



Roj: **STS 3537/2009 - ECLI:ES:TS:2009:3537**

Id Cendoj: **28079140012009100356**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/05/2009**

Nº de Recurso: **1097/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIANO SAMPEDRO CORRAL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 2844/2008,**
STS 3537/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a catorce de Mayo de dos mil nueve

Vistos los presentes autos, pendientes ante esta Sala, en virtud de recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D^a Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de SAC MAKER, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 18 de febrero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 5496/07, interpuesto por D. Juan Enrique contra la sentencia dictada en 2 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en los autos núm. 205/2007 seguidos a instancia de D. Juan Enrique , sobre reclamación de cantidad.

Es parte recurrida D. Juan Enrique , representada por el Letrado D^a Carmen Arias Molero.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. **Mariano Sampedro Corral** ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dictada por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid, contenía como hechos probados: "PRIMERO. D. Juan Enrique , el día 17 de abril de 2006, suscribió contrato de trabajo por tiempo indefinido con la empresa SAC MARKER, S.A. para prestar servicios come Programador de aplicaciones INF, categoría de operador, duración indefinida. Consta en el contrato: "Que la empresa realiza una actividad industrial de tecnología avanzada en la que los conocimientos técnicos adquiridos por el trabajador tienen un valor patrimonial muy significativo, necesario para la continuidad de la empresa". "Segunda.- El trabajador percibirá en concepto de retribución la cantidad total de 40.000 (cuarenta mil euros, distribuidos de la siguiente forma: - Importe de 37.000 euros en concepto de salario base y complementos salariales. - Importe de 3.000 euros por Pacto de No Competencia reflejado en el apartado A) de la cláusula séptima del presente contrato". Y como cláusula 7^a : "El trabajador se obliga, mientras se mantenga la relación laboral con la empresa, a no prestar servicios a otras personas, físicas o jurídicas, cuyo interés comercial pueda coincidir o entrar en competencia con el de la empresa, así como a mantener la más estricta confidencialidad sobre cualquier tipo de información a la que hubiera podido tener acceso como consecuencia de la relación laboral mantenida con la empresa. El incumplimiento por parte de el trabajador de la obligación antes señalada, será considerado como una falta muy grave y que podrá dar lugar a la justa extinción del contrato de trabajo. Expresamente, ambas partes acuerdan que la obligación antes señalada se mantendrá hasta transcurridos 6 (seis) meses después de finalizado el contrato de trabajo, cualquiera que fuera la causa de terminación del mismo. Como contraprestación económica por la obligación del trabajador de cumplir con la presente cláusula de no competencia una vez finalizado el contrato de trabajo y durante el plazo establecido, el trabajador recibirá los siguientes importes: A) Una cantidad fija anual de 3.000 euros, que percibirá durante la vigencia de su relación laboral, simultáneamente a sus percepciones salariales. B) Una cantidad de 8.000 euros, que



percibirá el trabajador transcurrido el plazo de 6 meses desde la finalización del contrato,..... y siempre y cuando hubiera cumplido las obligaciones descritas. En caso de incumplimiento por el trabajador de cualquiera de las obligaciones descritas en el Pacto de no competencia -y confidencialidad durante el periodo de 6 (seis) meses siguientes a la finalización del contrato, el trabajador perderá el derecho a percibir el importe descrito en el apartado B) anterior y además deberá indemnizar a la empresa, estableciéndose en concepto de cláusula penal una cantidad que será igual a la suma de la totalidad de las cantidades percibidas en concepto de compensación económica por pacto de no competencia, desde la entrada en vigor del presente contrato, según se establece en el apartado A) anterior. El derecho de la indemnización a favor de la empresa surgirá desde el momento en que se aprecie el incumplimiento del pacto, aunque no hayan transcurrido todavía los seis meses desde la extinción de la relación laboral. No obstante, la empresa podrá dejar sin efecto el pacto de no competencia postcontractual y renunciar, en consecuencia, al derecho contemplado en el mismo, exonerando del cumplimiento de dicho pacto a el trabajador ahora contratado, si así fuera decidido por la empresa y notificado de manera fehaciente a el trabajador dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de efectos de la extinción de la relación laboral. En el supuesto de que la empresa renuncie al derecho de exigencia de la cláusula de no competencia postcontractual, el trabajador no devengará la indemnización de 8.000 euros acordada en el párrafo 5 B) de esta cláusula y sin que, por otro lado, tenga que devolver cantidad alguna de lo percibido durante la vigencia de su relación laboral, en concepto de contraprestación económica por el pacto de no competencia, renunciando la empresa, en consecuencia, a la cantidad que por ese concepto haya sido por ella abonada durante la vigencia de la relación laboral". Se pacta como cláusula 9ª : "Si el trabajador manifestase su voluntad de rescindir su contrato de trabajo con la empresa, deberá mediar un preaviso mínimo de 30 (treinta) días laborables, de acuerdo con el calendario laboral anual vigente en la empresa". Se dan por reproducidos los folios 74 a 78. El período de prueba es de 5 meses. SEGUNDO.- La empresa emite una transferencia a través del Bankinter (folio 84). TERCERO. El actor percibió la siguiente retribución: S. base Mej.Vol Pacto no comp - 17 a 30 abril ... 360,48.....672,86..... 116,67 - mayo 772,45.....1.870,41.....250,00 - junio..... 772,45.... 1.870,41.....250,00 CUARTO. El actor, el lunes 3 de julio, no acudió a trabajar. El último día que acudió a trabajar fue el 30 de junio (viernes). El actor comenzó a trabajar el lunes 3 de julio en una empresa de consultoría. QUINTO.- El actor remitió burofax a la empresa, el 4 de julio, y se recibió al día siguiente del siguiente contenido: "Según art. 14.2 E.T. y cláusula 4ª contrato, comunico resolución relación laboral con efectos esta misma fecha". (Folio 81). SEXTO.- El actor remite a la empresa comunicación solicitando el pago p.p. pagas, vacaciones y 8.000 euros como pacto de no competencia (folio 31). La empresa remite al actor el escrito que obra en folio 33 y se da por reproducido. SEPTIMO.- Se presenta papeleta de conciliación ante el SMAC el 12.2.2007, se celebra sin efecto el 23.2.2007 y se presenta demanda el 28.2.2007.". El Fallo de la misma sentencia es el siguiente: "Estimando en parte la demanda, condeno a la empresa SAC MAKER S.A., a abonar a D. Juan Enrique la cantidad de 1.827,95 euros."

SEGUNDO.- La sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia ha mantenido íntegramente el relato de los hechos probados de la sentencia de instancia. El tenor literal de la parte dispositiva de la sentencia de suplicación es el siguiente: "Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Juan Enrique contra sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 18 de Madrid, de 2-7-2007 , autos 205/2007, seguidos a instancia del actor contra SAC MAKER, S.A. y revocando en parte dicha sentencia, debemos condenar y condenamos a dicha empresa a abonar al actor, además de la cantidad fijada en el fallo de la resolución judicial recurrida, la de 8.000 euros, en concepto de compensación derivada del pacto de no competencia."

TERCERO.- La parte recurrente selecciona como sentencia de contraste, de entre las señaladas como contradictorias con la sentencia impugnada la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 20 de diciembre de 2005 (Rec. 5411/05); habiendo sido aportada la oportuna certificación de la misma.

CUARTO.- El escrito de formalización del presente recurso lleva fecha de entrada en el Registro General de este Tribunal Supremo en fecha 10 de abril de 2008 . En él se alega como motivo de casación, la infracción de los artículos 14.2 y 21.2 del Estatuto de los Trabajadores , así como la doctrina jurisprudencial que lo interpreta.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala dictada el 27 de noviembre de 2008 , se admitió a trámite el recurso dándose traslado de la interposición del mismo a la parte recurrida personada, por el plazo de diez días, presentándose escrito por la misma alegando lo que consideró oportuno.

SEXTO.- Trasladas las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, dictaminó en el sentido de considerar procedente el recurso. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose día para la votación y fallo que ha tenido lugar el 6 de mayo de 2009.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO.- La cuestión litigiosa consiste en determinar si una vez extinguido el contrato laboral por voluntad del trabajador, durante el periodo de prueba, éste devenga la cantidad correspondiente al pacto de no concurrencia pactado para después de extinguirse el contrato. Conforme el artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) ha de examinarse, en primer lugar, si concurre en el presente recurso el presupuesto procesal de caducidad; a cuyo efecto es de hacer las consideraciones que se pasan a exponer:

1º.- Según hechos probados el actor inicio su relación laboral el día 17 de abril de 2006, para prestar servicios como programador de aplicaciones INF, con categoría de operador, siendo la actividad de la empresa de tecnología avanzada en la que los conocimientos técnicos adquiridos por el trabajador tienen un valor muy significativo para la continuidad de aquella. Por ello se pactó, entre otras cláusulas, un pacto de no concurrencia post- contractual, por un periodo de 6 meses, cualquiera que fuere la causa de extinción del contrato, estableciéndose una compensación económica de 8.000 €. El día 4 de julio de 2006, el actor remitió burofax, comunicando la resolución del contrato con esa misma fecha, que estaba dentro del periodo de prueba de 6 meses establecido en el contrato, y desde tal momento comenzó a prestar servicios para una empresa de consultoría. El demandante reclama el abono de la cantidad pactada en concepto de compensación por haber respetado el pacto de no concurrencia durante el tiempo establecido.-

La sentencia ahora recurrida del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de febrero de 2008 (Rec. 5496/07), estima el recurso del trabajador y condena a la empresa al abono de la cantidad correspondiente por el pacto de no concurrencia post - contractual. La Sala, señala que las partes, en aplicación de los arts 14.2 y 21.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), hicieron uso del pacto con reciprocas obligaciones, dada la índole de la actividad de la empresa. Razona que si por cualquiera de los contratantes se pone fin a la relación - incluido el desistimiento durante el periodo de prueba -debe entrar en juego el pacto post contractual. Y sin que existan razones para entender la suspensión o no aplicación del mismo durante el período de prueba.

La parte demandada ha recurrido la anterior sentencia en casación unificadora, alegando infracción de los arts 14.2, y 21.2 ET y la doctrina jurisprudencial que establece la nulidad del pacto contractual de renuncia por parte de la empresa al pacto de no concurrencia firmado con el trabajador, invocando como contradictoria la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de diciembre de 2005 (Rec. 5411/05), - seleccionada mediante escrito de 5 de septiembre de 2008 -.

2.- La sentencia contraria resuelve un litigio similar al actual, en el que el trabajador, con categoría de operador informático, causó baja voluntaria durante el período de prueba y en la que sin embargo se desestima la demanda del actor en reclamación de cantidad con fundamento también en el cumplimiento del pacto de no concurrencia post contractual.

3.- Un examen comparativo entre las sentencias recurrida e impugnada permite concluir que el presente recurso cumple con el presupuesto procesal de contradicción en la triple vertiente de hechos, fundamentos y pretensiones ante litigantes en la misma situación jurídica exigido por el artículo 217 LPL . En efecto: 1) en uno y otro caso, la empleadora es la misma, al igual que la categoría de los trabajadores, los contratos presentan una redacción, no solo parecida, sino idéntica en los aspectos que ahora interesa y, finalmente, se pacta una cláusula de no competencia y de confidencialidad mientras dure la relación contractual y la proroga de dicha obligación hasta "transcurridos 6 meses después de finalizado el contrato de trabajo, cualquiera que fuera la causa de terminación del mismo", estableciéndose la correspondiente contraprestación económica (8.000 € en la recurrida y 3.000 € en la de contraste) siempre que se hubieran cumplido las obligaciones establecidas. Se establece, también, que en el supuesto de incumplimiento, el trabajador perderá el derecho a percibir el importe y además deberá indemnizar a la empresa en concepto de cláusula penal en las condiciones señaladas y que la empresa podrá dejar sin efecto el pacto de no competencia post contractual y renunciar al derecho contemplado en el mismo, exonerando del cumplimiento al trabajador dentro del plazo establecido en cuyo caso el trabajador no devengará el derecho a la indemnización. 2) Concurre, además, la identidad fáctica, en lo relativo a la extinción de la relación laboral por voluntad del trabajador durante el periodo de prueba. Se entiende que no quiebra esta igualdad, el hecho de que en la referencial la empresa requiriera al trabajador para el cumplimiento del pacto, pues si bien en la impugnada no existe expresamente dicha exigencia, tácitamente si concurre en cuanto la mercantil no hizo uso de su derecho a no exigir el cumplimiento

3.- No obstante esta igualdad sustancial los pronunciamientos de las sentencias en comparación son diferentes, al igual que los razonamientos empleados para alcanzar soluciones divergentes: 1) La resolución judicial recurrida argumenta que no hay razón para excluir la aplicación del pacto en el supuesto de que la causa extintiva se deba a la voluntad unilateral de la parte durante el período de prueba - sea el empresario o el trabajador-, ya que los efectos del cumplimiento del pacto deben ser respetados por ambas partes y sea cual fuere el tiempo desde que se inicio la relación, de modo que, los derechos y obligaciones que el contrato prevé son los que le corresponden al trabajador, a todos los efectos, durante el periodo de prueba, salvo los que se refieren a la resolución del contrato y entender lo contrario supondría una especie de tácita suspensión



del pacto durante dicho periodo, cuya vigencia coincide con la fecha de inicio de relación laboral. Se añade, además, que ambas partes acordaron que la obligación se mantendrá hasta transcurridos 6 meses después de la extinción del contrato, "cualquiera que fuera la causa de finalización del mismo" y que una de estas causas puede ser el desistimiento. Por otra parte, la demandada se reservó la posibilidad de dejar sin efecto el pacto de competencia post contractual y no lo aplicó.

La sentencia contraria, entiende que el Estatuto de los Trabajadores (ET) configura el periodo de prueba como una fase preliminar del contrato, en la que éste aun no ha alcanzado toda su plenitud y, en aplicación del artº 14 ET, considera que el pacto en el que se acuerda la existencia del periodo de prueba, suspende durante la permanencia del mismo determinados efectos del contrato laboral, en concreto, los de pertenecer a la plantilla y los derivados de la resolución de la relación laboral. Según esta resolución, estos derechos únicamente entran en vigor si se supera el periodo de prueba a satisfacción de ambas partes, pero antes no otorga al trabajador derecho alguno derivado de la resolución de la relación laboral. Siendo intrascendente el requerimiento que hace la empresa al actor para que cumpla el acto, pues este no entraría en vigor al haber cesado durante el periodo de prueba.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa ha sido ya, unificada por esta Sala, en su reciente sentencia de 6 de febrero de 2009 (Rec. 665/2008), que desestima un recurso sustancialmente igual al presente interpuesto por el empleador, en el que también se alegaba violación de los artículos 14.2 y 21.2 del Estatuto de los Trabajadores . A tenor de esta sentencia:

1.- El período de prueba es una institución que permite a cualquiera de las partes que intervienen en el contrato de trabajo rescindir unilateralmente el mismo, por su sola y exclusiva voluntad, sin necesidad de cumplir ninguna exigencia especial al respecto, bastando con que el periodo de prueba este todavía vigente y que el empresario o el empleado extinga la relación laboral, sin que sea preciso para ello llevar a cabo ninguna clase especial de comunicación, ni especificar la causa que ha determinado tal decisión finalizadora, pues su motivación es meramente subjetiva de quien la adoptó, salvo que la decisión este motivada por razón discriminatoria que viole el art. 14 C.E . o vulnere cualquier otro derecho fundamental," (entre otras, sentencia de esta Sala de 2 de abril de 2007, Rec. 5013/05).

2.- De otra parte, como ha afirmado esta Sala (STS de 5 de abril de 2004, Rec. 2468/03), reiterando la doctrina establecida en la de 24/9/90: "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..."

3.- Aparte de esta constatación se llega a la conclusión de que la doctrina correcta se contiene en la sentencia recurrida y no en la de contraste, porque la condición resolutoria, implícita en el período de prueba, hace referencia únicamente a la posibilidad de resolverlo mientras transcurre dicho período por voluntad unilateral de cualquiera de las partes, pero no afecta a la eficacia jurídica de los pactos establecidos para surtir efectos después de extinguido el contrato como ocurre con el pacto de no competencia postcontractual. Durante el periodo de prueba el contrato surte sus plenos efectos como si se hubiese celebrado sin condicionamiento resolutorio alguno, y, si se activa esta condición resolutoria, cesarán sus efectos, salvo aquellos pactados precisamente para después de extinguido, del mismo modo que si la extinción hubiese tenido lugar después del transcurso de dicho período de prueba, tanto más cuanto que en este supuesto se pactó la indemnización para el caso de terminación del contrato "cualquiera que sea su causa".

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), 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), expectativas que quedarían frustradas si la eficacia del referido pacto dependiese del árbitro de cualquiera de las partes. Precisamente, en nuestra citada sentencia de 5/4/04 se declara nula la cláusula por la que el empresario queda autorizado a rescindir de forma unilateral el pacto de no competencia postcontractual, y el mismo resultado se produciría si admitiésemos el mismo efecto extintivo del pacto de no competencia por la libre resolución del contrato de trabajo por el empresario durante el período de prueba.



En definitiva, se trata de un pacto asumido libremente por los contratantes y que responde a la finalidad prevista en el art. 21 del ET, sin que se haya puesto de relieve por ninguna de las partes que resulte abusivo o contrario a la buena fe.

TERCERO.- En virtud de lo antes razonado, y de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, procede desestimar el recurso de la empresa, a la que deben imponerse las costas del recurso, decretándose la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Por lo expuesto, en nombre de S. M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la UNIFICACION DE DOCTRINA, interpuesto por el Procurador D^a Rocío Sampere Meneses, en nombre y representación de SAC MAKER, S.A., contra la sentencia dictada en fecha 18 de febrero de 2008 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Suplicación núm. 5496/07, interpuesto por D. Juan Enrique contra la sentencia dictada en 2 de julio de 2007 por el Juzgado de lo Social nº 18 de Madrid en los autos núm. 205/2007 seguidos a instancia de D. Juan Enrique, sobre reclamación de cantidad. Se imponen las costas a la recurrente del recurso, y se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Devuélvanse las actuaciones al Organismo Jurisdiccional correspondiente, con la certificación y comunicación de esta resolución.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Mariano Sampedro Corral hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.