

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 03 de lo Social**

Domicilio: C/General Martínez Campos, 27 ,Planta 3 -28010

Teléfono: 914931930

Fax: 914931958

34016050

**NIG:** 28.079.00.4-2016/0016494

**Procedimiento Recurso de Suplicación 950/2017**

**ORIGEN:** Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid Procedimiento Ordinario 366/2016

**Materia:** Materias laborales individuales

**Sentencia número: 548/18-FG**

**Ilmos. Sres.**

**D. JOSÉ RAMÓN FERNÁNDEZ OTERO**

**Dña. VIRGINIA GARCÍA ALARCÓN**

**D. JOSE IGNACIO DE ORO PULIDO SANZ**

En Madrid, a veinte de julio de dos mil dieciocho, habiendo visto en recurso de suplicación los presentes autos la Sección 3 de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por los Ilmos. Sres. citados, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

**EN NOMBRE DE S.M. EL REY**

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE**

**CONFIERE EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

**S E N T E N C I A**

En los Recursos de Suplicación 950/2017, formalizados por 1) el graduado social D. SERVULO ANGEL CASAS DAVILA en nombre y representación de D. RODRIGO y 2) por el letrado D. ANGEL OLMEDO JIMENEZ en nombre y representación de LEFEBVRE-EL DERECHO SA, contra la sentencia de fecha 30/06/2017 dictada por el Juzgado de lo Social nº 37 de Madrid en sus autos número Procedimiento Ordinario

366/2016, seguidos a instancia de LEFEBVRE-EL DERECHO SA frente a D. RODRIGO, en reclamación por Materias laborales individuales, siendo Magistrado- Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. D./Dña. JOSE RAMON FERNANDEZ OTERO, y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

**SEGUNDO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

*PRIMERO.- El demandado, DON RODRIGO, con DNI ..., vino prestando servicios para FRANCIS LEFEBVRE-EL DERECHO, S.L. desde el 15/11/2008 como Jefe de Grandes Cuentas, percibiendo en el año anterior a la finalización de su contrato a la cantidad de 63.649,44 euros en concepto de salario fijo y la de 25.595,63 euros en concepto de bonus y comisiones.*

*SEGUNDO.- En la cláusula séptima del contrato de trabajo se establecía pacto de no concurrencia que decía:*

*"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, actividades que en este acto desea conocer.*

*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 cantidad de 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, pro 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"*

*TERCERO.- El 8/7/2015 el demandado comunicó a la empresa su decisión de poner fin a su relación laboral con efectos de 31/7/2015. Dicha comunicación es el documento 4 de la parte actora y consta recepcionada por la empresa que en ese momento le libera de su obligación de acudir a su puesto de trabajo desde ese momento.*

*CUARTO.- El demandado empezó a prestar servicios para WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. el 16/7/2015 como Director de Grandes Cuentas con nivel retributivo 1. Sus retribuciones constan en las nóminas obrantes a los folios 103 a 119.*

*QUINTO.- Esta empresa es competidora directa de la actora siendo éste un hecho no controvertido. El objeto social de una y otra consta en la documental obrante a los folios 26y 184.*

*SEXTO.- En la empresa demandante, el actor tenía asignadas las siguientes tareas:*

*-Elaborar y proponer el presupuesto anual de ventas y gastos de su canal.*

*-Elaborar propuestas sobre políticas, métodos, procedimientos, planes etc para el mejor desarrollo de la actividad comercial*

*-Buscar, seleccionar a los comerciales de grandes cuentas que hayan de constituir su equipo*

*-Realizar cuidadoso y permanente control sobre los gastos producidos por la organización que dirige*

*-Analizar, seguir e informar de las acciones de la competencia en su territorio*

*-Formar y dirigir a los KAM que hayan de constituir su equipo*

*-Asegurarse de que se cumplen los procedimientos establecidos por la compañía*

*SÉPTIMO.- En la empresa WOLTERS KLUWER ESPAÑA, SA. tiene asignadas las siguientes tareas:*

*-Elaboración de los presupuestos para el área de grandes clientes de la compañía*

*-Procurar el cumplimiento del presupuesto, en base a la dirección acertada de los equipos, generando y supervisando las ideas de venta del equipo y coordinando la acción con el resto de departamentos de la Compañía que se involucran en el proceso de venta*

*-Aportar ideas para la mejora de los productos*

*-Participar en el diseño y elaboración de productos a medida*

*-Participar en la comunicación y marketing de la compañía, especialmente para grandes clientes*

*-Ser miembro de aquellos consejos, editoriales o de libros internos a los que sea asignado*

*OCTAVO.- 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, tal y como resulta de la documental 10.1 y 11 aportada por la parte actora.*

*NOVENO.- 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.*

*DÉCIMO.- La empresa presentó papeleta de conciliación el día 23/2/2016 habiéndose celebrado el acto el 14/3/2016 con el resultado que consta en el acta levantada al efecto.*

**TERCERO:** En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

*Que ESTIMANDO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por FRANCIS LEFEVRE-EL DERECHO, S.L. frente a DON RODRIGO, DEBO CONDENAR Y CONDENO al demandado a abonar a la actora la cantidad de 89.245,07 euros en concepto de compensaciones por incumplimiento de pacto de no competencia suscrito en su día con la actora, ABSOLVIENDO al demandado del resto de las pretensiones en su contra deducidas.*

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunciaron sendos recursos de suplicación por la partes, formalizándolos posteriormente. Ambos recursos fueron objeto de impugnación por la respectiva contraparte.

**QUINTO:** Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 21/11/2017, dictándose la correspondiente y subsiguiente providencia para su tramitación en forma.

**SEXTO:** Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 26/06/2018 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO:** La sentencia justifica su pronunciamiento en los fundamentos de derecho segundo, tercero, cuarto y quinto que dicen:

*«SEGUNDO.- El objeto del presente procedimiento se centra en determinar la validez de la totalidad del pacto de no concurrencia contenido en el contrato firmado por el trabajador demandado al inicio de su relación laboral y en el que se comprometía, durante el período de un año desde la extinción de su contrato, a no emprender actividad ni desempeñar tarea alguna, ya sea por cuenta propia o ajena, que entrara en concurrencia con las actividades de la Editorial.*

*Tres eran las penalizaciones impuestas en dicho pacto para el caso de su incumplimiento:*

*Durante el tiempo de duración de la prestación de concurrencia, el trabajador, recibiría una cantidad mensual igual al 50% del salario fijo mensual en el mes anterior al de la resolución del contrato y el importe resultante de dividir entre doce la cuantía de la retribución variable devengada en el último ejercicio aplicándose a estas cantidad las deducciones que legalmente correspondan. El incumplimiento de ese pacto determinaría la pérdida de dichas cantidades y obligaría al hoy demandado 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.*

*En cuanto al 50% de las retribuciones a que se refiere la primera cláusula de penalización, dichas cantidades fueron abonadas al trabajador si bien, consta acreditado y además no ha sido controvertido que el demandado procedió a la devolución de las cantidades percibidas por dicho concepto.*

*Reclama la empresa las cantidades a que se refieren las otras dos cláusulas, esto es el salario percibido en el último año y una indemnización de daños y perjuicios al imputar al demandado la pérdida de facturación en que ha incurrido la compañía por pérdida de clientes.*

*Frente a ello opone el demandado que no discute el incumplimiento de no pasar a trabajar para empresa de la competencia, y por eso ha procedido a devolver las cantidades*

*a que refiere la primera parte del pacto, que el resto de las cláusulas son abusivas y en consecuencia nulas de pleno derecho.*

*TERCERO.- Respecto a la validez de los pactos de no concurrencia, la sentencia del TS de 7 de Noviembre de 2005 ha dicho "... nada obsta a que, como pacto accesorio, se adicione al contrato de trabajo una estipulación tendente a asegurar el cumplimiento de los deberes laborales, a través del pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, pues mediante el expresado pacto persigue la empresa la finalidad de que el trabajador con quien termina su vínculo laboral, no aproveche la formación, conocimiento, experiencia y trato con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicio para la misma, a fin de desarrollar, en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquélla en el sector del mercado y de la economía en que se mueve. Disponiendo el artículo 21.2 ET que el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello y b) que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada".*

*La doctrina tiene dicho que el pacto de no concurrencia impone una restricción más o menos severa de las libertades profesional y de trabajo del trabajador (libre elección de profesión u oficio), reconocidas en los arts. 35.1 CE y art.4.1 ET por lo que para que la validez debe estar fundado en una causa suficiente y reunir determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses, exigiéndose para entenderlo infringido la concurrencia desleal de hecho posterior al contrato, no bastando la nueva adscripción a una empresa cuyo objeto social pueda ser parcialmente concurrente (STSJ Madrid núm. 426/1999 de 7 septiembre)*

*En este sentido, el empresario ha de tener y acreditar un efectivo interés industrial o comercial que justifique la celebración del pacto, bajo sanción de nulidad (TS 23-10-82; 2-1-91), interés que se extrae si se deriva un perjuicio a la empresa por la realización de la actividad que se intenta prohibir (TSJ Baleares 30-7-91; TS unificación doctrina 21-3-01). Existe por tanto un doble interés, para el empleador la no utilización de los conocimientos adquiridos en otras empresas concurrentes y para el trabajador asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo con las limitaciones impuestas por el pacto de no concurrencia, obligaciones bilaterales y recíprocas, cuyo cumplimiento por imperativo del artículo 1256 del Código Civil no puede quedar al arbitrio de sólo una de las partes". Con idéntica orientación se pronuncia la STS de 15-1-2009 (rec. 3647/2007), con cita de la del mismo Tribunal de 24-9-1990.*

*En definitiva, la prohibición de concurrencia desleal, está subordinada a los límites que el referido artículo 21 ET establece, ya que no basta con que exista concurrencia en la misma actividad sino que además es necesario que la misma sea desleal, para cuya determinación, es preciso atender a los elementos objetivos del relato histórico, sin que pueda ni deba acudirse a conjeturas, ya que lo que se juzga es si la actividad del trabajador en la otra empresa revela una infidelidad en el servicio que prestaba al demandado, o si la base de su actuación sean los conocimientos obtenidos en su trabajo en este último, y si esto no es así, no se produce quebranto del principio de la buena fe (entre otras STS 19/07/85 y 13/05/86).*

*CUARTO.- Como se ha dicho, es un hecho que no fue objeto de debate que la actora y la empresa para la que el demandado comenzó a prestar servicios en Julio de 2015 se dedican a la misma actividad siendo competidores directos en el mercado editorial. La actora cumplió con su obligación de pagar al demandado las cantidades a que se refiere la primera parte del pacto (50% de sus retribuciones), cantidades que en admisión tácita por el demandado de que incumplió su obligación de no trabajador para empresa de la competencia procedió a devolver admitiendo la validez de dicha cláusula.*

*Ahora bien, no se muestra conforme el demandado con las obligaciones impuestas en el pacto referidas la primera 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, y la segunda a la indemnización de daños y perjuicios causados.*

*Es cierto que la jurisprudencia civil tiene declarado (por todas, STS, Sala 1ª de 17 de enero de 2012,) que, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, " nuestro sistema, actualmente, no permite al Juez moderar la pena exclusivamente por ser "excesiva" ya que, como afirma la sentencia 473/2001, de 10 de mayo , reproduciendo otra anterior "la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes" y que (STS, Sala 1ª, rc 5086/2000, de 5 diciembre de 2007, con cita de otras anteriores), "el artículo 1154 prevé la moderación con carácter imperativo (..) para el caso de cumplimiento parcial o irregular, por lo que no es aplicable cuando se da un incumplimiento total (..) " , pero resulta oportuno recordar también que esa misma jurisprudencia civil ha declarado que "la doctrina jurisprudencial ha declarado que la cláusula penal, ciertamente obligación accesoria, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, sanciona el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación, a la vez que valora anticipadamente los perjuicios , por lo que es una excepción al régimen normal de las obligaciones, al sustituir la indemnización , lo que obliga a su interpretación restrictiva (por todas, STS de 23 de mayo de 1997 )" ( STS, Sala 1ª de 5 de diciembre de 2007, re 3066/2000 ), deduciéndose, pues, de dicha resolución, un cierto carácter híbrido sancionatorio-indemnizatorio, aunque reconociendo en este último extremo una configuración un tanto especial.*

*Por otra parte, no es posible olvidar la específica normativa del ámbito social, de la que se hace eco nuestra propia doctrina jurisprudencial, que tiene también declarado al respecto (STS, Sala 4ª de nueve de febrero de 2009, rcud 1264/2008 ) que "lo que podrá plantearse en determinados supuestos es la proporcionalidad de la indemnización prevista ("compensación económica adecuada", a la que alude el art 21 del ET ), sobre la base de que la cláusula puede resultar abusiva y contraria al principio de buena fe ( art 7.2 del CC)"*

*Procede en este caso, al amparo de dicha doctrina entrar a analizar si había proporción entre las recíprocas obligaciones establecidas en el pacto de no competencia suscrito en su día por las partes al iniciarse la relación laboral.*

*En cuanto a la obligación de reintegrar los salarios percibidos durante la vigencia del último año del contrato:*

*Como se ha expresado precisamente para evitar cláusulas abusivas o perjudiciales para los trabajadores, la norma exige que estos pactos atiendan a dos condicionantes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.*

*El primero está acreditado al tratarse de empresas que como se ha dicho están en directa competencia en el mercado editorial. En cuanto a la obligación pactada de que el trabajador tenga que devolver las retribuciones percibidas durante el año anterior a la extinción del contrato, es cierto que el trabajador ha devuelto a la empresa las cantidades*

*percibidas en concepto del 50% de una cantidad igual a sus retribuciones del últimos año y a parte de lo recibido como retribuciones variables, pero también es cierto que esas cantidades trataban de resarcir al trabajador por la falta de trabajo en empresa del mismo sector durante un año y que el mismo fue dado de alta en la empresa de la competencia el mismo día 16/7/2015, quince días antes del que se había previsto para extinguir su relación laboral con la demandante, con lo que no había ausencia de contratación que resarcir como lo admitió el demandado con la devolución de las cantidades.*

*Respecto a la cláusula que le impone 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, considera la que suscribe que es adecuada. El demandado empieza a trabajar en empresa que está en directa competencia aprovechando los conocimientos, experiencia y trato con grandes clientes adquiridos durante el tiempo que prestó servicio para la misma desarrollando en beneficio propio o de un tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa aquélla en el sector del mercado con lo que existe equilibrio entre lo obtenido por el actor durante sus años como trabajador de la actora que ahora pone a disposición de otra empresa y que le ha permitido probablemente ser contratado nuevamente como Jefe de Grandes Cuentas percibiendo unas retribuciones superiores a las que le abonaba la actora y lo que en cumplimiento del pacto de no competencia debe abonar a la demandante, obligación que fue consentida y pactada libremente por el actor al inicio de su relación laboral, con lo que procede la estimación de la demanda en este extremo condenándose al demandado a abonar a la empresa la cantidad de 89.245,07 euros.*

*QUINTO.- Reclama además la actora la cantidad de 153.697,53 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios alegando que desde que el demandado extinguió su contrato 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. Aporta informe pericial en el que consta la pérdida de clientes que no se pone en duda.*

*Hay que señalar que el daño hay que probarlo, siendo imprescindible la prueba y acreditación de la producción de un daño y el nexo causal entre una conducta y la producción del resultado lesivo. Es copiosa la jurisprudencia que precisa que la condena a la indemnización de daños y perjuicios exige la prueba de su existencia, cuya acreditación incumbe al demandante. Así lo establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2010 cuando señala que es imprescindible probar la existencia de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama. Y ello por cuanto el incumplimiento de un contrato no implica por sí solo la existencia de daños y perjuicios, que han de ser alegados y probados, y han de derivarse del pretendido incumplimiento. Por tanto, es necesario demostrar la existencia real de los daños y perjuicios para que la obligación de resarcimiento nazca y sea exigible.*

*Y en este caso, no se ha acreditado el nexo causal entre el hecho de que el demandado haya pasado a empresa de la competencia y la pérdida de clientes sufrida por la actora en el año siguiente al que dejó de prestar servicios; no consta que esas carteras hayan sido asumidas por la nueva empresa para la que el actor presta servicios y para el caso de que así fuera debería probarse que esa empresa ha conseguido esas contrataciones gracias a la formación, experiencia y contactos con clientes adquiridos por el demandado durante el tiempo que duró su prestación de servicios, lo cual conduce sin más a desestimar la demanda en este extremo.»*

**SEGUNDO:** Recurren la sentencia ambos litigantes, la demandante LEFEBVRE-EL DERECHO SA por entender que procede también el abono de los 153.697,53 € que desestima el fundamento de derecho quinto y el demandado D. RODRIGO por entender nulo el pacto suscrito y, en definitiva, la condena que se justifica en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia. Por razones de lógica argumental debemos comenzar por el estudio del recurso del demandado. Se articula al efecto un primer motivo por el apartado a) del artículo 193 de la L.R.J.S. en el que se denuncia la infracción de los artículos 97 de la L.R.J.S., 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 24 de la Constitución Española y 5 de la L.O.P.J. por supuesta incongruencia omisiva en cuanto se entiende que la sentencia no ha resuelto dos motivos de oposición a la demanda: a) la nulidad total de la cláusula de no competencia por infracción de lo previsto en el artículo 1256 del Código Civil en cuanto el cumplimiento de la misma se dejaba al arbitrio de la editorial y b) incumplimiento del pacto por parte de la empresa demandante al no haber realizado ingreso alguno de la cantidad compensatoria hasta el 14/09/2015 pese a que la baja laboral acaeció el 15/07/2015 y el plazo de opción entre ejecutar o desistir del pacto es de quince días. El motivo ha de rechazarse por la misma razón con que lo concluye el recurrente (economía procesal y que es posible resolver el debate sobre tales motivos en esta alzada) pues así establece la propia ley procesal y además no se trataría de un problema de congruencia sino de defecto de motivación. Por otra parte en los fundamentos de derecho tercero y cuarto sí se trata sobre la validez de la cláusula litigiosa por la desproporción indemnizatoria que supone la cantidad a percibir por el pacto y la cantidad a devolver por la indemnización –motivo quinto-.

Al respecto, lo primero que hemos de manifestar es que la cláusula relativa al derecho de desistimiento unilateral es manifiestamente nula por imperativo del artículo 1.256 del Código Civil pero ello no supone la nulidad del pacto. Aunque tal opción no se ejercitó sería una opción que en absoluto condicionaría el derecho del trabajador a percibir la compensación pactada precisamente por su nulidad. Fue pasados los quince días cuando de manera irregular trató de aplicar la compensación la empresa demandante, de manera irregular, decimos, pues carece de sentido que comprobado el incumplimiento del trabajador se proceda de modo incoherente a abonar la cantidad prevista para el cumplimiento. No debe confundir sin embargo tal actuación los términos del debate. Como decimos, el pacto de no competencia –hecho en interés de ambos contratantes- es válido al cumplir las exigencias del artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, lo que no quiere decir que todas sus cláusulas lo sean, si bien la nulidad específica de alguna de ellas, si podemos ubicarla fuera del núcleo duro de reciprocidad onerosa, no afectaría al vínculo conforme al principio *favor negotii*. Y ello no solo es predicable de la nulidad de la opción rescisoria unilateral, que hemos referido, sino también respecto al contenido crematístico del contrato que, en especial en este ámbito jurídico laboral, puede ser corregido –manteniendo la validez del vínculo- conforme a las exigencias de la buena fe contractual y los principios de interpretación de los contratos.

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 a indemnizar a la empresa con el 100% de su última retribución anual "así como a la indemnización de daños y perjuicios". Es manifiesta la desproporción y duplicidad de esta previsión. Es elemental entender que añadir un derecho indemnizatorio indeterminado a un pacto donde consta cuantificada la

indemnización por incumplimiento supone una duplicidad indemnizatoria y por lo tanto un derecho sin título legítimo, una abusiva pretensión de enriquecimiento sin causa, 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 y una ruptura de la bilateralidad onerosa del pacto, pretender una indemnización del 100% de la retribución del trabajador supondría un abuso antisocial manifiesto ya no solo desde la perspectiva laboral sino también la general que contempla el artículo 7 del Código Civil.

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.

Esto nos plantearía la cuestión de la nulidad parcial (otra más) de la cláusula del 100%. Pero la extraña actuación de la empresa puede interpretarse como una manifestación del verdadero sentido del pacto que evidencia que el texto literal del mismo no concuerda con la intención de los contratantes (1281, 1282, etc... del Código Civil). En efecto, constatado el incumplimiento patente y sin matices del trabajador de su compromiso contractual (hechos probados quinto, sexto y séptimo) la empresa pretendió pagar al actor su 50% retributivo y además le exigió la compensación pactada -del 100% como hemos visto-. La situación, si el trabajador no hubiera devuelto la cantidad recibida, sería precisamente de un 50% en su contra, como exigencia indemnizatoria. Así las cosas obviamente el trabajador, como incumplidor, no tenía derecho al 50% remitido por la empresa -que lógicamente en este punto no incurrió en incumplimiento alguno-. El extraño hecho de la remisión de tal cantidad después de comprobar el incumplimiento podría interpretarse como un intento de cuantificar el interés indemnizatorio en coherencia con su cuantificación contractual a través de la compensación al trabajador.

En definitiva, por una u otra vía llegamos a la conclusión de la desproporción de la compensación que fija la sentencia que ha de reducirse al 50%, estimándose en este punto el recurso.

Respecto al recurso de la empresa demandante es manifiesta su desestimación no solo por lo que expone la sentencia en el fundamento de derecho quinto, sino además y por lo ya razonado, porque la pretensión indemnizatoria que se pretende supone una abusiva duplicidad.

La revisión fáctica que se propone es procesalmente inocua. Se pretende adicionar al hecho probado noveno: "*Según el informe pericial ...* ", confundiendo pues hecho probado y medio de prueba, que como tal no es objeto del relato fáctico, sino en su caso de su justificación y no hay obviamente infracción del artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, ni del 1.101 y 1.106 del Código Civil, cuando la sentencia rechaza una pretensión basada en la pintoresca teoría de que la facturación de la empresa no dependía de las oscilaciones propias del mercado sino de la permanencia del actor, como trabajador de la empresa que tendría que garantizar el beneficio empresarial con su propio patrimonio particular.

**VISTOS** los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## **FALLAMOS**

Que estimando en parte el recurso del demandado D. RODRIGO y desestimando íntegramente el de la parte actora LEFEBVRE-EL DERECHO SA, revocamos la sentencia en el sentido de reducir la cantidad objeto de condena a 44.622,53 €

Se condena en costas a FRANCIS LEFEBVRE-EL DERECHO SL al pago de la cantidad de 400 euros a la parte contraria en concepto de honorarios de letrado.

Se decreta la pérdida del depósito constituido por FRANCIS LEFEBVRE-EL DERECHO SL para recurrir al que se dará el destino legal una vez haya adquirido firmeza la presente resolución.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

**MODO DE IMPUGNACIÓN:** Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de DIEZ DÍAS hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Siendo requisito necesario que en dicho plazo se nombre al letrado que ha de interponerlo. Igualmente será requisito necesario que el recurrente que no tenga la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o no gozare del derecho de asistencia jurídica gratuita, acredite ante esta Sala al tiempo de preparar el recurso haber depositado 600 euros, conforme al artículo 229 de la LRJS, y consignado el importe de la condena cuando proceda, presentando resguardos acreditativos de haber efectuado ambos ingresos, separadamente en la cuenta corriente nº 2828-0000-00-0950-17 que esta sección tiene abierta en BANCO DE SANTANDER sita en PS. del General Martínez Campos, 35; 28010 Madrid, pudiendo en su caso sustituir la consignación de la condena en metálico por el aseguramiento de la misma mediante el correspondiente aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por la entidad de crédito (art.230.1 L.R.J.S).

Se puede realizar el ingreso por transferencia bancaria desde una cuenta corriente abierta en cualquier entidad bancaria distinta de BANCO DE SANTANDER. Para ello ha de seguir todos los pasos siguientes:

Emitir la transferencia a la cuenta bancaria siguiente: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274. En el campo ordenante, se indicará como mínimo el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y si es posible, el nif/cif de la misma. En

el campo beneficiario, se identificará al juzgado o tribunal que ordena el ingreso. En el campo "observaciones o concepto de la transferencia", se consignarán los 16 dígitos que corresponden al procedimiento 2828-0000-00-0950-17.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

## PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día 24/07/2018 por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

NOTA: Siendo aplicable la Ley Orgánica 15/99 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10 de la LOPJ

