



Roj: **STSJ CAT 5726/2021 - ECLI:ES:Tsjcat:2021:5726**

Id Cendoj: **08019340012021102662**

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

Sede: **Barcelona**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2021**

Nº de Recurso: **5243/2020**

Nº de Resolución: **2793/2021**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **FRANCISCO BOSCH SALAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTÍCIA

CATALUNYA

SALA SOCIAL

NIG : 08019 - 34 - 4 - 2020 - 0005458

mmm

Recurso de Suplicación: 5243/2020

ILMO. SR. FRANCISCO JAVIER SANZ MARCOS

ILMO. SR. FRANCISCO BOSCH SALAS

ILMA. SRA. AMPARO ILLAN TEBA

En Barcelona a 25 de mayo de 2021

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, compuesta por los/as Ilmos/as. Sres/as. citados al margen,

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

S E N T E N C I A núm. 2793/2021

En el recurso de suplicación interpuesto por TELESCOPE EMEA, SL frente a la Sentencia del Juzgado Social 7 Barcelona de fecha 21/7/2020 dictada en el procedimiento Demandas nº 770/2018 y siendo recurrido Hipolito , ha actuado como Ponente el Ilmo. Sr. Francisco Bosch Salas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tuvo entrada en el citado Juzgado de lo Social demanda sobre Reclamación cantidad, en la que el actor alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó procedentes, terminaba suplicando se dictara sentencia en los términos de la misma. Admitida la demanda a trámite y celebrado el juicio se dictó sentencia con fecha 21/7/2020 que contenía el siguiente Fallo:

"DEBO ESTIMAR Y ESTIMO en parte la demanda promovida por D. Hipolito frente a la Empresa TELESCOPE EMEA SL, y, en tal sentido, DEBO CONDENAR Y CONDENO A TELESCOPE EMEA SL AL ABONO, A LA PARTE ACTORA DE LAS SIGUIENTES CUANTÍAS:

- En concepto de horas extras, 889 euros, más el 10% de mora empresarial, (art. 29 ET).
- 83.250 euros brutos como indemnización por no competencia post contractual.
- 9.250 euros en concepto de bonus."



SEGUNDO.- En dicha sentencia, como hechos probados, se declaran los siguientes:

1º.- La parte demandante, D. Hipolito , prestó servicios por cuenta y bajo la dependencia de la parte demandada, TELESCOPE EMEA SL, con una antigüedad de 9 de septiembre de 2016, ostentaba la categoría profesional de DIRECTOR OF TECHNOLOGY EMEA y percibió el último año un salario de 83.250 euros brutos, con inclusión a prorrata de ppee.

Fue baja en la mercantil el 26 de mayo de 2018 por despido reconocido por la empleadora como improcedente en acta de conciliación emitida en fecha 14 de mayo de 2019 por el J. Social 31 de esta localidad.

2º.- El contrato de trabajo fraguado entre las partes, de fecha 9 de septiembre de 2016, fijó una retribución anual de 70.000 euros anuales brutos, que se distribuyen en salario base más los conceptos legalmente establecidos.

3º.- En la cláusula adicional quinta del contrato fue incluido un pacto de no competencia post contractual, del siguiente tenor:

" En base a la peculiaridad y especificidad de las funciones del Empleado, éste se compromete una vez finalizado el contrato a no efectuar trabajos, ya lo sea por cuenta propia, por cuenta ajena, o prestando servicios a empresas o entidades cuya actividad en España pueda suponer competencia para la compañía. Asimismo, el empleado se compromete a no contratar a trabajadores que al tiempo de la finalización de su contrato, figuren en plantilla de la empresa.

La duración de los compromisos contenidos en esta cláusula, una vez finalizado el contrato, será de doce meses desde la fecha de terminación y su incumplimiento dara lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En virtud de lo establecido en el presente pacto y en cumplimiento del art. 21.2 ET se acuerda por ambas partes el abono de un importe bruto equivalente al 100% del salario bruto anual del trabajador, en la fecha de terminación del contrato. Dicha cantidad se abonará en el momento de la extinción del contrato de trabajo. Ambas partes acuerdan que, en el momento de finalización del contrato de trabajo y durante los 30 días siguientes, la compañía puede liberar al empleado del pacto de no competencia post contractual y, por tanto, ésta quedará exonerada del pago de la indemnización pactada."

De acuerdo con el informe de vida laboral aportado, el actor no ha ejercido actividad retribuida alguna desde que fue baja en la empresa demandada, en fecha 26 de mayo de 2018.

4º.- En burofax de fecha 29 de mayo de 2018, el remitente TELESCOPE EMEA SL notifica a D. Hipolito su voluntad de rescindir su contrato de trabajo, con remisión al art. 52 c ET, con fecha de efectos del día 26 de mayo de ese año. En el folio 3 de dicho escrito se precisa: *" Además, la Dirección de la Empresa pone en su conocimiento que Vd.*

queda totalmente exonerado del cumplimiento del pacto de no competencia post-contractual firmado en fecha 9 de septiembre de 2016, por lo que podrá prestar servicios a empresas con idéntica o análoga actividad que esta Empresa, quedando esta Empresa asimismo exonerada del abono de la cantidad pactada en la cláusula adicional quinta de su contrato de trabajo."

El desistimiento unilateral descrito, efectuado por la parte demandada en la carta de despido, es nulo, con el consiguiente derecho de la parte actora a cobrar lo pactado en la cláusula de no competencia post contractual, que asciende a 80.000 euros.

5º.- En la cláusula décima anexa al contrato de trabajo, en concepto de incentivos, fue pactado un bonus de 22.200 euros brutos totales, pagaderos en los próximos tres años, dividido en pagos de 1850 euros brutos cada trimestre, pagados a finales de los meses de enero, abril, julio y octubre, siendo el primero en octubre de 2016 y el último en julio de 2018.

Consta a nivel documental el abono al actor de

- 1.850 euros brutos, bonus octubre 2016, satisfechos en febrero de 2018,
- 1.850 euros brutos, bonus enero 2017, pagados en febrero de 2018,
- 1.850 euros brutos, bonus abril 2017,
- 1.850 euros brutos, bonus julio 2017,
- 1.850 euros brutos, bonus octubre 2017,
- 1.850 euros brutos, bonus enero 2018,
- 1.850 euros brutos, bonus mes de abril 2018,



por lo que resta pendiente de pago 9.250 euros en concepto de bonus.

6º.- Sin firma de las partes y sin constar quién efectúa la propuesta, se aporta documento de fecha 15 de mayo de 2018 elaborado con la finalidad de evitar un proceso judicial, en el que se indica lo siguiente:

" Que, de acuerdo con la cláusula décima adicional al contrato de trabajo, se pactó un bonus de 22.200 euros brutos totales pagaderos en los tres años siguientes al inicio de la relación laboral, dividido en pagos de 1850 euros brutos cada uno de los pagos, pagaderos en trimestres a finales de los meses de enero, abril, julio y octubre, siendo el primero en octubre de 2016 y el último en julio de 2019. Que, en el momento de la extinción del contrato de trabajo, la empresa reconoce que adeuda al trabajador la cantidad total de 9.250 euros brutos correspondientes al pago del bonus restante. Que asimismo la empresa reconoce que adeuda al trabajador la cantidad de 1316.98 euros brutos correspondientes al pago del bonus de objetivos de 2018. Que la empresa reconocerá dicha deuda únicamente en el acta de conciliación administrativa "

(...) " Que ambas partes acuerdan anular y dejar sin efecto el pacto de no competencia post contractual recogido en la Cláusula Adicional Quinta al contrato de trabajo firmado en fecha 9 de septiembre de 2016. Por ello, el trabajador queda exonerado del cumplimiento de dicho pacto de no competencia post contractual a partir de la firma del presente documento, por lo que podrá prestar servicios a empresas con idéntica o análoga actividad a TELESCOPE EMEA SL y, a su vez, la empresa queda exonerada de la obligación de abonar la indemnización prevista en la citada Cláusula Adicional Quinta" Aparece en autos finiquito de fecha 26 de mayo de 2018, sin firma del trabajador, de 1209,81 euros. Asimismo, propuesta de liquidación y finiquito de 11 de mayo de 2018, fecha en que se notificó el despido, igualmente sin firma, por 5.019,99 euros.

En data 23 de mayo de 2018 fue remitido por la parte demandante burofax a la demandada en el que se mostraba su disconformidad con los dos documentos anteriores.

7º.- Queda acreditada la realización de horas extraordinarias por el trabajador, sin que se haya demostrado su pago o compensación por tiempo de descanso equivalente por el empresario, lo que supone una deuda a cargo de la empresa de 889 euros, que, dada su naturaleza salarial, generan el 10% de mora empresarial, a la luz del art. 29 ET.

8º.- La parte demandante no ostenta, ni ha ostentado, la representación legal de los trabajadores.

9º.- Se intentó la conciliación, registrada en septiembre de 2018, que no dio fruto. La demanda ha sido presentada en septiembre de 2018."

TERCERO.- En fecha 30/9/2020 se dictó auto de aclaración de la anterior sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"Estimo la petición formulada por la letrada Ana Morales Serrano, de la parte actora, de aclarar el error involuntario en la Sentencia nº 112/2020 de fecha 21/07/20, en el sentido de que queda definitivamente redactada de la siguiente forma:

" Se aclara la Sentencia en el sentido de añadir la expresión :

- más el 10% por mora empresarial a la cuantía de 9.250 € que , en concepto de bonus se recoge en el Fallo de la Sentencia. " "

CUARTO.- Contra dicha sentencia anunció recurso de suplicación la parte demandada, que formalizó dentro de plazo, y que la parte contraria, a la que se dió traslado, lo impugnó, elevando los autos a este Tribunal dando lugar al presente rollo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la empresa contra la sentencia de instancia que ha estimado la demanda del trabajador, de categoría "director of technology EMEA", con retribución de 82.250 € anuales, de que se le abone el importe pactado para no concurrencia después de extinguido el contrato de trabajo, así como que se le abonen los importes de un plus durante los períodos posteriores al despido de que fue objeto, y finalmente a que se le abonen 889 € en concepto de horas extraordinarias.

Conforme a los hechos declarados probados, que no se impugnan el trabajador comenzó a prestar sus servicios el 9 de septiembre de 2016 y fue despedido con efectos del 26 de mayo de 2018, despido que fue conciliado judicialmente como improcedente. En la cláusula adicional 5ª del contrato se especificaba conforme al hecho probado 3º en que éste se comprometía una vez finalizado el contrato "a no efectuar trabajos, ya lo sea por cuenta propia, por cuenta ajena o prestando servicios a empresas o entidades de actividad en España puede suponer competencia para la compañía. Asimismo el empleado se compromete a



no contratar a trabajadores que al tiempo de la finalización de su contrato figuren en plantilla de la empresa. La duración de los compromisos contenidos en esta cláusula, una vez finalizado el contrato, será de 12 meses desde la fecha de terminación y su incumplimiento de la lugar a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En virtud de lo establecido en el presente pacto y en cumplimiento del artículo 21.2 ET se acuerda por ambas partes al abono de un importe bruto equivalente al 100×100 del salario bruto anual del trabajador, en la fecha de terminación del contrato. Dicha cantidad se abonará en el momento de extinción del contrato de trabajo. Ambas partes acuerdan que, en el momento de finalización del contrato de trabajo durante los 30 días siguientes, la compañía puede liberar al empleado del pacto de no competencia post contractual y, por tanto, esta quedara exonerada del pago de la indemnización pactada".

El trabajador fue despedido con remisión al artículo 52C del estatuto de los trabajadores con fecha de efectos del 26 de mayo de 2018, despido que como se ha dicho fue conciliado. En la carta se señalaba que "además, la dirección de la empresa opone en su conocimiento que usted queda totalmente exonerado del cumplimiento del pacto de no competencia post contractual firmado en fecha 9 de septiembre de 2016, por lo que podrá prestar servicios a empresas con idéntica o análogo actividad que esta empresa, quedando esta empresa asimismo exonerada del abono de la cantidad pactada la cláusula adicional 5ª de su contrato de trabajo".

Además en la cláusula anexa 10ª del contrato se pactó un bonus de 22.000 € brutos totales pagaderos en los próximos 3 años, divididos en pagos de 1850 € brutos cada trimestre, pagados a finales de los meses de enero, abril, julio y octubre, siendo el primero en octubre de 2016. Conforme al hecho 5º la empresa abonó estos importes hasta el mes de abril de 2018, esto es el mes anterior al del despido por un importe que conforme a los fundamentos asciende a un total de 12.950 €. La sentencia recurrida ha entendido que la empresa le adeudaba la cuantía por este concepto de 9250 € en concepto de bonus, hasta alcanzar el total de los 3 años.

Finalmente la sentencia ha condenado a la empresa al abono de la cantidad de 889 € y la realización de horas extraordinarias respecto de las la sentencia argumenta en los fundamentos que en su contestación a la demanda la demandada no negó su realización, sino que razonó que no había lugar a su abono puesto que fueron compensados con horas ordinarias de trabajo, o, dicho de otro modo con tiempo de descanso. Por todo ello condenó asimismo a su abono.

En cuanto al pacto de no concurrencia, la sentencia recurrida aplica la jurisprudencia del Tribunal Supremo iniciada por la sentencia de 15/1/2009 y las que cita, y ha condenado a la empresa al abono de la cantidad de 83.250 €, correspondientes a un año de trabajo, ya que argumenta que no cabe el desistimiento unilateral extrajudicial bien sea del empresario o del trabajador de forma que incluso cuando las partes de común acuerdo pacten en el contrato de la facultad empresarial de denuncia del pacto de no competencia es criterio de la jurisprudencia que son nulas las cláusulas por las que la empresa introduce la posibilidad unilateral de renunciar a la efectividad del pacto, por obedecer al arbitrio de una sola de las partes con invocación del artículo 1256 del código civil.

SEGUNDO.- Al amparo del artículo 193C de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la empresa recurrente denuncia la infracción de los artículos 3.1 C) y 21 del estatuto de los trabajadores en relación con los artículos 1091, 1156, 1255, 1256, 1261 y 1281 del Código Civil y de la Jurisprudencia que cita.

Entiende la recurrente que en realidad la empresa no desistir unilateralmente de la ejecución del contrato, sino que la liberación del pacto de no competencia obedece a una facultad acordada por ambas partes y prevista expresamente en el contrato de trabajo. Señala que tal liberación se produjo al no concurrir uno de los requisitos de validez del pacto de no competencia post contractual del artículo 21.2 a del Estatuto de los Trabajadores, al no concurrir ya en el momento de la extinción el interés legítimo de la empresa para la aplicación de la cláusula de no competencia. La razón de ello estriba, según argumenta la recurrente en su escrito de recurso, la escasa duración del contrato de trabajo, que inicialmente se había previsto como indefinido, y que posteriormente hubo de extinguirse poco más de un año después de su inicio, sin que en consecuencia el trabajador llegara al conocimiento de los secretos industriales o tecnológicos de la empresa que hicieran necesaria su utilización por terceros. Señala que inversamente a lo que la sentencia recurrida entiende, si su cumplimiento no puede dejarse al arbitrio de una sola de las partes, el trabajador no puede ignorar su contenido íntegro, pactado sin existencia de vicio contractual alguno por ambas partes. Señala que la cláusula referida no puede calificarse como nula por contraria al artículo 1256 del Código Civil, dado que la misma procede de la libre voluntad de las partes manifestada con claridad en la que el pacto, todo ello de acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad legalmente ejercitada. Alega que el trabajador nunca se opuso al contenido íntegro del pacto y que una interpretación del mismo sujeta a la regla de interpretación de los contratos lleva a concluir la voluntad bilateral de pactar la forma de liberación de las cláusulas. Sigue señalando que el interés industrial debe de existir desde el momento en que el pacto se concierta y especialmente al desplegar sus efectos tras extinguirse la relación laboral, pues el importante es que exista un interés industrial entendido como existencia de un riesgo para la empresa, de manera que el pacto de no competencia se condiciona por la



ley a que el empresario tenga y mantenga un efectivo interés industrial o comercial en que el trabajador no desarrollen actividad competencia. Razona que cuanto menores del grado de control del trabajador sobre los negocios del empresario, que disminuye el riesgo de que éste se vea afectado si el trabajador se marcha y en consecuencia desaparece el interés empresarial en el compromiso de atención de competencia por parte del trabajador. El desconocimiento de la información o de secretos de relevancia competitiva es uno de los factores claves a la hora de valorar si el trabajador podía o no podía situarse en una posición competitiva y en este caso el trabajador no tenía conocimiento de dicha información habida cuenta de la escasa duración del contrato de trabajo. Todo ello impedía que en el caso dada la forma de extinguirse el contrato no fue necesario evitar la competencia por el antiguo trabajador. En conclusión razona que el pacto de no competencia post contractual no dependía del arbitrio de una de las partes, sino del desarrollo de los acontecimientos y de una doble condición establecida legalmente, cuál es la subsistencia del interés industrial, que en el momento inicial dependía de circunstancias futuras de inciertas y en ningún caso de la exclusiva voluntad de la empresa, sino de circunstancias tales como la duración efectiva del contrato, las funciones desarrolladas por el trabajador durante los escasos meses de vigencia de la relación laboral y de la información que éste pudo obtener durante la vigencia del contrato.

No ignora la Sala la jurisprudencia del Tribunal Supremo Sala 4ª al que se refiere la sentencia recurrida. No obstante entiende que en el presente caso concurren circunstancias que la hacen inaplicable en la medida en que la liberación de la cláusula de no competencia no se produjo por causa de la libre voluntad de la empresa sino por causa de las circunstancias concurrentes en el momento de la extinción, que no podían preverse de forma precisa en el momento del contrato.

En relación a la posibilidad de extinción de los contratos por la libre voluntad de una de las partes, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, con competencia propia sobre la materia, ha venido matizando de forma compleja las circunstancias precisas para su aplicación y en concreto ha entendido que:

a) Ha de distinguirse entre la obligación potestativa pura, que depende de la mera voluntad de la parte, de la condición potestativa simple, que si depende en parte de la voluntad, depende también de otros hechos externos, lo que hace que la condición sea válida. Así señala la **STS Sala Civil 3 diciembre 1993** que "la condición, como causa a la que se subordina o de la que se hace depender la eficacia del contrato hay que aplicarla a todo el ámbito contractual [S. 18-5-1963] y la realización del evento estipulado como tal constituye un requisito necesario para la plena efectividad de la relación, sin que la obligación sea exigible durante la fase de pendencia [S. 30-6-1986 y para llegar a la rescisión, como hace la sentencia recurrida, teníamos que estar en presencia de una condición pura no pendiente o ante una obligación a término, en ninguno de cuyos supuestos nos encontramos, en contra de lo afirmado por la Audiencia, ya que la mera lectura de la cláusula controvertida revela que se estableció una **condición potestativa simple**, que no dependía exclusivamente del mero arbitrio del comprador, ya que sobre su voluntad incidían, e inciden, una serie de motivos, intereses, dificultades, aspiraciones, o apetencias (construcción de las naves) no dependiendo exclusivamente de su voluntad, aunque pudieran inclinarla en uno u otro sentido, pero que no implican ese libre arbitrio a que se ha hecho alusión; ciertamente **la obligación potestativa pura** hace nula la obligación que de ella depende de acuerdo con el primer apartado del art. 1115 del CC, en relación con el art. 1256, del que constituye una mera especificidad, pero no ocurre así con las condiciones simplemente potestativas, como la que nos ocupa, en la que la obligación, *si depende en parte de la voluntad, depende también de otros hechos externos, lo que hace que la condición sea válida* [SS. 29-11-1919, 4-3-1926, 22-11-1927, 6-2-1954 y 10-12-1960] interpretando a sensu contrario el expresado art. 1115".

b) En el mismo sentido la **STS 355/2005 de 16 mayo**, según la que "la condición que contempla el art. 1.115 CC es la puramente potestativa, es decir, que depende del mero arbitrio del obligado, pero no es aplicable cuando su voluntad está en estrecha dependencia de motivos razonables. Que no estamos ante una condición del primer tipo nos lo dice la misma fundamentación del motivo, que desecha la nulidad de la condición (sic) por "opuesta a la voluntad de las partes, ya que con la lectura del contrato queda patente que dicha regulación sobre el destino del depósito era parte importante del contrato y que por ello las partes no podían querer su nulidad". Con mayor precisión la SSTS civil **305/2012 de 16 mayo** señala que "de forma pareja a otros ordenamientos próximos -así, el artículo 1174 del Código de Napoleón dispone que "[t]oute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige" (toda obligación será nula cuando hubiera sido contraída bajo una condición potestativa por parte de quien se obligue); y el 1355 del italiano "[e] nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore" (es nula la enajenación de un derecho o la asunción de una obligación subordinada a una condición suspensiva que la haga depender de la mera voluntad del transmitente o, respectivamente, de la del deudor)- el artículo 1115 del Código Civil dispone que "[c]uando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad



del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código".

La norma, en consecuencia, como indica la sentencia de la primera instancia y reitera la de apelación, exige distinguir entre las condiciones puras o rigurosamente potestativas -condición si volam, si voluero- dependientes exclusivamente de la voluntad del deudor o del mero arbitrio del obligado, de las condiciones simplemente potestativas en las que la condición depende en parte de otros hechos o motivos que representen intereses apreciables y razonables, quedando excluida la arbitrariedad (en este sentido, sentencias 355/2005, de 16 de mayo , y 1139/1993, de 3 de diciembre), ya que tal condición, como precisa la sentencia 783/2007, de 28 de junio , "sólo se da si depende del "mero arbitrio" del obligado".

c) La jurisprudencia ha puesto en relación el Artículo **1115**, referido en las sentencias más arriba sobre la nulidad de la obligación condicional, en el sentido de que "cuando el cumplimiento de la condición depende de la exclusiva voluntad del deudor, la obligación condicional será nula. Si dependiere de la suerte o de la voluntad de un tercero, la obligación surtirá todos sus efectos con arreglo a las disposiciones de este Código", con el art. **1256** CC sobre la arbitrariedad unilateral de los contratos, en el sentido de que "la validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes". Así la **STS 329/2013 de 6 mayo** declara que " el artículo 1256 proclama la necesidad, esencia de la obligación, como han recordado las sentencias del 26 junio 2008, 19 febrero 2010, 31 marzo 2011 en el sentido de que no puede quedar su validez y cumplimiento a la voluntad potestativa de una de las partes, *lo que se pone en relación con el 1115* que proscribe la condición potestativa, que la jurisprudencia preconiza una **interpretación restrictiva**, como dice la sentencia de 28 junio 2007 y contemplan las de 16 mayo 2005 y 3 octubre 2007"

d) En todo caso, ha señalado que la consecuencia de la incorporación de una condición puramente potestativa no sería la "depuración" de esta condición, sino "la nulidad de la obligación condicionada", esto es, la nulidad del contrato. De manera que no valdría la obligación sin la condición, sino que la obligación misma devendría nula. Dice la **109/2014 de 7 marzo que** "... el pacto de establecimiento de una condición puramente potestativa incorporada a una obligación puede carecer de seriedad, pero no es ilícito - salvo en el ámbito del derecho del consumo - y, por ello, la consecuencia de su utilización **no sería la depuración - que es lo que entendió el Juzgado de Primera Instancia y sostiene la recurrente -, sino la nulidad de la obligación condicionada, esto es, la nulidad del contrato**".

e) La **STS civil 1259/2007 de 30 noviembre** , ha reiterado con claridad que las cláusulas que invalidan el contrato son aquellas que dependen de la pura o mera voluntad de la parte, pero no aquellas " *en la que la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén confiadas a la sola valoración del interesado* ". Así indica la sentencia : "Finalmente, la interpretación que proponen los recurrentes, contra la que han realizado de modo concorde las sentencias de instancia, dejaría a la voluntad de los deudores la subsistencia de la relación contractual, con infracción de la regla del artículo 1256 del Código civil , pues tal y como los recurrentes la presentan, la cláusula facultaría a los deudores para dejar de cumplir las prestaciones que les corresponden y provocar, con ello, la resolución sin más consecuencias, es decir, sin que se les pudiera reclamar ni el precio ni los intereses no pagados ni, desde luego, los que se fueran a devengar en el futuro. La posibilidad de que se produzca el desistimiento unilateral o denuncia del contrato mediante el ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo ha sido admitida por la jurisprudencia (SSTS 29 de enero de 1972, 3 de marzo de 1992 , 9 de enero de 1995 , etc.) que incluso ha aceptado con carácter de "condición no invalidante" aquélla *en la que la voluntad del deudor depende de un conjunto de motivaciones e intereses que, actuando sobre ella, influyen en su determinación, aun cuando estén confiadas a la sola valoración del interesado* (SSTS 15 de noviembre y 3 de diciembre de 1993 , 13 de febrero de 1999, etc.), pero ha de basarse en una previsión contractual explícita, que no se da en el caso"

f) La consecuencia es que, conforme a la **STS Sala 1ª núm. 783/2007 de 28 junio** , "Así, no se ha infringido el artículo 1115 del Código civil , ni tampoco el 1117, ya que no se impuso una condición meramente potestativa, como se ha dicho y como resalta la jurisprudencia que preconiza una interpretación restrictiva (sentencia de 13 de febrero de 1999) y sólo se da si depende del "mero arbitrio" del obligado (sentencia de 16 de mayo de 2005). Ni tampoco el 1256, ya que aquel negocio jurídico básico no depende del arbitrio de una de las partes, sino del desarrollo de los acontecimientos y de una doble condición y dicho artículo proscribía la alteración o extinción de una obligación por la voluntad unilateral de una de las partes (así, sentencias de 27 de febrero de 1997, 13 de abril de 2004 , 30 de noviembre de 2005)". De manera que conforme a la **STS 1ª 313/2015 de 21 mayo** , "la jurisprudencia de esta Sala ha considerado aplicable la previsión del art. 1115 del Código Civil a la condición puramente potestativa, es decir, que depende del mero arbitrio del obligado, pero no cuando su voluntad está en estrecha dependencia de motivos razonables. Así lo han declarado, entre otras, las sentencias núm. 355/2005, de 16 mayo, y 305/2012 de 16 mayo"



g) Con ello no se infringe el principio de "pacta sunt servanda", conforme a la STS Civil Sentencia núm. **615/2016 de 10 octubre**, ya que "no se vulnera el principio pacta sunt servanda [los pactos deben cumplirse], del que es expresión el citado precepto del CC, más que cuando el tribunal cuya sentencia se somete a examen ha desconocido la obligatoriedad del contrato (SSTS, entre las más recientes, de 10 de mayo de 2006 , Rec. 3184/1999 , 22 de junio de 2006 , Rec. 4210/1999 , 20 de julio de 2006, Rec. 3121/1999 , 24 de octubre de 2006, Rec. 2624/1999 y 7 de febrero de 2007, Rec. 1435/2000)".

h) La jurisprudencia ha señalado además (**STS Civil 85/2010 de 19/2**), que " *la posibilidad de desistir o alterar el contrato es posible cuando está previsto por las partes; lo cual se aplica en cualquier caso de la presencia de unas discutidas cláusulas*". Así la sentencia argumenta que "las cláusulas a que se ha hecho referencia han sido declaradas nulas por la sentencia objeto de este recurso, tal como se ha dicho. Tras un detallado razonamiento, la sentencia de la Audiencia Provincial "llega a la conclusión de que las cláusulas analizadas son abusivas y nulas ya que las mismas causan, en perjuicio de la actora, un evidente y claro desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes, la demandada, con infracción de lo prevenido en el artículo **1256** del Código civil ". Y añade: "Asimismo el impago por parte de la propiedad no puede repercutirse en la actora porque, habiendo realizado bien su trabajo, ésta tiene derecho a cobrar la prestación pactada y la aplicación de las cláusulas litigiosas supone o implica de facto que el pago quede al arbitrio de la demandada, no disponiendo la actora de ningún medio para hacerlo efectivo ya que en el contrato también se pacta que se renuncia a la acción directa del artículo 1597 del Código civil ".

El motivo de casación se formula por infracción por aplicación errónea del artículo **1256** del Código civil . Efectivamente, la Audiencia Provincial declara la nulidad de las cláusulas por entenderlas abusivas y que causan un desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes dejando el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes . Lo cual no es aplicable al presente caso y se debe estimar el motivo.

En primer lugar, por el propio concepto del principio de la necessitas, esencia de la obligación, por el que no se permite que cualquiera de las partes -acreedor o deudor- pueda desligarse del contrato o alterarlo; lo cual se corresponde con la lex contractus que enuncia el artículo 1091 del Código civil . Así lo han desarrollado las sentencias de 23 de febrero de 2007 y 26 de junio de 2008 . En el presente caso, se aceptaron por ambas partes unas cláusulas y precisamente en virtud de la lex contractus y de la necessitas, están obligadas a cumplirlas, tal como han declarado en supuestos análogos, las sentencias de 24 de septiembre de 2007 y 30 de noviembre de 2007 ; la posibilidad de desistir o alterar el contrato es posible cuando está previsto por las partes; lo cual se aplica en cualquier caso de la presencia de unas discutidas cláusulas.

i) La norma del art. 1256 CC no tiene carácter absoluto, ya que no puede excluirse, en las condiciones referidas, la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos. Así la **Sentencia Sala 1ª núm. 217/2011 de 31 marzo señala que** "las partes discuten, porque así se ha planteado, sobre si se incumplió o no la disposición del art. 1256 CC, porque las dos sentencias recaídas en este procedimiento declaran la nulidad, al entender que se ha dejado "la validez y el cumplimiento" del contrato al arbitrio de una de las partes, la esposa, interpretando y sobreponiendo la naturaleza unilateral de la obligación creada, con la iniciativa en la ruptura del matrimonio.

El art. 1256 CC es una consecuencia lógica del art. 1254 CC, que determina la existencia de contrato desde que dos personas consienten en obligarse; la protección de la autonomía privada y la seguridad del tráfico impiden que se deje al arbitrio de una de las partes la validez y eficacia del contrato, de modo que lo que se prohíbe en esta disposición es que sea la voluntad de uno de los contratantes la que determine los requisitos del contrato, o bien que se deje al arbitrio de uno el entero cumplimiento, o que se permita la conducta arbitraria de uno de ellos durante la ejecución del contrato. En definitiva, se trata de una norma que no tiene carácter absoluto, *porque no puede excluirse la posibilidad de desistimiento unilateral de los contratos* (Ver SSTS de 9 enero 1995 , 27 febrero 1997 , 4 diciembre 1998).

La aplicación del art. 1256 CC en este caso, es claramente contraria a las disposiciones reguladoras del contrato, porque tiene su origen en una interpretación que llega a resultados absurdos, de acuerdo con la literalidad del propio contrato. Según se ha reproducido en el FJ primero de esta sentencia, los cónyuges pactaron que " En el supuesto de que se produzca de nuevo la separación de los comparecientes, D. Ruperto vendrá obligado a lo siguiente[...]"; por tanto, la obligación de D. Ruperto surgía fuera quien fuera quien iniciara la nueva separación y es por ello que interpretar esta cláusula en el sentido de que se dejaba a la iniciativa de la recurrente la eficacia del pacto, lleva a un resultado no admisible de acuerdo con las reglas de la interpretación que pueden ser revisadas por esta Sala en aquellos casos en que esto se produzca (STS de 14 febrero 2010).

La aplicación de la doctrina de esta Sala lleva a declarar la validez del contrato, denominado convenio regulador, celebrado por la recurrente y su esposo en 1989".

j) **En el mismo sentido la Sts 1222/1995 de 9/1 ha decidido que** "la doctrina (Sentencias de 29 mayo 1972 y 30 febrero 1983) viene negando que el cumplimiento del contrato haya quedado al arbitrio de uno de los



contratantes cuando éste limita su actuación al ejercicio de un derecho potestativo incluido en el contrato mismo"

k) Finalmente ha de concluirse con el sentido de la norma discutida, interpretada históricamente, en el sentido de la **STS Sala 1ª 406/2016 de 15 junio**, según la que "ante la gravedad de las consecuencias que cabría extraer de una interpretación puramente literal de dicho artículo ("La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"), se ha sostenido autorizadamente, a la luz del comentario de García Goyena a su precedente, el artículo 979 del Proyecto del 1851 sin paralelo en la codificación decimonónica, que se trataría de una generalización poco meditada, para los contratos, de la regla del artículo 1115.I CC -nulidad de la obligación contraída bajo una condición puramente potestativa-, procedente de textos del Digesto referidos a las obligaciones nacidas de *stipulatio* (por consiguiente, con un solo acreedor y un solo deudor). No expresaría, así, sino el principio lógico de que, en frase del propio García Goyena, "quedar, y no quedar obligado, son cosas incompatibles".

En cualquier caso, con seguridad no puede darse al artículo **1256** CC un significado normativo distinto del que naturalmente se desprende del artículo 1091 del mismo Código : si "las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse a tenor de los mismos", no puede uno de los contratantes desvincularse o desligarse del contrato por su sola voluntad; pero, claro es, salvo que otra cosa se haya pactado válidamente (arts. 1255 CC y 25.1 LCSP) en el contrato mismo de que se trate.

Cabalmente por ello, las Sentencias de esta Sala 1222/1995, de 9 de enero (Rec. 2800/1991), 1259/2007, de 30 de noviembre (Rec. 4502/2000), 85/2010, de 19 de febrero (Rec. 2129/2005) y 217/2011, de 31 de marzo (Rec. 807/2007) han declarado que no cabe dar al artículo **1256** CC el significado de prohibir la inclusión en el contrato mismo de un pacto que otorgue a uno de los contratantes un derecho potestativo de desistimiento o denuncia unilateral".

TERCERO.- En el presente caso y a la luz de la jurisprudencia citada ha de recordarse que en el presente caso el pacto de no competencia para después de finalizado el contrato de trabajo se concertó libremente entre dos partes de estatus análogo, pues el trabajador era antiguo empresario, y con alta cualificación, que pactó cláusulas de abono de bonus y de pacto de no competencia, con abono de todo un año de salarios, en el que ambas partes acordaron de forma inicial un contrato indefinido, cuya finalización no podía preverse por tanto, en el que en aquel momento inicial entendieron que podía existir en su momento, indeterminado, un interés industrial en preservar los eventuales secretos de la empresa frente a su difusión pública entre la competencia por causa de que el trabajador, altamente cualificado, pasara a prestar servicios en otras empresas de la competencia.

Ha de distinguirse por tanto entre el momento de la formalización pacto, que ordinariamente es el del contrato de trabajo, aunque nada obsta que se pacte en un momento posterior, y el de la ejecución. El requisito legal del pacto es el de que - además de que se abone la lógica compensación adecuada- la empresa tenga "un efectivo interés industrial o comercial en ello" (art. 21.2 a) ET). Este interés industrial ha de ser tanto en el momento de la formalización, como en el momento posterior e indeterminado de su ejecución. Entre ambos momentos pueden variar las circunstancias, de modo que el interés existente en un momento puede no existir en otro, singularmente cuando las tecnologías aplicadas por la empresa no sean ya susceptibles de conllevar un riesgo tecnológico en el mercado, en caso de su difusión, por ejemplo en caso de obsolescencia u otros, entre puede concurrir el que de que el trabajador no haya alcanzado un grado de conocimiento de los secretos protegidos, bien por la brevedad del contrato o por las circunstancias de su realización.

En estos casos el interés industrial al que se refiere la norma, si bien puede existir en el momento de la formalización, en principio o preverse que pueda existir, puede no existir al final en el momento de la ejecución, momento que es el realmente determinante, pues es el instante en que eventualmente el trabajador ha de ver limitada su capacidad de trabajo a fin de evitar la difusión de los secretos tecnológicos u otros de la empresa y percibir por ello una compensación. No puede excluirse pues en modo alguno que lo que en un principio sea una mera previsión o posibilidad de afectación, realmente no lo sea de hecho en el momento de la realidad de la ejecución, pues entre ambos momentos nada obsta a que múltiples circunstancias en el ámbito concernido hayan variado.

La particularidad de este pacto de no competencia no parece excluir por su naturaleza que en el momento meramente tentativo de la formalización pueda pactarse libremente y con las debidas cautelas el que la ejecución no se realizará, de haber variado el interés industrial que el pacto protege. En estos casos la ejecución del contrato no se deja a la pura voluntad arbitraria de la parte, de manera que el pacto quede sin efecto obligacional alguno, sino que por su propia naturaleza o causa en sentido legal, la apreciación de que esta causa sigue existiendo ha de hacerse en el momento posterior de la ejecución. No parece admisible, atendida esta naturaleza, que pactada inicialmente la no competencia, deba de cumplirse forzosamente con



posterioridad, cualquiera que sea el tiempo y las circunstancias transcurridas, sin posibilidad de inaplicación en base a las circunstancias existentes en el momento de la ejecución. La formalización inicial en realidad es una mera previsión de que, invariadas las circunstancias y habiendo accedido el trabajador de hecho al conocimiento de los secretos protegidos, éstos no han de ser difundidos. Nada obsta a que ninguna de estas circunstancias se de en el momento de la ejecución, por lo que en realidad no concurre el requisito del interés industrial, que la recurrente insiste que ha de entenderse sustancialmente referido el momento de la extinción del contrato, y no solo al de su formalización, ya que es entonces cuando ha de concurrir y ha de protegerse, mediante la debida compensación.

Por tanto ha de concluirse que en casos como el presente en que el contrato, pactado como indefinido, tuvo una corta duración de poco más de un año, y en que en consecuencia puede aceptarse la posición de la parte de que el trabajador no accedió al conocimiento profundo de las materias protegidas, y que por tanto no existía el interés industrial que inicialmente se previó como probablemente existente, no en exigido desde una perspectiva de la reciprocidad de las obligaciones propia del contrato de trabajo obligar a la empresa a abonar al trabajador una año entero de salarios, altos, por el hecho de haberse pactado en un contrato indefinido que a la finalización podría exigirse la no difusión de los secretos referidos. No puede excluirse tampoco un atentado a la buena fe, si se pacta con absoluta libertad y dominio de la negociación del contrato, la posibilidad de excluir la aplicación de lo inicialmente pactado en principio, y posteriormente se niega tal posibilidad libremente acordada. Como señala la jurisprudencia civil, la obligatoriedad de los pactos es bilateral, y además no existe infracción cuando la ejecución unilateral de una cláusula pactada se hace no en base a mera arbitrariedad, sino en base a una causa objetiva, aunque apreciable por la parte. Nótese finalmente que en estas materias, y por razón de la finalidad legal de la cláusula de no competencia, no es exigible una prueba, más allá de meros indicios, de la falta de interés industrial sobrevenida que, a la postre, obligue a difundir ante todos los secretos que la norma pretende proteger. Por todo ello, en el presente caso, ha de entenderse que por razón de la escasa duración del contrato y la consiguiente escasa implicación en los elementos confidenciales de la empresa, no subsistía el interés industrial en el momento de la ejecución del pacto, razón por la que el trabajador no tiene derecho a percibir los en torno a 83.000 € pactados para el caso de que el pacto se llevara a cabo. Ha de señalarse, en fin, que en el presente caso no se está ante una discutible percepción de la compensación abonada durante la ejecución del contrato, de modo que la escasa cuantía del salario permita pensar que la tal eventual compensación no es sino una parte del salario ordinario. La compensación debía de abonarse íntegramente tras la finalización del contrato, cuando se comenzara la ejecución de la cláusula.

CUARTO.- En cuanto al bonus, denuncia la recurrente la infracción del art. 26 ET en relación al 1256 CC. Efectivamente de la cláusula décima del anexo del contrato no puede entenderse que el trabajador tenía derecho a percibir tres años de bonus, aunque no llegara a trabajar en este período. Su naturaleza de salario implica que su percepción como contraprestación exige la realización previa de la prestación de servicios, a salvo que otra cosa se hubiera pactado de forma clara. El trabajador percibió su bono puntualmente hasta el mes anterior al de despido, de modo que sólo fue desde el 1/5 al 26/5/2018, cuando fue despedido, que no percibió el complemento. Por tanto tiene derecho a la percepción de 522.82 € como parte proporcional al bono no percibido desde el día siguiente al del último cobro hasta la fecha de la extinción de la relación laboral, con los intereses legales al 10%.

Finalmente, respecto de las horas extras las partes discrepan sobre si la empresa no negó la realización de las mismas y solo alegó que habían sido compensadas con descanso, como indica la sentencia recurrida al final de su fundamento primero, o si, como sostiene la empresa en el acto de juicio negó la realización de las horas extras, con lo que la carga de su realización corresponde al trabajador. Examinada la grabación del acto de la vista resulta que efectivamente, tal como indica la sentencia recurrida, la empresa alegó compensación de las horas extras realizadas en el mes de agosto por jornada intensiva, por lo que al no acreditar la compensación alegada procede la condena al abono de las mismas por importe de 889 €, más intereses al 10%.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso interpuesto por TELESCOPE EMEA, SL contra la sentencia dictada el 21/7/2020 por el juzgado de lo social 7 de Barcelona en los autos 770/2018, debemos de revocar y revocamos la sentencia recurrida, en el sentido de absolver a la demandada de la indemnización por el pacto de no competencia, así como condenamos a la empresa recurrida al abono de la cantidad de 522,82 € en concepto de bono, y a la cantidad de 889 € en concepto de horas extras, más intereses legales al 10%.



Procédase a la devolución a la recurrente del depósito que hubiera constituido para recurrir y dése el destino legal a las consignaciones o los aseguramientos prestados, si fuere el caso, una vez firme la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, y expídase testimonio que quedará unido al rollo de su razón, incorporándose el original al correspondiente libro de sentencias.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia se devolverán los autos al Juzgado de instancia para su debida ejecución.

La presente resolución no es firme y contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina para ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. El recurso se preparará en esta Sala dentro de los diez días siguientes a la notificación mediante escrito con la firma de Letrado debiendo reunir los requisitos establecidos en el Artículo 221 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 229 del Texto Procesal Laboral, todo el que sin tener la condición de trabajador o causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social o no goce del beneficio de justicia gratuita o no se encuentre excluido por el artículo 229.4 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, depositará al preparar el Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, la cantidad de 600 euros en la cuenta de consignaciones que tiene abierta esta Sala, en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 66, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos.

La consignación del importe de la condena, cuando así proceda, se realizará de conformidad con lo dispuesto en el artículo 230 la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, con las exclusiones indicadas en el párrafo anterior, y se efectuará en la cuenta que esta Sala tiene abierta en BANCO SANTANDER, cuenta N° 0965 0000 80, añadiendo a continuación seis dígitos. De ellos los cuatro primeros serán los correspondientes al número de rollo de esta Sala y dos restantes los dos últimos del año de dicho rollo, por lo que la cuenta en la que debe ingresarse se compone de 16 dígitos. La parte recurrente deberá acreditar que lo ha efectuado al tiempo de preparar el recurso en esta Secretaría.

Podrá sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento de la condena por aval solidario emitido por una entidad de crédito dicho aval deberá ser de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento.

Para el caso que el depósito o la consignación no se realicen de forma presencial, sino mediante transferencia bancaria o por procedimientos telemáticos, en dichas operaciones deberán constar los siguientes datos:

La cuenta bancaria a la que se remitirá la suma es IBAN ES 55 0049 3569 920005001274. En el campo del "ordenante" se indicará el nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y el NIF o CIF de la misma. Como "beneficiario" deberá constar la Sala Social del TSJ DE CATALUÑA. Finalmente, en el campo "observaciones o concepto de la transferencia" se introducirán los 16 dígitos indicados en los párrafos anteriores referidos al depósito y la consignación efectuados de forma presencial.

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

Publicación.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, de lo que doy fe.