



Roj: **STSJ CV 7945/2009 - ECLI: ES:TSJCV:2009:7945**

Id Cendoj: **46250340012009103012**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2009**

Nº de Recurso: **190/2009**

Nº de Resolución: **3270/2009**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **TERESA PILAR BLANCO PERTEGAZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

2

Recurso nº. 190/09

Recurso contra Sentencia núm. 190/09

Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Teresa Pilar Blanco Pertegaz

Presidente

Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gemma Palomar Chalver

Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos

En Valencia, a diez de noviembre de dos mil nueve.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados citados al margen, ha dictado la siguiente,

#### **SENTENCIA N<sup>o</sup> 3270/2009**

En el Recurso de Suplicación núm. 190/09, interpuesto contra la sentencia de fecha 4 de abril de 2008, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Elche, en los autos núm. 10/08, seguidos sobre cantidad, a instancia de INNOVACIONES DEL VINALOPO SL, asistido por el letrado Jose Angel Sánchez Cantos, contra Herminia, asistida por el letrado Jaime Andres Bañon Gracia, y en los que es recurrente la parte demandante, habiendo actuado como Ponente el/a Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La sentencia recurrida de fecha 4 de abril de 2008, dice en su parte dispositiva: "FALLO: "Que desestimando la demanda interpuesta por Innovaciones del Vinalopó SL contra D<sup>a</sup> Herminia, debo absolver a absuelvo a la demandada de las pretensiones efectuadas en su contra".

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes: "Primero: D<sup>a</sup> Herminia, vino prestando servicios para la empresa Innovaciones del Vinalopó SL con domicilio social en Sax y dedicada a la actividad de venta de material publicitario, con la categoría de representante de ventas, con antigüedad de 26/02/2003 como trabajadora fija ordinaria por contrato indefinido, habiendo tenido anteriores contrataciones temporales con la empresa. Con fecha 3/05/05 se transformó el contrato indefinido ordinario en contrato fijo discontinuo para cubrir las temporadas de venta de la empresa.

Segundo: Que el día 26/02/03, cuando se firmó el contrato indefinido ordinario de la actora, se firmó también por ésta con la empresa documento que consta como documento nº 1 de los aportados por la empresa en su ramo de prueba y que se da por reproducido en este acto a efectos probatorios. En dicho documento se estipuló que:



"En virtud de lo establecido en los art 5 y 21 del ET, por la presente se establece para el trabajador de Innovaciones del Vinalopó SL, Herminia el pacto de no competencia para después de extinguido el último contrato de trabajo que vincule a las partes, una vez finalizadas las prórrogas del inicial contrato, en el caso de producirse y ello por un periodo de 2 años desde la extinción del último contrato de trabajo suscrito con la referida empresa. Asimismo y en virtud de la buena fe contractual y diligencia debida, obligaciones del trabajador de los art 5 y 20 ET, Herminia se compromete a no difundir ni hacer uso indebido o ilícito del know how de Innovaciones del Vinalopó SL, así como de su fondo de comercio e información confidencial, datos todos ellos a los que el trabajador ha tenido acceso en virtud de la vinculación contractual entre las partes, estimando una compensación a Innovaciones del Vinalopó SL, en caso de incumplimiento del pacto en un 25% del total contratado por el agente en las propuestas de pedido del último año, contando desde el último pedido hecho hacía atrás, sin contar lotería ni impuestos, con un mínimo de 4.000 euros.

Asimismo y en cumplimiento del art 21.2 b) del ET que establece la satisfacción de una compensación adecuada para el trabajador por el pacto de no competencia después de extinguido el contrato de trabajo, dicha compensación se estipula en un 1% de la venta del agente llegada a buen fin, exceptuando los impuestos y la venta de lotería. Pagadero cada mes de diciembre sobre todos los pedidos que haya vendido y estén totalmente pagados sobre el año anterior (los pedidos que la empresa logre cobrar con uno o más años de retraso no computarán para esta compensación) y así lo reconoce el trabajador, haciendo renuncia expresa a exigir cualquier otro importe a la finalización del contrato en concepto de dicha compensación."

Tercero: La trabajadora fue llamada por la empresa con fecha 21/12/06 para reanudar la actividad de la empresa para la que está contratada con fecha 22/12/06. Y la trabajadora con fecha 19/01/07 remitió escrito a la empresa, manifestando que ha decidido no incorporarse de nuevo a la actividad.

Cuarto: La empresa actora se dedica a la actividad de venta de material publicitario y de reclamo a las empresas clientes, con objetos como bolígrafos, camisetas, calendarios, mecheros, etc. La empresa que lleva bastantes años con este negocio, tiene un registro de clientes y un método de trabajo en que los representantes de ventas tienen sus zonas asignadas y sus clientes a quienes visitan en fechas determinadas ya planificadas.

Quinto: Con fecha 29/01/07 la actora comenzó a trabajar como representante de ventas para Horizontes y artículos publicitarios SL con domicilio social en Petrel, empresa en la que su gerente había trabajado con anterioridad como jefe de ventas en la empresa actora. Esta empresa tiene como actividad la misma que la empresa actora, que es la venta de material publicitario y de reclamo a las empresas clientes, con objetos como bolígrafos, camisetas, calendarios, mecheros, etc. Y en la misma la actora, como intermediadora en las ventas de ese material publicitario, tiene asignadas zonas en las que también vino trabajando en la empresa actora como son Jaén, Valencia y Palma de Mallorca, y en las mismas visita a clientes que tenía con la anterior empresa, con anterioridad a las fechas en que se efectuaban las visitas con la empresa actora y con precios más bajos, no comunicando la demandada en ocasiones a los clientes que ya no trabajaba para la actora y si para una nueva empresa y cuando llegaban los vendedores de la actora ya se habían efectuado los pedidos a la demandada.

Sexto: Lo contratado por la actora durante el año anterior al cese por venta llegada a buen fin, exceptuando los impuestos y la venta de lotería, por todos los pedidos vendidos y totalmente pagados, asciende a 22.693,67 euros.

Séptimo: Que se ha celebrado Acto de Conciliación ante el S.M.A.C. de Alicante con fecha 21/11/07 con el resultado de intentado sin efecto.

Octavo: Consta abonado a la demandada por la empresa y por el pacto de no competencia las cantidades de 427,87 euros por 2005 y 1.019,47 euros por 2006."

TERCERO.- Que contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandante, habiendo sido impugnado. Recibidos los autos en esta Sala, se acordó la formación del rollo correspondiente y su pase al Ponente.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se fundamenta el único motivo del recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandante contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Elche que desestima la demanda sobre reclamación de indemnización por incumplimiento del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.



En el único motivo del recurso se imputa a la sentencia de instancia la incorrecta aplicación de lo establecido en los artículos 21.2 y 9.1 del Estatuto de los Trabajadores, así como de los artículos 1.098 y siguientes del Código Civil relativos a la naturaleza y efectos de las obligaciones (en especial, artículos 1.101 y 1.107 del dicho cuerpo legal) y de la jurisprudencia existente respecto de dichos preceptos, citando dos sentencias de esta Sala que si bien tienen valor ilustrativo, no constituyen jurisprudencia a efectos del extraordinario recurso de suplicación, como se desprende de lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil.

En primer lugar razona la recurrente que si el pacto de no competencia postcontractual existente entre las partes se considera abusivo por exceder su duración de seis meses desde la finalización del contrato, en concreto se pacta una duración de dos años a contar desde la extinción del último contrato, dicha duración debería de ser sustituida por el plazo de seis meses establecido para el resto de los trabajadores en el art. 21.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y ello en aplicación de lo dispuesto en el art. 9.1 del mismo texto legal, sin que quepa por ello declarar nulo el indicado pacto.

El razonamiento expuesto ha de ser acogido favorablemente por cuanto que como ya ha señalado nuestro Alto Tribunal ( Sala de lo Social, Sección 1) en su reciente sentencia de 10 febrero 2009 "debe recordarse que el apartado primero del art. 9.1 ET dispone que «si resultase nulo sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados»; con ello viene a consagrarse el régimen común de la nulidad parcial del negocio jurídico, consistente en la eliminación de las cláusulas opuestas a preceptos imperativos y su preceptiva sustitución por el contenido por las normas de Derecho necesario eludidas, evitando así el fraude de ley e integrando -frente a la nulidad parcial conservadora- lo que se denomina nulidad parcial coactiva o imperativa (entre las recientes de la Sala Primera, SSTS 03/10/08 (RJ 2008, 2922) -rec. 3962/00- y 25/09/06 (RJ 2006, 6577) -rec. 4815/99 -). Con ello resulta claro que el establecimiento -en el caso debatido- de un pacto de no concurrencia por dos años resulta nulo en tal extensión temporal, pero válido en la que legalmente le correspondía de seis meses, de acuerdo con lo establecido en el art. 21.2 ETy en razón a que el trabajador no ostentaba la cualidad de técnico [sobre este punto no se ha planteado cuestión]."

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso lleva a concluir que el pacto de no competencia postcontractual, si bien no podía extender su duración al período de dos años que se estipuló habida cuenta que la demandada prestó servicios para la demandante como representante de ventas y por tanto no era un Técnico, dicha extralimitación no conlleva la nulidad del indicado pacto de no competencia sino tan solo la nulidad de la extensión temporal pactada en el mismo por ser abusiva, teniendo que entenderse sustituida por la de seis meses que establece el art. 21. 2 párrafo 1 para el resto de trabajadores que no son técnicos.

A continuación combate la defensa de la recurrente la apreciación que efectúa la sentencia de instancia sobre la falta de proporción entre la compensación recibida por la trabajadora demandada y la indemnización establecida a favor de la empresa demandante en caso de incumplimiento por aquella del pacto de no competencia. Tras afirmar la empresa demandante que resulta equilibrada la compensación percibida por la demandada y que consistía en el 1% de las ventas anuales conseguidas por la misma, con la indemnización establecida a favor de la empresa consistente en el 25% de las ventas del último año a contar desde la extinción del último de los contratos, aduce que incluso aunque se apreciase falta de proporción entre una y otra la consecuencia jurídica no sería la nulidad del pacto de competencia postcontractual sino que lo que cabría es una moderación de la indemnización a satisfacer por la trabajadora por el incumplimiento y que en todo caso se tendría que condenar a la indicada trabajadora a devolver a la demandante las cantidades satisfechas por la existencia del referido pacto y cuya cifra asciende a 1.44,34 euros.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 21-1-04, recurso 1707/2003, con cita de su sentencia de 24- 9-90, señala que, "el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en cuanto supone una restricción de la libertad en el trabajo consagrado en el art. 35 C. E ., y del que es reflejo el art. 4-1 E. T ., recogido en el art. 21-2 E. T . y en el art. 8-3 del Decreto regulador de esta relación especial, preceptos similares, requieren para su validez y licitud aparte de su limitación en el tiempo, la concurrencia de dos requisitos, por un lado, que se justifique un interés comercial o industrial por el empresario, por otro que se establezca una compensación económica; existe por tanto un doble interés: para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas; para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo; estamos, pues, ante obligaciones bilaterales, recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del art. 1256 del C. Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes contratantes; dicha cláusula tiene naturaleza indemnizatoria; su incumplimiento por alguna de las partes, da lugar a la indemnización de daños y perjuicios, extinguiéndose el pacto por aplicación de lo dispuesto en el art. 1101 del C. Civil ; estos, de acuerdo con el art. 1167 del C. Civil se concretaron en los previstos o que se hayan podido prever al constituirse la obligación y que sean consecuencias necesarias de su falta de cumplimiento...".



En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se constata que la trabajadora demandada a escasos días de su baja voluntaria en la empresa demandante inicia el desempeño del trabajo que venía realizando para aquella pero por cuenta y orden de una empresa distinta, dedicada a la misma actividad y utilizando los contactos y los clientes de la empresa demandante que intenta desviar con éxito a la nueva empresa, lo que revela el incumplimiento por parte de la demandada del pacto de no competencia postcontractual cuya justificación es evidente dado el interés comercial de la empresa demandante en evitar precisamente la actuación llevada a cabo por la demandada, lo que se discute es la proporción o equilibrio entre las contraprestaciones establecidas en el indicado pacto, ya que el incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual suscrito entre las partes lleva aparejada una compensación del 25% del total contratado por la demandada en las propuestas de pedido del último año, contando desde el último pedido hecho hacia atrás, sin contar lotería ni impuestos, con un mínimo de 4.000 euros, mientras que la compensación percibida por la demandante consiste en el 1% de la venta de la demandada que llegue a buen fin, exceptuando sobre todos los pedidos que haya vendido y estén totalmente pagados sobre el año anterior (los pedidos que la empresa logre cobrar con uno o más años de retraso no computarán para esta compensación) lotería e impuestos, habiendo percibido la demandada por la indicada compensación la cantidad de 427,87 euros por 2005 y la cantidad de 1.019,47 por 2006. Al comparar las compensaciones establecidas a favor de la demandada por el pacto de no competencia postcontractual y a favor de la demandante para el caso de incumplimiento del indicado pacto se evidencia una importante desigualdad, por más que la misma se minore paulatinamente conforme aumentan los años de prestación de servicios de la trabajadora para la demandante. Apreciada la desigualdad del pacto y el carácter abusivo del mismo, pues, no puede desconocerse la desigual situación de las partes al suscribirlo y el condicionante que la firma del mismo supuso en orden a posibilitar el contrato de trabajo de la demandada, se ha de dilucidar si dicha desigualdad determina la nulidad del pacto o solo determina, como pretende la recurrente, la moderación de la indemnización pactada a favor de la empresa por incumplimiento del pacto de no competencia, en cuantía igual a la percibida por la demandada por el indicado pacto, cuestión esta última que no se puede considerar una cuestión nueva, como aduce la demandada en su escrito de impugnación por cuanto que quien pide lo más pide lo menos.

Para resolver la cuestión expuesta se ha de estar a la doctrina establecida por la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2002, rec. 3669/2001, según la cual es nula "la cláusula litigiosa al no respetar el necesario equilibrio entre los derechos y deberes que en los contratos sinalagmáticos debe asumir cada contratante, con el fin de que no quede al arbitrio de uno sólo de ellos la validez y el cumplimiento ( art. 1256 del Código Civil)" y si es nulo el pacto de no competencia postcontractual ninguna indemnización puede derivarse de su incumplimiento por lo que al haberlo apreciado así la sentencia de instancia procede su confirmación, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto, teniendo que hacer hincapié tan solo en que lo que se solicita por la empresa recurrente en la presente litis es la indemnización derivada del incumplimiento del pacto de no competencia postcontractual si bien, con carácter subsidiario, reducida a la cuantía de la compensación abonada a la demandada por el indicado pacto, pero no se isnta la devolución de lo percibido por la trabajadora por el susodicho pacto como consecuencia de la nulidad del mismo.

SEGUNDO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa Innovaciones del Vinalopó, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Elche y su provincia, de fecha de 4 de abril de 2008, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra D.<sup>a</sup> Herminia ; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación o, en su caso, al aval el destino previsto legalmente.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

La presente Sentencia, que se notificará a las partes y al Ministerio Fiscal, no es firme; póngase certificación literal de la misma en el rollo que se archivará en este Tribunal y también en los autos, que se devolverán al Juzgado de procedencia tan pronto adquiera firmeza para su ejecución.



Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior Sentencia ha sido leída en audiencia pública por el/a Ilmo/a Sr/a Magistrado/a Ponente que en ella consta en el día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ