



Roj: **ATS 8927/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:8927A**

Id Cendoj: **28079140012019202150**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/07/2019**

Nº de Recurso: **4252/2018**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **ANTONIO VICENTE SEMPERE NAVARRO**

Tipo de Resolución: **Auto**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Fecha del auto: 18/07/2019

Tipo de procedimiento: UNIFICACIÓN DOCTRINA

Número del procedimiento: 4252/2018

Fallo/Acuerdo:

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Procedencia: T.S.J. MADRID SOCIAL SEC. 3

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: CAG/R

Nota:

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 4252/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Auto núm. /

Excmo. Sr. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D. Antonio V. Sempere Navarro

D^a. Concepcion Rosario Ureste Garcia

En Madrid, a 18 de julio de 2019.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio V. Sempere Navarro.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social N.º 37 de los de Madrid se dictó sentencia en fecha 30 de junio de 2017, en el procedimiento n.º 366/2016 seguido a instancia de Lefevre-El Derecho SL contra D. Pedro Francisco, sobre reclamación de cantidad, que estimaba en parte la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por ambas partes, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en fecha 20 de julio de 2018, que desestimaba el recurso interpuesto por la demandante, estimaba en parte el interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocaba parcialmente la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 18 de octubre de 2018 se formalizó por el letrado D. José Ignacio Collado Arranz en nombre y representación de D. Pedro Francisco, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 9 de mayo de 2019, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de cinco días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, de 31 de enero de 2017 (R. 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (R. 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (R. 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (R. 2734/2015)]. Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales [sentencias de 8 de febrero de 2017 (R. 614/2015), 6 de abril de 2017 (R. 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (R. 1201/2015)].

En los autos la sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por la empresa, Francis-Lefevre-El Derecho SL, frente al trabajador y condenó a este a abonarle la cantidad de 89.245,07 euros en concepto de compensaciones por incumplimiento de pacto de no competencia. La sentencia aquí recurrida, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de julio de 2018 (R. 950/2017), estima en parte el recurso del trabajador demandado y desestima íntegramente el de la empresa actora, y revoca la anterior resolución en el sentido de reducir la cantidad objeto de condena a 44.622,53 euros.

Consta que el demandado vino prestando servicios para la empresa desde el 15 de noviembre de 2008, como Jefe de Grandes Cuentas. En la cláusula séptima del contrato de trabajo se establecía pacto de no concurrencia, en los términos siguientes: "Rescindido el presente contrato por cualquier causa o motivo, el jefe de Grandes Cuentas se compromete a no emprender actividad ni desempeñar tarea alguna, ya sea por cuenta propia o ajena, que entre en concurrencia con las actividades de la Editorial (...). El período de duración de esta prohibición se pacta por un año a contar desde la fecha de resolución del contrato. Como contraprestación y durante el tiempo de duración de la prestación de concurrencia, el trabajador, recibirá una cantidad mensual igual al 50% de: a) El salario fijo mensual en el mes anterior al de la resolución del contrato y, b) El importe resultante de dividir entre doce la cuantía de la retribución variable devengada en el último ejercicio. c) A estas cantidades se aplicarán las deducciones que legalmente correspondan. d) La editorial podrá optar en todo caso y durante un plazo de 15 días a contar desde la fecha de extinción de la relación laboral, por desistir del presente pacto de no concurrencia, en cuyo caso no tendrá obligación de abonar cantidad alguna, liberándose ambas partes de los compromisos aquí adquiridos. El incumplimiento del presente pacto determinará la pérdida de cantidades referidas en el apartado segundo de ésta cláusula y obligará al Jefe de Grandes Cuentas a abonar a la Editorial una cantidad equivalente a la retribución percibida o que hubiera podido percibir por todos los conceptos durante el último año de vigencia del contrato, así como a la indemnización de daños y perjuicios causados. EL Jefe de Grandes Cuentas se compromete a lo largo de toda la vida de vigencia del contrato y sus prórrogas y durante el año siguiente a su finalización, a no llevar a cabo contactos profesionales con el personal de la Editorial que tengan por objeto facilitar la contratación del referido personal por parte de un tercero, en perjuicio de alguna de las áreas de actividad de la empresa. El referido compromiso vinculará al



Jefe de Grandes Cuentas, cualquiera que fuera la actividad o función que llevara a cabo una vez finalizado su contrato, y su incumplimiento conllevará en su caso, la pérdida de las cantidades referidas en el apartado segundo de esta misma cláusula y el abono de una indemnización por los daños y perjuicios que la referida conducta hubiera ocasionado a la Editorial". El 8 de julio de 2015 el demandado comunicó a la empresa su decisión de poner fin a su relación laboral con efectos de 31 de julio de 2015; empezó a prestar servicios para Wolters Kluwer España el 16 de julio de 2015 como Director de Grandes Cuentas con nivel retributivo 1. Esta empresa es competidora directa de la actora siendo éste un hecho no controvertido. La empresa demandante abonó al demandado en diferentes pagos la cantidad total de 44.532,48 euros brutos (netos 36.865,88 euros) en concepto del 50% de las cantidades a que se refiere el pacto de no competencia, cantidades que han sido devueltas a la empresa por el demandado. Desde la extinción de la relación laboral del demandado con la parte actora hasta un año después, se ha producido una cancelación de suscripciones de importe superior a 5.000 euros anuales, que ha supuesto una bajada de facturación de 231.446,72 euros.

En suplicación la actora solicita el abono de 153.697,53 euros y el demandado, la declaración de ser nulo el pacto suscrito. La Sala considera que el pacto de no competencia hecho en interés de ambos contratantes es válido al cumplir las exigencias del artículo 21.2 ET, lo que no quiere decir que todas sus cláusulas lo sean. Al efecto, una interpretación inicial del pacto supone entender que el trabajador, cumpliendo la obligación de no concurrencia, tendría el derecho durante un año al abono mensual del 50% de su retribución, e incumpléndolo estaría obligado a indemnizar a la empresa con el 100% de su última retribución anual "así como a la indemnización de daños y perjuicios". El Tribunal entiende que es manifiesta la desproporción y duplicidad de esta previsión, en cuanto se añade un derecho indemnizatorio indeterminado a un pacto donde consta cuantificada la indemnización por incumplimiento, y, por lo tanto, este aditamento hay que declararlo nulo. Por otro lado, si el interés económico del compromiso de no competencia se cuantificó en un 50% de la retribución anual del trabajador es también injustificable por suponer un abuso, pretender una indemnización del 100% de la retribución del trabajador: el interés económico está cuantificado en el 50% de la retribución anual y debe funcionar tanto en favor del trabajador si cumple, cuanto a favor de la empresa si incumple. Concluyendo, en consecuencia, que la compensación que fija la sentencia ha de reducirse al 50%, estimándose en este punto el recurso del trabajador, y desestimando el de la empresa.

El recurso de casación para unificación de doctrina se interpone por el trabajador demandado y tiene por objeto la declaración de nulidad del pacto de no competencia postcontractual suscrito en su día, absolviéndole de pago de toda cantidad.

Se alega como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 20 de junio de 2016 (R. 351/2016), que desestima el recurso de suplicación interpuesto por la empresa, Llorente & Cuenca Madrid SL (LL&C), y confirma sentencia de instancia, que desestimó su demanda en reclamación de la compensación por el pacto de no competencia postcontractual deducida frente a la trabajadora, al entender que la cláusula en cuestión era abusiva y contraria al principio de buena fe.

En tal supuesto consta que la trabajadora comenzó su relación laboral con la empresa el 5 de octubre de 2009, a través de un contrato en prácticas, sin tener experiencia previa en el campo de la consultoría de comunicación, acordándose en fecha 4 de abril de 2010, la conversión en indefinido, suscribiendo un Anexo al contrato estableciendo, entre otros pactos, una cláusula de no competencia postcontractual. En ella se dice que la empresa puede exigir al trabajador la obligación de no competir durante un período de nueve meses tras la extinción del contrato, para lo cual la empresa puede exigir por escrito al trabajador en un período máximo de 15 días desde la fecha de extinción del contrato la obligación de no competencia postcontractual pactada, debiendo indemnizar al trabajador con una cantidad mensual que, sumada al salario o cualquier otra retribución que obtuviese el trabajador por prestar servicios en otras nuevas contrataciones no competitivas, alcance el 50% del salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias que percibía el trabajador en LL&C durante dichos nueve meses. Asimismo, se establece que en caso de que el trabajador incumpla el pacto debe indemnizar a la empresa abonando con una cantidad igual al 50% de nueve meses de su último salario bruto anual, con prorrata de pagas extraordinarias, sin perjuicio del derecho de la empresa de reclamar al trabajador los daños y perjuicios que se hubiesen causado. En fecha 5 de noviembre de 2014, la trabajadora cursó baja voluntaria, recordándole la empresa el pacto de no competencia postcontractual. En cumplimiento de la obligación derivada del Anexo al contrato de trabajo la empresa realizó dos transferencias bancarias, la primera en diciembre de 2014 al cumplirse el primer mes de la baja, por importe de 782,26 euros y la segunda en enero de 2015, que fueron devueltas por la trabajadora. La trabajadora presta servicios desde el 10 de noviembre de 2014, como Executive Associate, para Kreab Gavin Anderson Iberia, empresa competidora de LL&C, que ofrece servicios en comunicación financiera, comunicación corporativa y public affairs.

La Sala de suplicación, por remisión a lo resuelto en otras sentencias del propio Tribunal, que transcribe, concluye que en el caso resulta que de la compensación pactada la empresa podía descontar el salario



percibido por la trabajadora por prestar servicios en otra empresa, incluso no competidora, lo que poco o nada dice a favor de su pretendido carácter adecuado para compensar los sacrificios derivados del pacto de no competencia. Tampoco se abonaron (o se intentaron abonar) más de dos mensualidades de la compensación fijada con cargo a la empresa, con lo cual, no puede hablarse de una compensación apropiada ni adecuada, habida cuenta, además, la evidente falta de correspondencia entre ambos compromisos, el del trabajador y el de la empresa. Tampoco cabe acoger el argumento de que solo procedería, con carácter subsidiario a lo anterior, declarar la nulidad parcial de la cláusula en el apartado relativo a poder descontar las cantidades abonadas por empresas no competidoras, a efectos de establecer la compensación a abonar por parte de la empresa, por cuanto aun así las cantidades resultantes serían claramente insuficientes, por escasas, y en modo alguno abarcarían lo comprometido y abonado por la empresa por dicho concepto. Ni, por último, se infringe el art. 1256 CCivil, habida cuenta que la exigencia del pacto queda sujeta, dados los términos en que ha sido establecido, a la mera voluntad del empleador en orden a exigir o no su cumplimiento, de manera que estamos ante un pacto siempre obligatorio para una de las partes, el trabajador, y solo potestativo para la otra, el empleador.

De acuerdo con la doctrina antes indicada no puede apreciarse la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida y la que se cita como término de comparación al no concurrir las identidades que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . De este modo, no existe identidad en las actividades empresariales, en los puestos ocupados por los actores, como tampoco en las cláusulas pactadas. En la sentencia recurrida, en esencia, el trabajador se compromete a no emprender actividad ni desempeñar tarea alguna que entre en concurrencia con las actividades de la empresa; como contraprestación el trabajador recibe una cantidad mensual igual al 50% de la retribución que consta; el incumplimiento del pacto determina la pérdida de cantidades referidas en el apartado segundo de la cláusula y obliga al trabajador a abonar a la empresa una cantidad equivalente a la retribución percibida o que hubiera podido percibir por todos los conceptos durante el último año de vigencia del contrato, así como a la indemnización de daños y perjuicios causados; de donde resulta que el trabajador, cumpliendo la obligación de no concurrencia, tendría el derecho durante un año al abono mensual del 50% de su retribución, e incumpléndolo, debería indemnizar a la empresa con el 100% de su última retribución anual, así como abonar una "indemnización de daños y perjuicios"; habiendo la Sala de suplicación estimado que son nulos determinados extremos, pero no la totalidad de la cláusula. Mientras que en la sentencia de contraste la empresa puede exigir al trabajador la obligación de no prestar servicios en otra empresa no competidora durante un período de nueve meses tras la extinción del contrato; como compensación, debe indemnizar al trabajador con una cantidad mensual que, sumada al salario o cualquier otra retribución que obtuviese el trabajador por prestar servicios en otras nuevas contrataciones no competitivas alcance el 50% del salario mensual, con prorrata de pagas extraordinarias, que percibía el trabajador en LL&C durante dichos nueve meses (cantidad que no ha sido abonada); si el trabajador incumple el pacto debe indemnizar a la empresa abonando una cantidad igual al 50% de nueve meses de su último salario bruto anual, con prorrata de pagas extraordinarias, y sin perjuicio del derecho de la empresa de reclamar los daños y perjuicios que se hubiesen causado; ante lo cual el Tribunal Superior entiende que la cláusula es nula, porque se trata de un pacto siempre obligatorio para una de las partes, el trabajador, y solo potestativo para la otra, el empleador; a lo que se añade que existe una evidente falta de correspondencia entre ambos compromisos, el del trabajador y el de la empresa.

SEGUNDO.- Las precedentes consideraciones no quedan afectadas en modo alguno por lo que la parte esgrime en su escrito de alegaciones de 24 de mayo de 2019, en el que discrepa de lo razonado por esta Sala en su providencia de 9 de mayo de 2019, insistiendo en la existencia de contradicción, efectuando un nuevo juicio comparativo que en absoluto aporta elementos relevantes ni argumentos jurídicos que desvirtúen cuanto se ha indicado.

TERCERO.- De conformidad con el informe del Ministerio Fiscal procede inadmitir el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, sin imposición de costas por tener la parte recurrente reconocido el beneficio de justicia gratuita.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA : Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el letrado D. José Ignacio Collado Arranz, en nombre y representación de D. Pedro Francisco contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 20 de julio de 2018, en el recurso de suplicación número 950/2017 , interpuesto por Lefevre-El Derecho SL y D. Pedro Francisco , frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 37 de los de Madrid de fecha 30 de junio de 2017 , en el procedimiento n.º 366/2016 seguido a instancia de Lefevre-El Derecho SL contra D. Pedro Francisco , sobre reclamación de cantidad.



Se declara la firmeza de la sentencia recurrida sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rolo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ