



Roj: **STSJ M 7475/2006 - ECLI: ES:TSJM:2006:7475**

Id Cendoj: **28079340052006100357**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **07/06/2006**

Nº de Recurso: **367/2006**

Nº de Resolución: **403/2006**

Procedimiento: **RECURSO SUPLICACION**

Ponente: **JOSE IGNACIO DE ORO-PULIDO SANZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RSU 0000367/2006

T.S.J.MADRID SOCIAL SEC.5

MADRID

SENTENCIA: 00403/2006

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 005 (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

SECCIÓN QUINTA

Recurso nº 367/06

J.P.

Ilmo. Sr. D. Juan José Navarro Fajardo

Presidente

Ilma. Sra. D^a. Begoña Hernani Fernández

Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz

En Madrid, a siete de junio de dos mil seis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, compuesta por los Ilmos. Srs. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA nº 403/06

En el recurso de suplicación nº 367/06 interpuesto por el Letrado D. Miguel Ángel García Capa, en nombre y representación de D. Adolfo , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº SIETE de los de MADRID, siendo recurrido SVENSON, S.L., representado por la Letrado D^a Concepción Martín Pastor, ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. José Ignacio de Oro Pulido Sanz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en los autos nº 455/05 del Juzgado de lo Social nº SIETE de los de Madrid, se presentó demanda por SVENSON, S.L., contra D. Adolfo , en reclamación de CANTIDAD, y que en su día se celebró el acto de la vista, habiéndose dictado sentencia en tres de octubre de dos mil cinco , en la que se estimó la demanda formulada.

SEGUNDO.- En dicha sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:



"1º) Que D. Adolfo trabajó para la empresa "SVENSON S.L.", con antigüedad de 14.02.02, con categoría de Director Comercial y mediante contrato eventual por circunstancias de la producción, folios 54 a 56. En este último folio, cláusula 4', se dice:

"Durante la vigencia del presente contrato y hasta un año después a la finalización del mismo, el trabajador se compromete a no coincidir con la actividad del empresario, por lo que percibirá un plus de no concurrencia."

2º) El 14.01.03 el contrato se convirtió en indefinido, folios 57 y 58. En él se indica "se cobrará plus no concurrencia".

En 09.02.04 el trabajador pasó a ser Jefe de Selección y Formación del Personal, folio 59 con unos ingresos brutos de 33.055,67 euros.

3º) En 20.07.04 la relación contractual existente entre las partes se extinguió por despido, folios 91, 177 y 178.

4º) Desde el inicio de la relación laboral entre las partes se estableció un pacto de no competencia postcontractual.

Por dicho pacto el actor percibió las siguientes cantidades:

en el año 2002 21528,23 euros

en el año 2003 20711,40 euros

en el año 2004 9637,01 euros

TOTAL 51876,64 EUROS

5º) En 20.05.04 se constituyó Corporación Capilar Haircare S.L. en la que en la actividad presta sus servicios el demandado, testifical del investigador privado.

7º) SVENSON S.L. tiene como objeto social "La venta y colocación de prótesis de cabello humano de acuerdo con los distintos procedimientos especiales. La prestación de los servicios y cuidados posteriores tendentes tanto a la conservación de dichos postizos como a lo relativo a la estética general del cabello, etc., como ámbito de actuación ofrece "Institución líder a nivel mundial en el desarrollo y la prestación de tratamientos para el cuidado del cabello. Investigación de los problemas que afectan al pelo y al cuero cabelludo ofreciendo una solución específica a cada problema capilar" y como principales productos "Tratamientos capilares, sistemas de integración de cabellos sin cirugía y microinjerto capilar".

HAIRCARE S.L. tiene como objeto social "La explotación de establecimientos comerciales donde se presten los servicios de peluquería de señoras y caballeros, instituto de belleza, cuidados y tratamientos capilares, faciales y dermatológicos", como ámbito de actuación ofrece "centro especializado en soluciones integrales para el cabello y el vello. Ofrecemos los últimos tratamientos capilares y de eliminación definitiva del vello que existen en el mercado" y como principales productos "Tratamientos Capilares LDE - Tratamiento Capilar, microtransplante folicular suave, sistemas de integración de cabellos -micropiel- voluminador y depilación láser", folios 92 a 117 y testificales.

7º) Actualmente el trabajador no está dado de alta en Seguridad Social, percibiendo prestaciones por desempleo, folios 33 y 34.

8º) En los recibos de salarios que aparecen en los folios 60 a 90 el trabajador percibió cantidades por compensación no concurrencia, en el total indicado en el hecho probado 3º.

9º) El testigo D. Luis Pedro se ha ratificado ante la presencia judicial en el Informe de Detectives que aparece en el folio 118 de las actuaciones, que se da por reproducido por su extensión.

El día 20.12.2004 a las 10.52 horas el demandado penetró en la sede social de "Haircare", de la que salió a las 14.49 horas, regresando a las 15.35; a las 21.08 el Sr. Adolfo abandona "Haircare".

El día 21.12.2004 el Sr. Adolfo llega a "Haircare" a las 10.44, lo abandona a las 11.53, regresa a las 12.20, vuelve a salir a las 13.59, regresa a las 15.29 y a las 20.50 sale del aparcamiento.

Día 10 de enero: entra en "Haircare" a las 11.38, sale a las 11.57, regresa sobre las 12.13, sale a las 15.32, regresa a las 16.22, vuelve a salir a las 18.33, regresa a las 19.01 y abandona el inmueble de la empresa a las 22.09 horas.

Los días 11, 14, 18, 19, 21 y 26 de enero, se desarrollan en diferentes horas parecidas actuaciones a las relatadas con anterioridad que se omiten detalladamente por economía procesal.

10º) Los tratamientos capilares y de fotodepilación tienen una duración máxima al día de 3 horas, testificales.



11º) Se celebró el preceptivo acto de conciliación."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada, siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a esta Sala de lo Social, se dispuso su pase al Ponente para su examen y posterior resolución por la Sala, proveyéndose ulteriormente la fecha de deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimo la demanda formulada por la empresa demandante, SVENSON SL contra el trabajador que condenó a éste último a abonar a aquella la suma de 51.876 euros por incumplimiento del pacto de no competencia se interpone el presente recurso de suplicación por el trabajador que tiene por objeto :a) la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, y; b) el examen de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la referida resolución.

SEGUNDO.- El primero de los motivos del recurso formulado por el trabajador al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral tiene por objeto la revisión del relato fáctico, concretamente, el ordinal quinto. La jurisprudencia viene exigiendo con reiteración, hasta el punto de constituir doctrina pacífica, que para estimar este motivo es necesario que concurran los siguientes requisitos:

1º.- Que se señale con precisión cuál es el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considera equivocado, contrario a lo acreditado o que consta con evidencia y no ha sido incorporado al relato fáctico.

2º.- Que se ofrezca un texto alternativo concreto para figurar en la narración fáctica calificada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, bien complementándolos.

3º.- Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se considera se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; señalando la ley que el error debe ponerse de manifiesto precisamente merced a las pruebas documentales o periciales practicadas en la instancia.

4º.- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores o pericias pongan de manifiesto, el error de manera clara, evidente, directa y patente; sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables, de modo que sólo son admisibles para poner de manifiesto el error de hecho, los documentos que ostenten un decisivo valor probatorio, tengan concluyente poder de convicción por su eficacia, suficiencia, fehaciencia o idoneidad.

5º.- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría, si bien cabrá admitir la modificación fáctica cuando no siendo trascendente es esta instancia pudiera resultarlo en otras superiores. Sentado lo anterior debemos pasar a analizar las pretensiones concretas.

Pretende el recurrente que el mencionado ordinal se ajuste al siguiente tenor literal: "En 20.05.2004 se constituyó Corporación Capilar Haircare SL", es decir, que se suprima la siguiente frase: "en la que en la actualidad presta servicios el demandado (testifical del investigador privado)", lo que basa en diversas declaraciones testificales y en el informe de vida laboral expedido por la Tesorería General de la Seguridad Social. No puede prosperar tal pretensión, pues, la prueba testifical no es apta para dar lugar a la revisión del relato fáctico de acuerdo con el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y el informe de vida laboral acreditaría tan sólo si el trabajador ha sido dado de alta en la Seguridad Social pero no que no preste servicios en una determinada empresa.

TERCERO.- El primero y el segundo de los motivos del recurso formulados al amparo del apartado c) del artículo 191 la Ley de Procedimiento Laboral denuncian, de una parte, la infracción del artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 1.256 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por entender que no se compensó adecuadamente al trabajador por la suscripción del mencionado pacto cuya cuantía no se fija en el anexo correspondiente y que además encubriría una retribución salarial y, de otra,



la infracción del artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 18 del Convenio Colectivo aplicable a las partes, por entender que la categoría del actor no puede incluirse en el grupo de los técnicos.

Por lo que se refiere al primer motivo debe señalarse que la cuantía que ha percibido el trabajador como consecuencia de la suscripción del pacto de no concurrencia post-contractual que figura en el ordinal cuarto del relato fáctico, no puede, desde luego, considerarse inadecuada a la categoría que ostentaba el trabajador, que era la de director comercial, aunque ello no es obstáculo para declarar su nulidad, dado que su importe se debería haber fijado expresamente en el anexo que recoge el pacto, no bastando para declarar su licitud y eficacia el que se le hubiera abonado una cuantía determinada por ese concepto en cada mensualidad, pues, era preciso que se conociera su importe en el momento en que se suscribió el pacto, no existiendo, sin embargo elementos que permitan afirmar que las cantidades que mensualmente se abonaron al trabajador tuvieran carácter salarial, por lo que efectivamente debe declararse la nulidad del mencionado pacto.

En cuanto a la alegación consistente en que no se ha respetado el plazo máximo de duración del pacto habida cuenta que la categoría que ostentaba el demandante era la de director comercial que no está comprendida entre los técnicos y por tanto el plazo máximo de no competencia es el de seis meses, ello ciertamente es así, pues el Tribunal Supremo en sentencia de 2 de enero de 1991 entiende para categorías muy similares que no se encuentran incluidos entre el personal técnico, no obstante, ello no llevaría consigo la nulidad absoluta de tal cláusula, sino tan sólo la nulidad parcial en la medida que su duración excede de los seis meses que se prevé para su categoría (STS. 2 de marzo de 1991) el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores.

CUARTO.- Finalmente el último motivo del recurso formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la infracción del artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 1.101, 1.124 y 1.154 del Código Civil por entender que en el referido contrato no figuraba ninguna penalización por el incumplimiento del pacto y que habrían transcurrido casi seis meses desde que se extinguió el contrato el 20 de julio de 2004 y la fecha en que el trabajador se dice que inició la prestación de servicios para la empresa Corporación Capilar Haircare SL. No puede prosperar este motivo del recurso, pues habiéndose declarado la nulidad del pacto de concurrencia post-contractual por los motivos reseñados en el fundamento anterior, la empresa ciertamente no podrá reclamar al trabajador una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia del incumplimiento por el trabajador, pero sí que puede exigir la devolución de la contraprestación correspondiente a un compromiso de no concurrencia declarado nulo, y que además no cumplió, tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2005, por lo que aun siendo nulo el pacto mencionado subsiste la obligación de restitución y en consecuencia debe prosperar la demanda por los argumentos ya reseñados y en consecuencia se desestima el recurso y se confirma la sentencia de instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Adolfo contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Madrid el 3 de octubre de 2005 en autos 455/2005 seguidos a instancia de SVENSON, S.L. contra el recurrente, en reclamación de CANTIDAD, y en su consecuencia confirmamos la resolución recurrida.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, haciéndoles saber que contra la misma sólo cabe RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA que se preparará por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 218 y 227 de la Ley de Procedimiento Laboral. La consignación del importe de la condena deberá acreditarse, cuando proceda, por el recurrente que no goce del beneficio de justicia gratuita ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la c/c nº 287600000036706, que esta Sección Quinta tiene abierta en el Banco Español de Crédito, Sucursal nº 1026, sita en la Calle Miguel Ángel nº 17, Madrid-28010, pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, debiendo igualmente el recurrente, que no ostente la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trata del Ministerio Fiscal, Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos Autónomos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como depósito la cantidad de (300,51), deberá ingresar en la cuenta nº 2410 del Banco Español de Crédito, sucursal de la calle Barquillo, 49 (clave oficina 1006) de Madrid-28004, que tiene abierta la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo en la Secretaría de dicha Sala IV del T. Supremo al tiempo de personarse en ella.

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



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia el por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ