



Roj: **STSJ CANT 985/2010 - ECLI: ES:TSJCANT:2010:985**

Id Cendoj: **39075340012010100317**

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

Sede: **Santander**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2010**

Nº de Recurso: **712/2010**

Nº de Resolución: **777/2010**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA JESUS FERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CANTABRIA SALA SOCIAL

SANTANDER

SENTENCIA: 00777/2010

Rec. Núm. **712/2010**

Sec. Sra. Colvée Benlloch.

PRESIDENTE

Ilmo. Sr. D. Rubén López Tamés Iglesias

MAGISTRADOS

Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz

Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García

EN NOMBRE DE SU MAJESTAD EL REY, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria
compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A

En Santander, a Uno de Octubre de dos mil diez.

En el recurso de suplicación interpuesto por HUNE PLATAFORMAS, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. Cinco de Santander, ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. M^a Jesús Fernández García, quién expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por HUNE PLATAFORMAS, S.A. siendo demandado D. Fausto sobre contrato de trabajo y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 2 de Febrero de 2010 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

SEGUNDO.- Que como hechos probados se declararon los siguientes:

1º.- D. Fausto prestó servicios para la empresa Hune Plataformas S.A. -objeto social: alquiler de maquinaria y equipos de construcción-, teniendo reconocida una antigüedad de 16-6-08, la categoría profesional de Delegado, y un salario de 30.000 brutos/año más en su caso 12.000 por variable. (No controvertido, web, f.71 y 72)



2º.- Ante ciertas divergencias -de carácter salarial-, el actor causó baja voluntaria en la empresa, y pasó a prestar servicio para la empresa General de Alquiler de Maquinaria S.A. -objeto social de GAM: compraventa, alquiler, reparación de maquinaria agrícola e industrial-. (No controvertido, web)

3º.- El día 13-1-09 la empresa Hune Plataformas S.A. remitió al acto el siguiente burofax:

"Habiéndonos comunicado su baja voluntaria en la empresa y habiéndonos manifestado verbalmente su intención de ir a trabajar a una empresa de la competencia, mediante el presente escrito nos vemos en la obligación de requerirle para que se abstenga de incorporarse a cualquier empresa competencia de Hune Plataformas S.A. dado el pacto de no competencia acordado con Vd. En el momento de su contratación.

Es por ello que debemos advertirle que, en el caso que Vd.

incumpla dicho pacto y se incorpore a una empresa cuya actividad entra en clara competencia con Hune nos veremos obligados a reclamarle la cantidad equivalente a un año de salario bruto anual, tal y como se estableció en su oferta y contrato de trabajo.

Esperando no tener que llegar a tales extremos, aprovecho la ocasión para saludarle, muy atentamente". (F.55)

4º.- A ello el actor contestó el día 9-2-09:

"Muy Sra. mía:

Me dirijo a usted en nombre de mi cliente, don Fausto , en relación a su atento burofax de fecha 13 de enero pasado.

Quiero significarles que mi cliente en aras de evitar un conflicto contra el consejo de este despacho, no quiso demandar a su empresa por su negativa a entregarle el contrato de trabajo al que indudablemente tenía derecho.

Después de varias comunicaciones verbales en este sentido, decidió cambiar de empresa por motivos que a él sólo incumben pero sin duda buscando una seriedad en la contratación.

Comprenderán que, de existir algún pacto de no concurrencia, el Sr. Fausto no les hubiera comunicado de forma abierta su intención de poner fin a la relación laboral marchando a una empresa del mismo sector. Es obvio que la competitividad y veracidad descartan la malicia y el ánimo de perjudicarles.

Resultando evidente, por tanto, que tal pacto no existe su empresa no tendría derecho a la reclamación de indemnización alguna. Sin embargo a efectos puramente polémicos convendría resaltar que la más autorizada jurisprudencia establece que el pacto de no competencia y permanencia exige:

- a) Que siendo un pacto individual entre trabajador y empresario, debe estipularse en el momento de celebración del contrato o con posterioridad al mismo.
- b) Que ha de ser necesariamente escrito.
- c) Que para la válida celebración del mismo, se exige que la especialización profesional que recibe o ha de recibir el trabajador, sea a cargo de la empresa.
- d) Que su duración máxima ha de ser de dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores.
- e) Que su finalidad es poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.

Por otro lado, la peculiaridad está en la fijación de la indemnización, su cuantía (que resulta lícita y no abusiva debería tener una requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses) y del momento en que el trabajador haya adquirido la especialización profesional que lo justifica.

Finalmente, para que este pacto tuviera vigencia el empresario debería haber satisfecho una compensación económica cuya cuantía depende del ámbito local y temporal de las posibilidades de empleo que resten al trabajador, cuestión que tampoco se ha cumplido.

Por todo lo expuesto, esta parte opina que su reclamación carece de causa que lo justifique y roza un ilícito penal por coacciones". (F.60 y ss.)

5º.- Con fecha 12-03-09 se presentó papeleta de conciliación ante el Orecla; con fecha 12-03-09 se celebró el acto, el cual ante la incomparecencia de la parte interesada no solicitante, se cerró INTENTADO SIN EFECTO.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandante, siendo impugnado por la parte contraria, pasándose los autos al Ponente para su examen y resolución por la Sala.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda planteada por la empresa, en concepto de indemnización por incumplimiento de pacto de no concurrencia, ya que en valoración conjunta de lo actuado, ni considera probado tal pacto, ni el abono por la empresa de retribución debida al mismo. Ponderando, expresamente, la falta de suscripción por el trabajador, tanto del contrato de trabajo aportado, como de las nóminas, rechazando el resultado de otras, como la testifical, en la forma detallada y conjunta que analiza.

Recorre esta decisión en suplicación, la representación letrada de la empresa, en cuatro motivos del recurso, con amparo en la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, para la modificación del relato fáctico de la instancia. En el primero, solicita la adición de un nuevo ordinal, con el número sexto, con fundamento documental en el correo electrónico remitido por la Responsable de Sección, al actor, que declaró como testigo, y que a su vez remite a una conversación telefónica previa, así como, a la respuesta del demandado, unida al folio 15 de los autos, del siguiente tenor literal: "Que con fecha 28 de mayo de 2009, la Dirección de RRHH de la empresa HUNE remitió al trabajador por correo electrónico oferta de trabajo en la que se recogían, las siguientes condiciones: Contrato indefinido, incluyendo periodo de prueba y cláusula de exclusividad y de no concurrencia. Salario anual bruto fijo de 30.000 distribuido en 14 pagas y un incentivo variable de 12.000 para el año 2008".

No obstante, aclarando el magistrado de instancia en la fundamentación jurídica, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 97.2 de la LPL, que el relato que declara probado deriva de la misma documental en que se funda el recurso, y en atención a las declaraciones de partes y testigos (incluida la manifestación expresa del trabajador de su trabajo para otra entidad del sector, a su baja voluntaria). Pruebas de declaraciones de partes y testigos que no tienen acceso al extraordinario recurso interpuesto, en atención al precepto en que se funda con relación al art. 194.3 de la LPL. Para la estimación del motivo se precisaría que documental fehaciente o prueba pericial, evidencien error del Juzgador en el texto atacado, en este caso, por omisión. Y, de los únicos documentos que cita, pues lo demás se trata de testifical que carece de acceso al recurso, los obrantes a los folios 14 y 15, de los autos, copia de correos remitido y respuesta, en el primero, solo, se hace referencia a una conversación telefónica previa, pues, no consta fehacientemente la propuesta del contrato que sugiere; que en realidad es el contenido de la citada testifical, puesto que en el mismo, y, en la contestación, tampoco, se evidencia la aceptación de condiciones concretas que el trabajador, niega. Luego, nada concluyente añaden, derivado de su mismo texto, en la forma pretendida, respecto de la aceptación del pacto de no concurrencia y pago de su contratación, al demandante, que la sentencia niega, expresamente.

No deduciéndose, por tanto, de documento fehaciente alguno, el texto que pretende adicionar, en lo relevante al recurso, se mantiene inalterado.

En el segundo motivo, solicita la adición de otro ordinal, número séptimo, del siguiente tenor: "Que el trabajador percibió una compensación económica mensual en concepto de pacto de no concurrencia, de conformidad con el desglose que se realiza a continuación: Diciembre 2008, 500 ; Noviembre 2008, 500 ; Septiembre 2008, 500 ; Agosto 2008, 500 ; julio 2008, 500 ; Junio 2008, 250 ; Enero 2009, 300 . Lo que documentalmente funda, en los obrantes en los folios 13 a 15 de los autos, consistentes en recibos de salarios, con pago desglosado por conceptos, en los que se incluye el pago en concepto de "pacto de no competencia".

De nuevo, se incumplen por la recurrente los requisitos para la admisión de este motivo, tanto en aplicación del precepto en que se funda, como, con relación al art. 194.3 del mismo Texto Legal, pues no cita documento fehaciente o pericia, que evidencien, sin necesidad de análisis ni conjeturas, error del Juzgador en el relato impugnado. Ya que, en este orden, las nóminas aportadas por la parte recurrente, carecen de firma por el trabajador y el magistrado de instancia valora su rechazo (declaración de parte), al desglose que pretende la parte recurrente. Luego, tal dato no puede ser atendido, por ser contraria a la imparcial del magistrado de instancia de la misma actividad probatoria. Sin evidencia de su error.

En el tercer motivo del recurso, insta la adición de otro ordinal, el octavo, del siguiente tenor: "Que finalizada la relación laboral, a la suscripción del preceptivo finiquito de liquidación de haberes el día 18 de enero de 2009, al trabajador entre otras partidas salariales, se le abonó la cantidad de 300 en concepto de Pacto de No Concurrencia". Citando como apoyo, la mencionada liquidación o finiquito, obrante en autos, por los 18 días de enero trabajados.

Finiquito que no aparece firmado en autos, por el demandado, obrante al folio 44 de las actuaciones, por lo que igualmente, se dan por reproducidas las argumentaciones anteriores, para negar su acceso al extraordinario recurso interpuesto, por ausencia de documental fehaciente en que se funde.

Finalmente, solicita la adición de otro ordinal más, número Noveno, proponiendo su texto: "Que el contrato de trabajo aportado como documento nº 1 por la Empresa demandante, fue debidamente registrado ante el



Servicio Público de Empleo. En la Cláusula adicional tercera del contrato, se recoge el contenido y condiciones de la obligación de no competencia post- contractual que se da por reproducida". Fundado documentalmente, en el contrato de trabajo unido a los autos, comunicado al INEM, con la debida certificación de su registro.

Es reiterada la doctrina constitucional que afirma, la interpretación rigurosa de los requisitos de acceso al recurso, máxime cuando se trate de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios, como el de suplicación, a menos que incurra en irracionalidad, arbitrariedad o error patente. Por ello, corresponde a las partes cumplir en cada caso las exigencias del recurso que interponen (STC Sala 2ª, de 18-10-1993, nº 294/1993, rec. 3005/1990, BOE 268/1993, de 9 noviembre, EDJ 1993/9179).

Y, en tal orden, el registro del INEM, solo acredita la presentación unilateral por la empresa, ante la Oficina de Empleo, del contrato de trabajo del actor. No su conocimiento y consentimiento por el trabajador sobre sus cláusulas, que ninguna intervención tiene en dicha comunicación.

En definitiva, no siendo los citados documentos fehacientes que justifiquen el pacto de no concurrencia que pretende la empresa, ni el abono de cantidad, en su retribución. No da lugar a la revisión propuesta, en contra de lo declarado en la instancia, a favor de la pretensión del trabajador, al no ser de aplicación dicho criterio interpretativo deducido del art. 191.b) y 194.3 de la LPL, al extraordinario recurso formulado que debe ajustarse a su regulación preceptiva y limitada de lo valorado en conjunto en la instancia, que se ha expuesto, fundada en el art. 97.2 de la LPL. A cuyo relato debe contenerse los pronunciamientos de esta resolución. Dado que existen otras pruebas, como la declaración de partes y documental, relativa a los pactos derivados del contrato de trabajo entre los litigantes, que la fundan. Sin documento que evidencie lo incierto de tal afirmación. Se mantiene, así, el relato atacado en su integridad, porque no puede ser sustituido por el parcial e interesado de parte, que obtiene de la misma actividad probatoria.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la parte recurrente pretende en los motivos del recurso, quinto y sexto, la revisión del derecho aplicado, denunciando infracción de lo establecido en el artículo 21, número 22 y 3º, del Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de marzo. Con relación a lo establecido en el artículo 1.256 del Código Civil. Estando el contrato de trabajo del demandado debidamente registrado ante el INEM, recibiendo el finiquito en los términos que expone, reitera su versión del pacto de no concurrencia en el contrato de trabajo, que funda la indemnización que reclama, por su incumplimiento por el trabajador que, tras su baja voluntaria, presta servicios para otra empresa competidora de la actora, en la región. Lo que también deduce de la categoría con que fue contratado, Delegado. Por la importancia de su labor comercial, lo reducido del ámbito territorial (Cantabria) y la presencia en el mismo de su competidora (GAM), que evidencia la pertinencia del pacto y su finalidad.

Así como de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5-4-2004 (RJ 2004\3437) y de otras Salas de lo Social de diversos Tribunales de Justicia que cita. Causando el trabajador, un daño comercial considerable con su marcha a la empresa de la competencia, con la información de la actora, siendo, solo, a requerimiento de la demandante, cuanto manifiesta a la extinción de su contrato su trabajo para la competencia. Momento en que la empresa actora le requiere para que respete el pacto de no concurrencia. Sin reclamación alguna del trabajador, sobre esta materia, antes de la extinción contractual. Y, en cuanto al pago del pacto, además, las nóminas, afirma, están publicadas en intranet de la empresa, conocidas, que se abonan por transferencia bancaria. Lo que evidencia para la recurrente tanto el conocimiento del demandado del pacto, como el concepto por el que es retribuido, correlativo.

En cuanto a las diversas resoluciones de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia que invoca la parte recurrente, no constituyen jurisprudencia que en atención al artículo 1.6 del Código Civil, solo emana del Tribunal Supremo. Y, en todas ellas se parte de una sentencia de instancia que, valorando en conjunto lo actuado, concluye la existencia de un pacto de no concurrencia, entre los litigantes y su retribución por la empresa que lo propone. Que aquí se niega. Por lo que sus pronunciamientos, no influyen en este proceso.

Respecto de la doctrina jurisprudencial que invoca, en la sentencia de la Sala 4ª, del TS de fecha 5-4-2004, sobre la materia (rec. 2468/2003), también, los requisitos que analiza, como que exista un interés comercial o industrial por el empresario, y una compensación económica, además, declara su existencia. Circunstancia negada en el presente litigio. Y que no se presume, según norma alguna, en atención a la categoría o sector comercial, declarados probados.

Siendo la totalidad el recurso, conjeturas o hipótesis, carentes del necesario relato fáctico de la instancia, sobre la suscripción del pacto de no concurrencia. Ante el que no basta, su mera posibilidad, sino que además de ser adecuada a la categoría y sector de la empresa, se precisa, su efectivo pacto y retribución, negados en la instancia. Que de ningún documento fehaciente, se derivan. Pues, en modo alguno el hecho de que puedan estar publicadas en la red interna de la entidad (lo que no se declara en la instancia, ni se deduce del recurso, ni



de documento fehaciente alguno), tampoco acredita, como pretende, el reconocimiento de tal pacto y abono por el trabajador. Ni que, ello, se corresponda a la real situación del empleado.

Percibiendo el demandante los importes consignados en la instancia, únicamente, en atención al trabajo ordinario pactado, sin pacto de no concurrencia. Pacto que no consta expresamente suscrito, y que rechaza la sentencia atacada. Falta el presupuesto fundamental al que se anuda el pago reclamado por la empresa.

Ya antes, con ocasión de la revisión fáctica que pretende la parte recurrente, se ha expuesto que, a través del recurso extraordinario de suplicación, no cabe realizar una nueva valoración de la prueba ni corregir el relato de hechos probados de la instancia, dado que el mismo Tribunal Constitucional ha sostenido que la efectividad del derecho reconocido en el art. 24.1 CE exige que las normas que contienen los requisitos procesales, sean aplicadas teniendo en cuenta el fin pretendido por la ley al establecerlos. Lo cual conlleva la necesidad de evitar cualquier exceso formalista (SSTC 9-2-1985, núm. 17/1985; y 24-4-1985, núm. 57/85, entre otras muchas), pero no su omisión de acuerdo a su finalidad. Así, se ha afirmado que ningún requisito formal puede convertirse en un obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo (SSTC 36/84, 57/84, 74/83), pues "no son admisibles aquellos obstáculos que puedan estimarse excesivos, que sean producto de formalismo y que no se compaginen con el necesario derecho a la justicia o que no aparezcan como justificados y proporcionados conforme a las finalidades para que se establecen" (STC 3/83). Pero, no es menos cierto que los órganos judiciales deben evitar que el criterio antiformalista conduzca a prescindir de los requisitos procesales establecidos en las leyes que ordenan el proceso y los recursos en garantía de los derechos de todas las partes, tanto de la recurrente como de la recurrida (SSTC 185/87, 157/89, 133/91 y 64/92). Por ello, "el Tribunal "ad quem" debe proceder a una justa adecuación de las consecuencias jurídicas del incumplimiento de un requisito procesal a la entidad real del defecto de manera proporcionada con su naturaleza, el grado de inobservancia y su trascendencia práctica, todo ello a la luz de las circunstancias concurrentes en el caso y en función de la finalidad última a la que sirve el requisito procesal" (SSTC 36/86, 105/89).

De acuerdo con esta doctrina, en atención al relato fáctico de la instancia que se mantiene inalterado, no existiendo la necesaria documental que ratifique los presupuestos fácticos en que el concepto indemnizatorio reclamado, se funda. Deduciendo el magistrado de instancia que los litigantes no han suscrito el pacto de no concurrencia, que la empresa tampoco ha retribuido. No se devengan las cantidades reclamadas.

Lo implícitamente cuestionado en el recurso, es el principio probatorio, del art. 217 de la LEC, con relación a los artículos 21.2 y 3 del ET, que no procede estimar en el recurso interpuesto. Pues, del conjunto de prueba practicado, el magistrado de instancia deduce que no se ha suscrito tal pacto. Y, el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, establece la regulación del citado pacto, pero, no su presunción, por lo que aunque sea posible su prueba sin falta de contrato formal en la instancia, en la que no se precisa documento indubitado en su relato; la valoración conjunta de lo actuado, excede del extraordinario recurso formulado. Pudiendo haber sido probado por otros medios, que no ha existido para el magistrado de instancia, lo que no es contrario a norma de derecho necesario alguno. Y, este dato no puede ser ignorado en una reclamación de cantidades, que gira en torno a su existencia. Ya que no se trata de una consideración formal, en el proceso laboral de la instancia que puede atender al conjunto de actividad probatoria admisible en la instancia (art. 90 y siguientes de la LPL). Por lo que no pueden alterarse sus conclusiones, al no infringir los preceptos citados en el recurso. Puesto que, corresponde a la empresa, la prueba del pacto que pretende para el pago de las cantidades que reclama (art. 217 del a LEC), con ocasión del servicio prestado (STS DE 2-3-1992, RJ 1992,1608). Pero, no existe prueba tasada al efecto, en la instancia, siendo admisibles el conjunto de las desplegadas, viendo limitado su objeto el recurso de suplicación a los parámetros establecidos en los artículos 191.b) y 194.3 citados, de la LPL, a la constancia de documento fehaciente o prueba pericial que acredite error evidente del juzgador.

Y, no constando tal documento o pericia, puesto que el art. 21.2 del ET, no impide llegar a la conclusión de la instancia, de su inexistencia, por los elementos valorados, procede la confirmación de la sentencia recurrida y la desestimación del recurso formulado.

TERCERO.- No gozando la recurrente del beneficio de justicia gratuita, se imponen las costas previstas en el artículo 233 de la Ley de Procedimiento Laboral, en la cuantía de 600 , en concepto de honorarios de letrado de la parte impugnante del recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por HUNE PLATAFORMAS S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cinco de Santander de fecha 2 de febrero de 2010 (Proceso



890/09), en virtud de demanda formulada por la empresa recurrente contra D. Fausto , en reclamación de contrato de trabajo y, en su consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se hace expresa imposición de costas, en la cuantía de 600 en concepto de honorarios de letrado del impugnante del recurso.

Notifíquese esta sentencia a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia, previniéndoles de su derecho a interponer, contra la misma, recurso de casación para la unificación de doctrina, ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, dentro del plazo de diez días hábiles contados a partir del siguiente a su notificación.

Devuélvase, una vez firme la sentencia, el proceso al Juzgado de procedencia, con certificación de esta resolución, y déjese otra certificación en el rollo a archivar en este Tribunal.

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

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ