GRAU, S A, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya dictó sentencia el 6 de junio de 2018, recurso número 6919/2017, estimando el recurso interpuesto, revocando la sentencia impugnada y estimando la demanda reconvenicional formulada, declarando el derecho de Mozo Grau SL a la cantidad reclamada, esto es, a 15.312'30, y condenando a D. Jenaro a su abono.

La sentencia entendió, respecto a la adecuación de la compensación, que ha de acudirse, a los elementos casuísticos que configuran y se deduzcan del pacto reconociendo de hecho hasta tres niveles o planos distintos en los que es posible efectuar dicha ponderación. Se puede evaluar "en relación a la cuantía pactada respecto al total de la retribución, especialmente cuando como ocurre en el presente caso -el pago se produce a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo... por lo que se refiere a la cuantía percibida en relación con la indemnización compensatoria... (y) respecto al período de inactividad pactado y la retribución del trabajador...". Una adecuación que ha de revestir caracteres de marcada proporcionalidad por lo que se refiere al importe de la indemnización.

El Juzgador de instancia es, en principio, dirá el Alto Tribunal, "soberano evaluando las condiciones y circunstancias concurrentes en el caso....sin perjuicio de su corrección en caso de evidente y notorio error ponderativo...". Recuerda también el Alto Tribunal que el artículo 21 del ET exige "que

se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada", de donde se sigue tácitamente que igualmente adecuada o proporcional ha de ser la compensación a la empresa cuando dicho trabajador incumpla tal pacto...".

En relación al valor de la indemnización, tampoco en este caso podemos rechazar que no sea proporcional, esto es, no podemos sino aceptar que, y dadas las circunstancias del caso y producido inequívocamente el incumplimiento del mismo por el trabajador, la compensación pactada pueda tenerse como proporcional.

Concluye que concurriendo el interés industrial o comercial de la recurrente, válido el pacto de no competencia post-contractual, y no negada la adecuación de la compensación por el órgano judicial de instancia, procede reconocer el derecho de la demandante reconvencional a la cantidad reclamada, esto es, a 15.312'30 y condenar al demandado reconvencional a su abono.

4.- Contra dicha sentencia se interpuso por el Letrado D. César Martínez Caracochea, en representación de D. Jenaro, recurso de casación para la unificación de doctrina aportando, como sentencia contradictoria, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 1 de junio de 2017, recurso número 1193/2017.

La Procuradora Doña Susana Gómez Castaño, en representación de MOZO GRAU, SA, ha impugnado el recurso, habiendo informado el Ministerio Fiscal que el mismo ha de ser desestimado por falta de contradicción y de contenido casacional.

SEGUNDO.- 1.- Procede el examen de la sentencia de contraste para determinar si concurre el requisito de la contradicción, tal y como lo formula el artículo 219 de la LRJS, que supone que ante hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, las sentencias comparadas han llegado a pronunciamientos distintos.

2.- La sentencia de contraste, la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 1 de junio de 2017, recurso número 1193/2017, desestimó el recurso de suplicación interpuesto por Laboratorios Lucas Nicolás frente a la sentencia de fecha 30 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de los de Barcelona, en los autos 961/2014, confirmando dicha resolución.

Consta en dicha sentencia que el demandado prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa actora como responsable de clínica desde el 31 de octubre de 2011 hasta el 25 de junio de 2014, fecha en la que se extinguió la relación laboral por baja voluntaria del trabajador. En el contrato suscrito entre las partes en fecha de 31 de octubre de 2011 se hace constar en la cláusula séptima: "El trabajador se compromete durante la duración del contrato y tras su expiración por un periodo de un año a no competir con la sociedad realizando en empresas del sector odontológico cualquier tipo de actividad que tenga una relación directa o indirectamente con las realizadas en la clínica contratante. Esta prohibición de competencia se refiere tanto a la actividad de prestación de servicios, venta de productos, como a cualquier otro servicio susceptible de entrar directamente o indirectamente en competencia con la actividad de la red de franquicias Vital Dent , así como la posibilidad de poseer directa o indirectamente en su nombre o en nombre de terceros participación en el capital de sociedades que sean competencia directa o indirecta de vital dent. Como pago por la aceptación y la puesta en práctica del acuerdo contenido en la presente cláusula tendrá derecho

a percibir mensualidades de 200 euros brutos. Esta cantidad se cobrará única y exclusivamente durante el periodo de alta del trabajador en la empresa.

En el caso de que el trabajador no cumpliera con las obligaciones impuestas y en virtud de lo dispuesto en la cláusula actual devolverá a la sociedad todas las cantidades percibidas en virtud de lo dispuesto en esta cláusula inmediatamente después de la fecha en la que haya tenido lugar el incumplimiento por parte del trabajador".

Las partes suscribieron un contrato en fecha de 1 de junio de 2014, en el que se incluía un pacto de no concurrencia durante la duración del contrato y tras su expiración por un periodo de dos años en virtud del cual "El trabajador se compromete a no competir con USMISSISSIPPI INVERS S.L. realizando en empresas del sector odontológico cualquier tipo de actividad que tenga una relación directa o indirectamente con las realizadas en Clínicas Vital Dent. Esta prohibición de competencia se refiere tanto a la actividad de prestación de servicio, de venta de productos, como a cualquier otro servicio susceptible de entrar directa o indirectamente en competencia con la actividad de la red de franquicias vital dent así como la posibilidad de poseer directa o indirectamente en su nombre o en nombre de terceros participación en el capital de sociedades que sean competencia directa o indirecta de vital dent. Como pago por la aceptación y la puesta en práctica del acuerdo contenido en la presente cláusula tendrá derecho a percibir mensualidades de 700 euros brutos prorrateado por los días de alta en la Sociedad, esta cantidad se cobrará única y exclusivamente durante el periodo de alta del trabajador en la empresa . En el caso de que el trabajador no cumpliera con las obligaciones impuestas y en virtud de lo dispuesto en la cláusula actual devolverá a la sociedad todas las cantidades percibidas en virtud de lo dispuesto en esta cláusula inmediatamente después de la fecha en la que haya tenido lugar el incumplimiento por parte del trabajador".

En el momento de la extinción del contrato de trabajo el trabajador percibía como salario mensual (aparte de comisiones y kilometraje) los siguientes importes y conceptos:

a) "Salario base" 1.475,53 €; b) "Plus transporte" 41,94 €; c) "P.P. Extras 321,43 €; d) "Complemento a devengos" 141,29 €; e) "Antigüedad 14,43 €; f) "Plus no competencia 200 €; g) Plus sábados 55,38 €.

El trabajador demandado percibió como retribuciones de la empresa en el año 2012 37.330,74 € (3.110,83 € mensuales con inclusión de prorrata de pagas extras), en el año 2013 52.788,38 € (4.400 € mensuales con inclusión de prorrata de pagas extras), 20382,17 € en el año 2014 (3.398 € mensuales con inclusión de prorrata de pagas extras). En junio de 2014 percibió 700 € como compensación económica por el pacto de no competencia.

En fecha 30 de junio de 2014 el trabajador demandado empezó a prestar servicios como comercial para la empresa DERMOESTETIC CENTRO DE SALUD Y ESTÉTICA DENTAL, dedicada al montaje, instalación, explotación, administración de clínicas médicas odontológicas y de cirugía estética dental así como toda actividad relacionada con la odontología en general, y LABORATORIOS LUCAS NICOLÁS S.L. tiene como objeto social el montaje, instalación, explotación, administración de clínicas médicas odontológicas y estomatológicas , de cirugía estética y de cualquier otra especialidad médica, realizándose el ejercicio de estas actividades.

En total le fueron abonados al trabajador demandado 6590 euros por la empresa actora en concepto de plus de no competencia.

La sentencia entendió que el importe de la retribución a abonar por parte de la empresa no se considera suficiente como para compensar los perjuicios que el trabajador pudiera tener con ocasión de cambio de trabajo, cumpliendo el pacto de no competencia, puesto que 200 € en una retribución de 3.398,00 euros mensuales brutos suponen el 5,88%, cantidad manifiestamente insuficiente para compensar los perjuicios del cumplimiento del pacto para el trabajador; sin que la cuantía de 700 € abonada por dicho concepto se tenga en cuenta porque se pactó y abonó únicamente en el mes de junio de 2014, el mismo mes en que cesa la relación laboral entre las partes.

Concluye que, como la compensación acordada no cumplía las condiciones que reiterada jurisprudencia, en interpretación del artículo 21.2 del ET, requiere para la efectividad del pacto de no competencia, no es exigible el cumplimiento del mismo en este procedimiento.

3.- Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS.

En efecto, en ambos supuestos concurren las siguientes circunstancias:

a) Los trabajadores prestan servicios para empresas que se dedican a similar actividad -distribución de implantes bucales y extrabucales, y demás instrumentos y componentes asociados a los mismos, así como prestación de servicios de consultoría, en la sentencia recurrida; montaje, instalación, explotación, administración de clínicas médicas odontológicas y estomatológicas, de cirugía estética y de cualquier otra especialidad médica, en la sentencia de contraste-.

b) Han firmado un pacto de no competencia durante la vigencia del contrato y para después de extinguido el contrato de una duración de dos años.

c) En ambos supuestos se ha extinguido la relación laboral por decisión unilateral del trabajador, iniciando posteriormente una relación laboral con otra empresa encuadrada en el sector odontológico.

d) Se ha pactado una compensación económica a percibir mensualmente por el trabajador -35 € mensuales en la sentencia recurrida y 200 € en la sentencia de contraste-.

d) La compensación pactada en ambos supuestos es inferior al 6% del salario del trabajador -1,76% en la sentencia recurrida; 5,88% de la retribución mensual en la sentencia de contraste-.

e) En ambos supuestos se ha acordado que, en el caso de que el trabajador incumpla el pacto de no competencia, deberá abonar una indemnización a la empresa -el equivalente a los últimos seis meses de salario en la sentencia recurrida; la cantidad total percibida por el trabajador en concepto de plus de no competencia en la sentencia de contraste-.

A la vista de tales datos forzoso es concluir que concurren las identidades exigidas por el artículo 219 de la LRJS por lo que, habiéndose cumplido los requisitos establecidos en el artículo 224 de dicho texto legal, procede entrar a conocer del fondo del asunto.

No se opone a la existencia de contradicción el diferente importe acordado en concepto de pacto de no competencia en cada una de las sentencias enfrentadas -en ambos casos inferior al 6% del salario del trabajador-, así como la cuantía fijada en concepto de indemnización, ya que lo relevante es determinar si es válido el pacto de no competencia, atendido a si es adecuada la compensación económica abonada al trabajador.

Tampoco impide la existencia de contradicción que en la sentencia recurrida la reclamación de indemnización por la empresa al trabajador se formule en el marco de una demanda reconvenicional, en tanto en la sentencia de contraste la demanda ha sido presentada directamente por la empresa frente al trabajador, ya que en ambos casos la pretensión de la empresa es que se condene al trabajador a abonar la indemnización pactada por incumplimiento del pacto de no competencia.

TERCERO.- 1.- El recurrente alega errónea aplicación de la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación del artículo 21.2 del ET.

En esencia el recurrente aduce que la exigencia de una *"compensación económica adecuada"* recogida en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, pese a tratarse de un concepto indeterminado, tiene como finalidad la de resarcir la limitación que supone para el trabajador el pacto de no competencia a su libertad de trabajo, amparada en el artículo 35 de la Constitución Española.

O dicho de otra forma, el legislador viene a reconocer que el trabajador sufre un sacrificio que debe ser debidamente compensado, al privársele de oportunidades de trabajo, condicionando la existencia del pacto a que reciba un ingreso suficiente.

Y es evidente que esta finalidad, la de compensar la limitación de un derecho constitucional, no se cumple con una compensación de 35 euros mensuales.

2.-La cuestión aparece regulada en el ET en los siguientes términos:

"Art. 21.1: No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

Art. 21.2: El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

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

3.-Esta Sala se ha pronunciado sobre diversos aspectos del pacto de no competencia postcontractual, tal y como nos recuerda la sentencia de 15 de junio de 2015, recurso 1833/2014:

"2. Naturaleza indemnizatoria de la compensación por no competencia postcontractual.

En STS 15 enero 2009 (rec. 3647/2007) y otras muchas se rechaza la validez de la renuncia empresarial al pacto de no competencia postcontractual, invocando lo razonado en la STS 24 septiembre 1990 (rec. 284/1990). Allí se explica que la cláusula sobre compensación por no competencia " tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios".

En STS 14 mayo 2009 (rec. 1097/2008) hemos precisado que el pacto no pierde eficacia aunque la relación laboral se extinga por desistimiento del trabajador o de la empresa durante el período de prueba. Al aludir a la compensación percibida se habla de "cantidad", pero también se explica que "el pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizá no esté preparado)".

La STS 25 octubre 2010 (rec. 3325/2009) sostiene que el plazo de prescripción para devolver la compensación económica abonada al trabajador, en caso de incumplimiento del mismo, comienza a contar en el momento en que el empresario pudo ejercitar la acción, por tener conocimiento de dicho incumplimiento. Se había abonado un "plus de no competencia" durante la vigencia del contrato para compensar la actividad competitiva durante los doce meses posteriores a la terminación del contrato. Pese a ello, en todo momento se habla de compensación económica" o de "cantidades percibidas", sin alusión alguna a un eventual carácter salarial.

En la STS 8 noviembre 2011 (rec. 409/2011), que recoge doctrina de otras anteriores, se explica que este pacto no puede ser rescindido por decisión unilateral del empresario. Argumentando en favor de esa conclusión se razona que "el pacto de no competencia genera por el trabajador no solo la expectativa de una indemnización, sino la necesidad de prepararse para una futura o futurible actividad nueva con nuevas expectativas".

La STS de 20 junio 2012 (rec. 634/2011) sostiene que la declaración de nulidad del pacto de no competencia postcontractual implica la obligación del trabajador de restituir al empresario la compensación que percibió de éste. Considera muy insuficiente la cantidad satisfecha para evitar que el trabajador compita con su antigua empresa, acepta la nulidad del pacto en cuestión y rechaza que en tal caso pueda operar la presunción del carácter salarial de las compensaciones.

3. Naturaleza del complemento por exclusividad.

Nuestra STS 27 julio 1993 (rec. 629/1992) explica que el complemento de exclusividad vincula el régimen de dedicación al desempeño de determinados puestos de trabajo, de tal modo que si en el ejercicio de las facultades empresariales el trabajador no desempeña esos puestos de trabajo, desaparece el derecho al percibo de este complemento. El análisis presupone y aplica su carácter de complemento salarial de puesto de trabajo.

4. Presunción de carácter salarial.

A partir de lo previsto en el artículo 26.1 ET ("se considerará salario la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los períodos de descanso computables como de trabajo") la jurisprudencia ha venido configurando una presunción sobre la naturaleza jurídica de las prestaciones económicas abonadas por la empresa a sus empleados. Entre otras muchísimas, la STS 11 febrero 2013 (rec. 898/2012) recuerda la presunción iuris tantum de que todo lo que percibe el trabajador le es debido en concepto de salario, mientras que sucede lo contrario si se abonan dietas o suplidos.

5. Síntesis.

Resumamos lo expuesto en los párrafos precedentes de este Fundamento de Derecho:

- Aunque la Ley utiliza una misma expresión ("compensación económica") para aludir a la cantidad que ha de compensar la no competencia postcontractual y la contractual, la naturaleza jurídica en ambos casos pudiera no ser la misma.

- Nuestra doctrina ha presupuesto en numerosas ocasiones el carácter extrasalarial de las cantidades satisfechas al trabajador a cambio de no desarrollar actividades competitivas cuando el vínculo laboral ya se ha extinguido.

- También nuestra doctrina viene recordando la presunción general conforme a la cual los importes satisfechos por la empresa a sus trabajadores han de reputarse salario.

- Sin embargo, no hay una doctrina explícita y clara sobre la naturaleza de lo pagado en concepto de no competencia (o exclusividad) mientras la relación laboral está viva, aunque tiende a configurarse como un complemento salarial de exclusividad.

Por lo tanto, no puede entenderse que exista un criterio terminante y válido para calificar el tipo de "compensación" que representan las cantidades percibidas por no competir con el empleador durante la vigencia del contrato de trabajo".

Podemos citar entre las sentencias dictadas con posterioridad:

La STS de 26 de octubre de 2016, recurso 1032/2015, revocó la sentencia del TSJ y confirmó la de instancia, partiendo del carácter indemnizatorio de lo reclamado y de que para fijar el alcance de la indemnización debe tenerse en cuenta el criterio de la proporcionalidad, en cuya determinación el Juez de instancia es, en principio, soberano evaluando las condiciones y circunstancias concurrentes en el caso, sin perjuicio de su corrección en caso de evidente y notorio error ponderativo, lo que no se percibe en este supuesto.

La STS de 21 de diciembre de 2017, recurso 3765/2015, resolvió que el hecho de que una cláusula de no competencia aparezca incluida en un contrato de compraventa de títulos societarios, propiedad de los trabajadores, no acarrea que la jurisdicción social no sea la competente para conocer de la demanda de nulidad de la citada cláusula de no competencia formulada por los trabajadores, citando el artículo 1 de la LRJS.

La STS de 1 de octubre de 2019, recurso 1600/2017, resolvió que la competente es la jurisdicción Social para conocer de una reclamación de indemnización de daños y perjuicios derivados de posible competencia desleal, formulada por la empresa frente a los trabajadores.

El objeto del pleito, referido a la cláusula de no competencia postcontractual, aparece en las sentencias que a continuación se citan que concluyeron desestimando el recurso al apreciarse falta de contradicción:

STS de 29 de enero de 2019, recurso 1328/2016; STS de 28 de marzo de 2019, recurso 2762/2017 y STS de 7 de mayo de 2020, recurso 4631/2017.

4.- No procede acceder a la petición subsidiaria formulada por el Letrado D. Pedro Manuel Adán Lezcano, en representación de MOZO GRAU SA, en su escrito de formalización del recurso de suplicación, consistente en que se condene al trabajador D. Jenaro a abonar a la empresa la cantidad de 10.461,40 €, importe de todas las sumas recibidas por el trabajador por cláusula de no

competencia durante la vigencia del contrato de trabajo ya que en la cláusula adicional al contrato de trabajo se pactó "El trabajador está obligado a no realizar tanto por cuenta propia como ajena, cualquier actividad enclavada en el sector de Implantes Dentales, durante la vigencia del presente contrato y veinticuatro meses posteriores a su extinción."

El incumplimiento de dicho acuerdo acarrea el abono de una indemnización por parte del trabajador, que aparece cuantificada en el apartado 2 de la citada cláusula en los siguientes términos: "Si el trabajador incumpliese este acuerdo, indemnizará a la empresa con una cantidad equivalente a la suma de la totalidad de salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato".

Durante el tiempo de vigencia del contrato el trabajador estuvo percibiendo 35 € mensuales en concepto de "plus de no competencia" Durante la vigencia del contrato el trabajador no incumplió el pacto citado, habiéndose producido el incumplimiento después de extinguirse el contrato y antes de que transcurrieran dos años desde su finalización, por lo que la indemnización que, en su caso, correspondería a la empresa, sería la pactada para el caso de incumplimiento, es decir, la totalidad de los salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato. No se pactó que el trabajador debería indemnizar a la empresa, en caso de incumplimiento, devolviendo las cantidades percibidas mensualmente.

En consecuencia y, como ya se adelantó, no procede acceder a la petición subsidiaria de la empresa reconviniendo.

CUARTO.- 1.- Procede el examen de la cuestión que se plantea en este recurso que no ha sido abordada de forma frontal por ninguna de las sentencias examinadas.

Se trata, en definitiva, de decidir si es válido el pacto suscrito entre el actor y la empresa, como anexo al contrato de trabajo celebrado o, como sostiene el trabajador recurrente, dicho pacto es nulo ya que no se ha fijado una compensación económica adecuada.

Para una recta comprensión de la cuestión planteada hay que poner de relieve los siguientes datos:

- La antigüedad del trabajador es de 21 de mayo de 2009 (hecho probado primero).
- La categoría del trabajador es de comercial y su salario ascendía a 1985 € mensuales con prorrata de extras (hecho probado primero).
- En la cláusula adicional al contrato de trabajo figura un pacto de no competencia, por el que el trabajador queda obligado a no realizar ninguna actividad encuadrada en el sector de implantes dentales.
- Dicha obligación se extiende a los 24 meses siguientes a la finalización del contrato de trabajo.
- La empresa abonaba mensualmente al trabajador un "plus no competencia" de 35 € (fundamento de derecho tercero con valor de hecho probado).
- El incumplimiento impone al trabajador el indemnizar a la empresa con una cantidad equivalente a la suma de la totalidad de salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato.
- El trabajador dimitió el 13 de junio de 2014.

-En esa misma fecha comenzó a prestar servicios para Biomet 31 Dental Ibérica SL, con categoría de Territory Manager y salario de 39.000 E anuales, empresa cuyo objeto es la distribución de implantes bucales, extrabucales y demás instrumentos y complementos asociados a los mismos.

El artículo 21 del ET bajo el epígrafe "Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa" regula en su apartado 2 el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, estableciendo una limitación y unos requisitos para su validez.

La limitación se refiere a la duración máxima de dicho contrato, que no podrá superar un periodo de dos años para los técnicos y seis meses para los demás trabajadores.

Los requisitos establecidos son dos:

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

2.- En el asunto ahora examinado, en esta fase de recurso no se cuestiona la duración del pacto, ni que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en el mismo, sino únicamente la concurrencia del segundo requisito exigido por el artículo 22 ET, consistente en que la compensación económica satisfecha al trabajador haya sido adecuada.

Tal y como señala nuestra sentencia de 6 de febrero de 2009, recurso 665/2008: "El pacto de no competencia postcontractual genera expectativas tanto para el trabajador (indemnización para compensarle del perjuicio que pueda suponer, tener que dedicarse, después de extinguido el contrato y durante el tiempo pactado, a otra actividad distinta, para la que quizás no esté preparado), como para el empresario (evitar el perjuicio que pueda suponer la utilización por el trabajador de los conocimientos adquiridos en la empresa en una actividad que entra en competencia con aquella)",

Por su parte la Sentencia de 21 de mayo de 2009, recurso 1264/2008, establece: "... y lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista ("compensación económica adecuada", a la que alude el art. 21 del ET), sobre la base de que la cláusula pueda resultar abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 del Código Civil), lo que permite, en su caso, la nulidad parcial de la repetida cláusula".

Para determinar si la compensación económica ha sido adecuada han de ponderarse los factores concurrentes, en concreto:

-1º.-La duración a la que se extiende el pacto de no competencia.

-2º.-La compensación económica que se abona al trabajador.

-3º.-El importe de la indemnización que ha de abonar el trabajador a la empresa en caso de incumplimiento.

Respecto a la primera de las circunstancias se ha de señalar que el periodo al que se extiende el pacto de no competencia es el máximo permitido por la norma, dos años, lo que implica que al trabajador se le impone el mayor sacrificio contemplado en el precepto ya que durante dicho periodo no podrá realizar actividad alguna "enclavada en el sector de Implantes Dentales", lo que limita seriamente sus expectativas profesionales, pues dicho sector es al que se ha venido dedicando el trabajador, al menos desde mayo de 2009.

En cuanto al segundo factor a tener en consideración, el importe de la compensación económica percibida por el trabajador, procede señalar que la misma asciende a 35 € mensuales, lo que supone el 1,76% de su salario de 1985 € mensuales con prorrata de extras.

Dicha cantidad es de la que ha de partir la Sala por ser la que figura en la sentencia de instancia - fundamento de derecho tercero con valor de hecho probado-, dato que no ha sido modificado en el recurso de suplicación, a pesar de que la empresa recurrente formuló un concreto motivo, al amparo del artículo 193 b) de la LRJS, destinado a añadir un nuevo párrafo al hecho probado octavo, en el que se hiciese constar que el trabajador había percibido durante la vida del contrato la cantidad de 10.461,40 €, en concepto de no competencia.

La citada cantidad se revela manifiestamente insuficiente para compensar el sacrificio impuesto al trabajador que, como anteriormente se ha señalado, supone el no poder dedicarse a la actividad profesional que había venido desarrollando, al menos durante los últimos cinco años, durante un periodo de dos años a partir de la extinción del contrato de trabajo.

Por último, el tercer elemento visibiliza aún más la insuficiencia de la compensación pactada ya que la cantidad que ha de satisfacer el trabajador a la empresa, en caso de incumplimiento del pacto, asciende al importe de los últimos seis meses de salario, lo que revela la desproporción entre la compensación económica reconocida al trabajador y la indemnización que este ha de abonar a la empresa en caso de incumplimiento.

Teniendo en cuenta el amplio periodo al que se extiende el pacto de no competencia, la exigua cantidad abonada al trabajador como compensación por la obligación impuesta y la desproporción entre esta cantidad y la que ha de abonar el trabajador a la empresa en caso de incumplimiento, se ha de concluir que en el pacto suscrito entre empresa y trabajador no concurre el segundo requisito establecido en el artículo 21. 2 ET, en concreto en su apartado b), a saber, que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada, lo que determina, de conformidad con lo dispuesto en el precitado artículo 21.2 ET, que el pacto no sea válido y, en consecuencia, no proceda reconocer a la empresa reconviente la indemnización que por incumplimiento del pacto de no competencia reclama al trabajador.

3.- Si bien el Juzgador de instancia es, en principio, soberano evaluando las condiciones y circunstancias concurrentes para determinar si la compensación a favor del trabajador es adecuada, tal y como nos recuerda la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 2016, recurso 1032/2015, en el asunto examinado no se opone a la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia respecto a que la compensación económica abonada al trabajador es adecuada ya que por todos lo anteriormente razonado la Sala estima que no es adecuada la compensación pactada. La apreciación de la Sala se revela desproporcionada y carente de todo fundamento ya que se limita a afirmar que la compensación es adecuada sin realizar el más mínimo razonamiento sobre tal cuestión.

4.- No procede acceder a la petición subsidiaria formulada por el Letrado D. Pedro Manuel Adán Lezcano, en representación de MOZO GRAU SA, en su escrito de formalización del recurso de suplicación, consistente en que se condene al trabajador D. Jenaro a abonar a la empresa la cantidad de 10.461,40 €, importe de todas las sumas recibidas por el trabajador por cláusula de no competencia durante la vigencia del contrato de trabajo ya que en la cláusula adicional al contrato de trabajo se pactó "El trabajador está obligado a no realizar tanto por cuenta propia como ajena,

cualquier actividad enclavada en el sector de Implantes Dentales, durante la vigencia del presente contrato y veinticuatro meses posteriores a su extinción."

El incumplimiento de dicho acuerdo acarrea el abono de una indemnización por parte del trabajador, que aparece cuantificada en el apartado 2 de la citada cláusula en los siguientes términos: "Si el trabajador incumpliese este acuerdo, indemnizará a la empresa con una cantidad equivalente a la suma de la totalidad de salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato".

Durante el tiempo de vigencia del contrato el trabajador estuvo percibiendo 35 € mensuales en concepto de "plus de no competencia" Durante la vigencia del contrato el trabajador no incumplió el pacto citado, habiéndose producido el incumplimiento después de extinguirse el contrato y antes de que transcurrieran dos años desde su finalización, por lo que la indemnización que, en su caso, correspondería a la empresa, sería la pactada para el caso de incumplimiento, es decir, la totalidad de los salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato. No se pactó que el trabajador debería indemnizar a la empresa, en caso de incumplimiento, devolviendo las cantidades percibidas mensualmente.

En consecuencia y, como ya se adelantó, no procede acceder a la petición subsidiaria de la empresa reconviniendo.

QUINTO.- Procede, por todo lo razonado, estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. César Martínez Caracochea, en representación de D. Jenaro, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 6 de junio de 2018, recurso número 6919/2017, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el Procurador D. Pedro Manuel Adán Lezcano, en representación de MOZO GRAU, S A, contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 28 de los de Barcelona, en los autos número 427/2015. Casar y anular la sentencia recurrida y confirmar la sentencia impugnada.

No procede la condena en costas para el recurso de casación para unificación de doctrina, en virtud de lo establecido en el artículo 235.1 de la LRJS.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Estimar el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. César Martínez Caracochea, en representación de D. Jenaro, frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya el 6 de junio de 2018, recurso número 6919/2017, resolviendo el recurso de suplicación interpuesto por el Procurador D. Pedro Manuel Adán Lezcano, en representación de MOZO GRAU, S A, contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 28 de los de Barcelona, en los autos número 427/2015, seguidos a instancia de D. Jenaro contra MOZO GRAU SL sobre DERECHO y CANTIDAD.

Casar y anular la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, desestimar el recurso de tal clase interpuesto por el Procurador D. Pedro Manuel Adán Lezcano, en representación de MOZO GRAU, S A.

Confirmar la sentencia de instancia.

Condenar a MOZO GRAU S.A. al abono de las costas del recurso de suplicación, incluida la minuta de honorarios del Letrado de la recurrida que impugnó el recurso por importe de 800 €.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.