

La nulidad del pacto de no competencia ¿no lleva consigo la devolución de las cantidades percibidas por el trabajador?

Magdalena Nogueira Guastavino

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Autónoma de Madrid.

Resumen: *Una cantidad mensual que representa menos del 2% del salario del mes no constituye una compensación económica adecuada para un pacto de no competencia. La nulidad del pacto no lleva consigo la devolución de las cantidades percibidas mensualmente al no haberse pactado expresamente.*

Palabras clave: *Pacto de no competencia. Compensación económica percibida mensualmente. Criterios de adecuación de la cuantía. Efectos de la nulidad del pacto.*

Abstract: *A monthly amount representing less than 2% of the monthly salary does not constitute adequate financial compensation for a non-competition agreement. The nullity of the agreement does not entail the return of the amounts received monthly as it was not expressly agreed.*

Keywords: *Post-contractual covenant not to compete. Financial compensation received monthly. Criteria for the adequacy of the amount. Effects of the nullity of the covenant.*

I. Introducción

El pacto de no competencia postcontractual, para ser válido, entre otros requisitos, exige el de que el trabajador reciba una compensación adecuada. La exigencia de adecuación, sin mayor precisión legal, podría quedar enteramente a la voluntad de las partes, quienes en virtud de su autonomía podrían decidir si una determinada cantidad es, o no, adecuada para ellos en un contexto determinado. Sin embargo, en el ámbito laboral, son numerosas las veces que los tribunales han tenido que terciar y juzgar “a posteriori” si lo convenido resultó ser o no adecuado. En algunos casos la propia escasez de la cuantía, negociada al inicio de la relación laboral, deja patente la necesidad de intervención judicial. Pero si se negocia una cuantía, aunque no excesivamente alta, pero pagadera durante toda la vigencia de la relación laboral, lo cierto es que, una misma cuantía, será o no adecuada en función de la duración final de la relación laboral entablada. En el presente caso se considera que la cuantía no es adecuada en uno de estos supuestos de compensación de tracto sucesivo, mediante argumentos adecuados, aunque excesivamente escuetos. Pero, lo que es más interesante, “parece” (porque la motivación resulta ciertamente oscura) que en tales casos, no ha lugar a la restitución de las cantidades ya abonadas por el empleador.

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala de lo Social).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1018/2021, de 18 de octubre.

Tipo y número recurso o procedimiento: RCUUD núm. 3769/2018).

ECLI:ES:TS:2021:3815.

Fuente: CENDOJ

Ponente: Excma. Sra. Dña. María Luisa Segoviano Astaburuaga.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

La cuestión central consiste en determinar si es válido el pacto de no competencia post-contractual pactado para un periodo de 24 meses en un anexo al contrato de trabajo y por el que la empresa abonaba al trabajador 35 euros mensuales, teniendo en cuenta que el trabajador, a cambio, en caso de incumplimiento se comprometía a pagar una indemnización a favor de la empresa equivalente a los últimos seis meses de salarios percibidos.

El trabajador, con categoría profesional de comercial, prestaba servicios para MOZO GRAU SL recibiendo un salario de 1.985 euros. La actividad de la empresa era la fabricación de implantes dentales y aditamentos protésicos para la implantología. 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 13 de junio de 2014, el actor rescindió su contrato de forma voluntaria, por dimisión. Desde esa misma fecha viene prestando sus servicios para B Dental Ibérica, S L, pasando a ostentar en 2017 la posición de Territory Manager y percibiendo un salario anual bruto de 39.000 Euros. En el artículo 2 de los Estatutos de la nueva empresa figura que la Sociedad tiene 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".

El Juzgado de lo Social concluye que, aun siendo adecuada la compensación económica, no concurre interés industrial o comercial, por lo que estima la demanda y condena a la empresa a abonar al trabajador la cantidad reclamada más el 10% de mora. Asimismo, la sentencia desestima la demanda reconvenicional formulada por MOZO GRAU SL frente al actor, en reclamación de cantidad (15.312'30 € por los salarios percibidos en los últimos seis meses de vida del contrato).

Recurrida en suplicación por la empresa 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 y condenando al trabajador a su abono. La sentencia entendió que existía concurrencia y, respecto a la adecuación de la compensación, recordó que había de acudir a los elementos casuísticos y que se deduzcan del pacto, considerando que la ponderación de la cuantía podría hacerse hasta en tres planos distintos (en relación a la cuantía pactada respecto al total de la retribución, en relación a la cuantía percibida en relación con la indemnización

compensatoria, en relación al período de inactividad pactado y la retribución del trabajador). Considera que en el presente caso la adecuación concurre. Tras recordar la doctrina de la Sala de lo Civil del TS respecto a que la moderación judicial de las cláusulas penales sólo puede hacerse cuando haya un incumplimiento total, declara que dadas las circunstancias del caso, en la que se ha producido inequívocamente el incumplimiento del pacto por parte del trabajador, la compensación pactada puede tenerse como proporcional. Por ello reconoce el derecho de la empresa a la cantidad reclamada en la demanda reconventional, esto es, 15.312'30 euros.

Contra dicha sentencia el trabajador interpuso recurso de casación para la unificación de doctrina. La Sentencia del TS estima el recurso de unificación interpuesto por éste, casando la sentencia de suplicación, anulándola, y confirmando la sentencia de instancia.

IV. Posición de las partes

1. Del trabajador demandante y recurrente

El trabajador recurrente aduce que la exigencia de una "compensación económica adecuada" recogida en el artículo 21.2 ET, 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 CE. 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 considera evidente que esta finalidad, la de compensar la limitación de un derecho constitucional, no se cumple con una compensación de 35 euros mensuales.

2. De la empresa demandada

La empresa demandada impugna el recurso afirmando que existe concurrencia prohibida y la compensación es adecuada. Solicitaba subsidiariamente en la formación del escrito de suplicación que se condenara al trabajador a abonar a la empresa el importe de todas las sumas recibidas por el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo por el pacto de no competencia en caso de que se considere que el pacto es nulo.

3. Del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal considera improcedente el recurso interpuesto.

V. Normativa aplicable al caso

Art. 21.2 TRET: 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

VI. Doctrina básica

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 aquélla). La ausencia de proporcionalidad de la indemnización prevista ("compensación económica adecuada"), a la que alude el art. 21 del ET, aboca a considerar la cláusula como abusiva y contraria al principio de la buena fe (art. 7.2 del Código Civil), lo que permite declarar la nulidad de la 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.

Una cláusula en la que se fija un pacto de no competencia con una duración hasta el máximo permitido legalmente, con el máximo sacrificio para el trabajador en el sector de implantes, con una cuantía de 35 € mensuales, esto es del 1,76% de su salario de 1985 € mensuales con prorrata de extras, supone prever una cuantía que se revela manifiestamente insuficiente para compensar el sacrificio impuesto al trabajador. Insuficiencia que verificaría la desproporción existente entre la cantidad abonada por la empresa y la que ha de abonar el trabajador a la empresa en caso de incumplimiento (cuantía de los últimos seis meses de salario). La insuficiencia de la cuantía provoca que no concorra el requisito exigido por el art. 21.2 ET respecto el abono de una compensación adecuada y aboca a que el pacto no pueda considerarse válido.

Durante el tiempo de vigencia del contrato el trabajador estuvo percibiendo 35 € mensuales en concepto de "plus de no competencia", como el trabajador incumplió el pacto solo tras la extinción del contrato y la empresa sólo pactó que, en tal caso, la indemnización que tendría que pagar el trabajador sería la totalidad de los salarios percibidos en los seis meses anteriores a la fecha de la extinción del contrato, pero no la devolución de las cantidades percibidas mensualmente, el empresario no puede reclamar la devolución de lo abonado mensualmente, al configurarse como un complemento salarial de exclusividad y no preverse expresamente tal devolución.

VII. Parte dispositiva

Se estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el trabajador frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Catalunya. Se casa y anula la sentencia recurrida y, resolviendo el debate planteado en suplicación, se desestima el recurso interpuesto por la representación de la empresa MOZO GRAU, S A (que solicitaba la devolución de las cantidades percibidas durante la relación laboral vinculadas a la no competencia).

VIII. Pasajes decisivos

“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”.

“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 reconviniente la indemnización que por incumplimiento del pacto de no competencia reclama al trabajador”.

“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 todo 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”.

No procede acceder a la petición subsidiaria formulada por la empresa en su escrito de formalización del recurso de suplicación, “consistente en que se condene al trabajador 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 (...) 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 reconviniente”.

IX. Comentario

Dos son los aspectos a destacar de la sentencia comentada. El primero de ellos, relativo al hilo y “forma” argumental de la misma. El segundo, respecto a las dos cuestiones de fondo abordadas.

En relación con la forma de argumentar y el hilo conductor de la sentencia, señalar que cabe exigir algo más elaborado de nuestro máximo tribunal. En su argumentación jurídica, lo normal es que toda sentencia comience recordando los elementos básicos de la doctrina que luego, en otro fundamento, se proyecten sobre la cuestión controvertida, llevando así una lógica argumentativa que permita entender al lector sin sombra de duda las razones que sostienen la conclusión alcanzada. Sin embargo, en esta ocasión sorprende que la sentencia del TS esboce un resumen de “algunos aspectos del pacto de no competencia” abordados por la Sala de lo social en otras sentencias centrados en la naturaleza de la compensación económica, pero muchos de ellos, en principio, poco conectados con el tema objeto de debate. Alude a la naturaleza indemnizatoria de la compensación por no competencia postcontractual (cuestión relevante aunque de escasa proyección en el caso donde lo que se ventila es la adecuación o no de la compensación -indemnización- percibida por el trabajador por limitar sus expectativas de trabajo y no su naturaleza, aunque con relación con la demanda reconvenicional de la empresa), pero también se detiene en la naturaleza salarial del complemento “por exclusividad” (cuestión absolutamente ajena al tema debatido, en tanto la exclusividad actúa durante la vigencia del contrato y tiene un régimen absolutamente distinto contemplado en el art. 21.3 ET, que permite el desistimiento unilateral, prohibido en el pacto postcontractual y que abarca actividades tanto competitivas como no competitivas), o alude a la previsión legal del art. 26.1 ET que presume *iuris tantum* que todo lo que percibe el trabajador le es debido en concepto de salario (pero no así cuando expresamente se vincula a una obligación postcontractual y se especifica y demuestra la causa ya que en los casos en que el TS había considerado salario la cantidad percibida lo fue porque no se vinculaba con obligación alguna que, sin embargo, posteriormente pretende imponerse), para terminar el FJ 3 de resumen de doctrina con una “síntesis” (sic) en la que, tras repetir las ideas recién descritas afirma: “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”. Y enumera una serie de sentencias posteriores que abordan también este tipo de pactos (con cuestiones absolutamente ajenas a la controvertida). A continuación, este mismo FJ 3, sentencia ya que no procede acceder a la petición subsidiaria formulada por la empresa en el recurso de suplicación de que se condene al trabajador a devolver el importe de las cantidades percibidas por “cláusula de no competencia durante la vigencia del contrato de trabajo” porque en el contrato se pactó que el trabajador estaba obligado a no realizar competencia “durante la vigencia del presente contrato y veinticuatro meses posteriores a su extinción” porque durante el tiempo de vigencia el trabajador no incumplió el pacto y el incumplimiento se produjo 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”. Razonamiento que el alto Tribunal repetirá, palabra por palabra, en el fundamento siguiente cuando aborda el fondo del asunto. Sinceramente, la motivación, que sirve para determinar la *ratio decidendi*, dista de ser clara. ¿No se acepta la reconversión por no pactarse de modo expreso también la devolución de las cantidades percibidas, o no se acepta por que se interpreta que, al no haber una doctrina explícita y clara sobre la naturaleza de lo pagado en concepto de “competencia (exclusividad) mientras la relación laboral está viva”, ésta “tiende a configurarse como un complemento salarial de exclusividad? La verdad es que se echa en falta algo más de claridad en aras de una efectiva tutela judicial.

Pero, además, la incógnita repercute en uno de los dos temas de fondo tratados, cual es el relativo a las consecuencias de la nulidad del pacto. Si se considera, como hace la sentencia comentada, que la compensación no es adecuada y, por ello, el

pacto es nulo, lo cierto es que la consecuencia no puede ser otra más que la inexigibilidad de las prestaciones o la restitución de las mismas, si el contrato hubiera sido ejecutado (art. 1303 CC), con sus intereses, a fin de evitar el enriquecimiento injusto de una de las partes a costa de la otra (SSTS 2-7-2003, RJ 2004, 18; 21-1-2004, RJ 2004, 1727; 5-4-2004, RJ 2004, 3437). Sin embargo, la sentencia libera al trabajador de la obligación de abstención postcontractual -de modo sólido en su argumentación- por considerar que el pacto no es válido porque no es adecuada la compensación, pero sin restitución [¿por considerar que tiene naturaleza salarial? ¿por considerar que se ha pactado una exclusividad que nadie ha traído al proceso? ¿o porque no se pactó?]. La quiebra lógica vendría determinada porque, precisamente, esa “compensación” que el TS considera inadecuada y que aboca a la nulidad del pacto (de 35 euros) es la misma que, al mismo tiempo, parece tener carácter salarial cuando se pacta durante la vigencia del contrato y, como tal, parece un derecho absoluto del trabajador no restituible, por absorbido y consolidado. Si lo que se quiere expresar es que el pacto de no competencia no puede hacerse con una cuantía pagada mensualmente durante la relación laboral, bastaba con decirlo claro o ¿si la cuantía hubiera sido superior y adecuada, pero el pacto invalido por no existir interés concurrencial, cambia la naturaleza jurídica de la cuantía o tampoco cabe restitución de cantidades? Si ello es así, el cambio de naturaleza no debiera afectar en nada a la invalidez del pacto y, por ello, a la existencia de un enriquecimiento injusto, figura ésta cuya proyección abarca conceptos salariales o extrasalariales. Es cierto que el art. 9.1 ET prevé que, si el trabajador tuviera asignadas condiciones o retribuciones especiales en virtud de contraprestaciones establecidas en la parte no válida del contrato, “el órgano de la jurisdicción social que a instancia de parte declare la nulidad hará el debido pronunciamiento sobre la subsistencia o supresión en todo o en parte de dichas condiciones o retribuciones”. Pero tal mandato no parece ofrecer un campo ilimitado de actuación, sino que deberá motivarse en Derecho. Y, en esta cuestión, no parece que la especial regla laboral modifique la general que sobre las obligaciones contiene el Código Civil. Sin que, a mi juicio, sea aplicable el art. 1306 CC que, en supuestos de causa torpe con culpa de parte, impide la repetición de lo dado, en tanto no es posible apreciar dicha causa torpe en un pacto libre y conscientemente celebrado, inválido simplemente por no concurrir uno de los requisitos esenciales a los que se condiciona legalmente su validez, y en el que no se ha probado (ni siquiera cuestionado) un comportamiento reprochable de la empresa dirigido a crear confusión (y que no se creó, ninguna habida cuenta de que el trabajador el mismo día que se da de baja en la empresa comienza a trabajar en la competencia convencido de su nulidad). Por otro lado, el pago de las cuantías antes de la extinción del contrato (momento en que comienza la virtualidad del deber de abstención del trabajador) encuentra como fundamento la contraprestación de la abstención del trabajador, lo que declara la sentencia expresamente, lo que abocaría a su naturaleza indemnizatoria cualquiera que fuera el momento en que se hiciera efectiva.

Pero lo curioso es que la sentencia tenía como objeto principal el de examinar si la compensación percibida era o no adecuada. Y, en este punto, no cabe objetar la motivación y la conclusión, sin que ello obste a que pueda realizarse alguna reflexión adicional. La motivación se basa, fundamentalmente, en que la proporcionalidad es un concepto exigible para determinar la adecuación de la compensación económica vinculada al pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo y para determinarla debe contrastarse con algunos parámetros de comparación: la duración del acuerdo (el máximo en el caso examinado), la compensación económica abonada al trabajador (el 1,76% de su salario), el importe de la indemnización que el trabajador debe abonar al empresario en caso de incumplimiento (en el caso: los seis últimos meses de salario 15.312 euros). El resultado de todos estos criterios es, para la Sala de lo Social, la percepción de una cuantía inadecuada e insuficiente, por lo que el pacto es inválido.

Para el Juzgado de lo Social, sin embargo, la cantidad era adecuada, lo que no concurría era una actividad competencial. En general, como es sabido, es el criterio del juzgador o juzgadora de instancia el soberano para determinar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, la compensación a favor del trabajador es o no

adecuada, si bien dicho criterio puede corregirse en caso de “evidente y notorio error ponderativo” (STS 26-10-2016, rec- 1032/2015). Para cambiar el criterio mantenido en el lugar soberano, la Sala, incurriendo de nuevo en defectos de claridad en la motivación, considera, en definitiva, que la apreciación de la instancia se hizo carente de todo fundamento, sin el más mínimo razonamiento sobre tal cuestión y limitándose a afirmar que era adecuada; motivo por el que procede a entrar en la cuestión para corregir el criterio de instancia. Pero la motivación utilizada por la sentencia comentada, de nuevo, resulta confusa: “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”.

En fin, para terminar tan sólo una duda. En el caso examinado el trabajador percibió 35 euros mensuales por no competencia postcontractual y aceptó en el pacto celebrado devolver 6 meses de salarios. Cuando se fue de la empresa y no esperó un solo día para competir (consciente y seguro de la nulidad del pacto) llevaba cinco años en la empresa y ya había obtenido más de 10.000 euros. De haberse considerado válido el pacto y se hubiera declarado el incumplimiento del trabajador, éste habría tenido que devolver 15.312 euros (. Es decir, cuanto más cumple el trabajador el deber de no irse de la empresa a otra de la competencia, más posibilidades tiene el empresario de que el pacto celebrado sea válido si la cuantía mensual no es muy grande. Y, a la inversa, si el trabajador, nada más tener acceso a los intereses comerciales e industriales (clientes, proveedores, etc) se va de la empresa con ellos, puede tener la certeza de que no va a tener que cumplir su pacto. Con estas consecuencias, más le vale a los empresarios, dejar de prever compensaciones económicas durante el contrato de trabajo vinculadas al pacto de no competencia postcontractual y preverlas en el momento extintivo o mediante pago mensual postcontractual. Posibilidad ésta que, como la gran mayoría de las cuestiones laborales, tan sólo podrán asumir las grandes empresas. El tema, en todo caso, es complejo y, ya puestos en una reforma, este pacto es también parte del siglo XXI, sobre todo teniendo en cuenta el exponencial crecimiento de startups (o emergentes) y empresas tecnológicas.