

# TRIBUNAL CENTRAL DE TRABAJO. CONTRATO DE TRABAJO Y OTRAS MATERIAS

## COMPETENCIA DESLEAL: EL CAMBIO NORMATIVO Y LA POSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA

(STCT de 21 de septiembre de 1982; Rep. Ar. 4.877.)

El ET, al introducir la buena fe como uno de los deberes básicos que para el trabajador derivan de la relación de trabajo, realiza una labor de precisión dogmática corrigiendo los efectos de ciertas teorías cuyas prolongaciones habían sobrevivido a las propias concepciones que les dieron origen. Pero no sólo se limita a sustituir una noción relativamente obsoleta —la del deber de fidelidad— por otra más moderna. Está realizando una operación que tiene efectos en cadena, al colorear bajo aspectos nuevos viejos deberes que no habían desaparecido del texto de la ley. La prohibición que pesa sobre el trabajador de abstenerse de hacer concurrencia a su empresario sería uno de esos deberes que deberían reconsiderarse a la luz del nuevo modo de entender las relaciones laborales que parece que inspira el ET. La reconsideración de este deber y de su alcance, además, vendría impuesta por la necesidad de valorar los cambios en la terminología que emplea el ET en comparación con su más inmediato precedente. Pues bien, a interpretar el artículo 21.1 ET se dedica la STCT comentada.

El supuesto de hecho que se somete a la consideración del juez está constituido por la conducta de un trabajador, que «presta sus servicios a la empresa demandada, que se dedica a la reparación de automóviles, y que de forma habitual al finalizar la jornada de aquélla, y en sus días libres, se dedica a trabajar en un taller de su propiedad, sito en la misma población que el de la empresa dedicándose a idéntica actividad de reparación de automóviles e incluso de la misma marca de la que aquélla es concesionaria oficial», todo ello sin que hubiera sido autorizado a desenvolver estas actividades. Ante estos hechos, el TCT encuentra justificado el despido por transgresión de la buena fe contrac-

tual, manifestada en la «conurrencia desleal» que el trabajador está haciendo a su empresario aunque la existencia del vínculo laboral le obligara a abstenerse de estas conductas. Por ello, además, no sólo se ha quebrantado el deber de no concurrencia, sino que también se ha producido la «quiebra de la confianza necesaria a la relación de trabajo», amén de un evidente perjuicio a la empresa «al ser actuación proclive a distraer clientes de aquélla y desviarlos a otro centro de trabajo». En resumen, ha bastado con el hecho de que la actividad del taller fuera similar a la de la empresa principal —con el potencial peligro de desviación de clientela— para justificar el despido. Con esta observación no debe concluirse necesariamente que la decisión del TCT no pudiera ser correcta a la luz de los hechos; es que más allá de la afirmación de que el trabajador en sus horas libres realizaba una determinada actividad no hay datos adicionales para sostener ninguna posición concreta. De hecho, cuando el TCT menciona otras características adicionales de la conducta del trabajador lo hace casi de pasada y de forma imprecisa, como si, en realidad, tales datos no tuvieran una importancia decisiva. Sólo se trata ahora de llamar la atención acerca de la forma de razonar del TCT, que permanece prácticamente en los mismos términos que la jurisprudencia anterior había ido marcando, sin pronunciarse en modo alguno acerca de la posible trascendencia del cambio normativo operado al entrar en vigor el ET y reproduciendo conceptos, si no superados, sí con una clara tendencia restrictiva en su empleo por parte de la doctrina, tales como la naturaleza fiduciaria de la relación de trabajo o el deber de fidelidad como derivado de la misma relación. Además, predicándose estas «consecuencias» de la relación laboral con carácter general y absoluto, sin matizaciones sobre cuestiones tales como el tipo de trabajo, el tamaño de la empresa, etc., que quizá no sería inconveniente realizar al hablar de deberes de esta naturaleza. En realidad, esta STCT no hace sino inscribirse en la línea de la jurisprudencia posterior al ET a la hora de interpretar el artículo 21.1 ET. Para comprobar lo dicho, basta un rápido repaso de las decisiones recaídas sobre esta materia en los años 1981 y 1982.

En general, la noción de competencia prohibida que se maneja es muy homogénea, y puede resumirse de esta forma: «Por concurrencia desleal hay que entender toda actuación competencial de carácter económico que persiga la colocación en el mercado del mismo producto o la oferta de bienes o servicios de igual o similar naturaleza que los producidos u ofrecidos por la empresa contra la que se compete, y susceptible todo ello de causarle un perjuicio» (1). Una definición amplia como ésta tiene como consecuencia lógica el que preocupación básica del Tribunal sea constatar que la actividad que el trabajador realiza sea coincidente con la de la empresa principal —con alguna oscilación acerca del nivel de «coincidencia» entre ambas actividades—. Pues bien, una vez comprobada la realización de este tipo de actividades, la apreciación de otras circunstancias concurrentes apenas tiene valor, como no sea para agravar (innecesaria-

(1) STCT de 7 de julio de 1981 (Rep. Ar. 4.761).

mente a efectos prácticos) la conducta imputada al trabajador. En efecto, basta con la advertencia por la empresa de que el trabajador realizaba esos servicios sin su autorización para entender vulnerada la obligación impuesta al trabajador de abstenerse de competir con su empresario, sin que para ello tenga relevancia el que los servicios se presten por cuenta propia o ajena (2), incluso mediante la participación del trabajador en determinados entes de tipo asociativo —con o sin cargo directivo en ellos— (3). En la misma línea generosa de la interpretación del alcance de la prohibición, las actividades desarrolladas por el cónyuge del trabajador despedido en el caso terminan por equipararse a las por él realizadas, no sólo cuando existe colaboración real y efectiva en el negocio (4), sino incluso cuando tal colaboración no está probada en opinión del juzgador de instancia, justificándose en este caso lo que podría aparecer como una transmisión al trabajador de responsabilidad por conductas ajenas con argumentos no muy ortodoxos (5).

Ya se dijo antes que, dada la amplitud de la definición de competencia de la que partían los Tribunales no era necesario detenerse en si en la actividad en cuestión concurrían elementos adicionales que pudieran ser indicios de una especial falta de «honradez» en la misma. Sólo así se justificará el decir que es inútil concretar que los trabajos no habían sido llevados a cabo durante las vacaciones retribuidas por la demandada, ni respecto a clientes de una y otra empresa, porque estas circunstancias agravarían desde luego la configuración de la conducta, pero son innecesarias para dejar configurado el incumplimiento grave y culpable» (6) en que se concreta la vulneración de la prohibición de competencia. En la misma línea, tampoco hará falta probar (y en consecuencia tampoco tendrá efectos probar la ausencia de) elementos subjetivos tales como «dolo e intencionalidad, dada la realidad externa acreditada» (7). Ello explica, incidentalmente, la relativamente escasa atención que los elementos de hecho merecen a los Tribunales a la hora de enjuiciar estas conductas, quizá como manifestación de la ya tradicional línea interpretativa que entiende que la pérdida de la confianza es lo que justifica el despido en estos casos, y el elemento pérdida de la confianza no admite grados; no se pierde más o menos la confian-

---

(2) STCT de 26 de octubre de 1982 (Rep. Ar. 5.706), 8 de junio de 1982 (Rep. Ar. 3.460), 15 de junio de 1982 (Rep. Ar. 3.622), 30 de junio de 1982 (Rep. Ar. 3.964 y 3.965), 23 de noviembre de 1982 (Rep. Ar. 7.431), 1 de julio de 1982 (Rep. Ar. 4.102), 14 de abril de 1982 (Rep. Ar. 2.211) y 11 de mayo de 1982 (Rep. Ar. 2.777).

(3) STCT de 9 de marzo de 1982 (Rep. Ar. 1.458).

(4) STCT de 29 de septiembre de 1981 (Rep. Ar. 5.485).

(5) Como por ejemplo, el régimen económico matrimonial —gananciales— a fin de que sea posible conectar al trabajador con los beneficios derivados de la explotación concurrente, de la que es titular la esposa (STCT de 31 de marzo de 1982, Rep. Ar. 2.029).

(6) STCT de 1 de julio de 1982 (Rep. Ar. 4.102).

(7) STCT de 16 de junio de 1982 (Rep. Ar. 4.116).

za depositada en el trabajador, se pierde o no se pierde (8). Obviamente, entonces tampoco será necesario que la actividad que el trabajador desarrolla haya causado un daño al empresario, el perjuicio «puede ser potencial, pues no es preciso que se haya consumado» (9). Es más, contrariando una larga tradición jurisprudencial en materia de responsabilidad por daños, se presume *iuris tantum* que todo trabajo en actividad análoga o idéntica (a la del empresario principal) —máxime si se desarrolla en la misma ciudad— produce tal perjuicio real o potencial» (10). Presunción del daño, como se sabe, es algo más que la mera consideración como competenciales de aquellas actividades en que el daño al empleador sea meramente probable; es estimar dañosa la actividad por el hecho mismo de existir, requiriéndose del trabajador el esfuerzo de destruir esa presunción, siendo así que debe realizar la contraprueba en condiciones tales que hacen prácticamente imposible esa prueba, al desecharse por irrelevantes circunstancias concurrentes en la actividad competencial que podían descartar o suavizar la idea del daño posible.

A la vista de todo ello, no es de extrañar que semejante panorámica jurisprudencial en el tratamiento de la prohibición de competencia presente también decisiones que sostengan que no ha habido ni siquiera cambio normativo a pesar de la entrada en vigor del ET. Así, el artículo 73 LCT es un «precepto que hay que estimar vigente de acuerdo con lo establecido en la disposición final cuarta ET y jurisprudencia concordante» (11); sobre este punto habrá que volver con posterioridad, pero conviene dejar citado aquí este argumento jurisprudencial, que no es más que una consecuencia —y una prueba— del continuismo que según nuestros Tribunales ha impuesto el ET en esta materia.

Sin embargo, la línea jurisprudencial hasta aquí mencionada no es homogénea en su totalidad. Es cierto que, como regla general, las circunstancias concurrentes no son (o no suelen ser) tenidas en cuenta para valorar la conducta del trabajador, pero eso no ocurre siempre. Hay ocasiones en que el TCT desciende al análisis de otros elementos del caso, y que pueden ayudar a perfilar mejor en qué ha consistido la actividad del trabajador, cuál ha sido su alcance, aunque no siempre la valoración de esos elementos sea la mejor posible. Por ejemplo, tener en cuenta adicionalmente el hecho de que los trabajos se realicen durante la baja por enfermedad (12), o durante la jornada de trabajo con la empresa principal (13) no es correcto si con ello se quiere calificar una actividad como concurrente, más bien se trata, en todo caso, de actuaciones autónomas, configuradoras de una transgresión de la buena fe contractual desde

---

(8) STCT de 17 de septiembre de 1982 (Rep. Ar. 4.819) y 14 de octubre de 1982 (Rep. Ar. 5.414).

(9) STCT de 7 de julio de 1981 (Rep. Ar. 4.761).

(10) STCT de 24 de noviembre de 1981 (Rep. Ar. 6.850).

(11) STCT de 24 de noviembre de 1981 (Rep. Ar. 6.850).

(12) STCT de 5 de octubre de 1982 (Rep. Ar. 5.194).

(13) STCT de 23 de noviembre de 1982 (Rep. Ar. 7.431).

otras perspectivas diferentes. Algo parecido ocurre cuando se tiene en cuenta el hecho de que la prestación de servicios en que se sustancia la actividad concurrente tuviera lugar durante las vacaciones —recalcándose que «pagadas» por la empresa principal (14)—. Evidentemente, no es que durante la época de prestación efectiva de trabajo la conducta fuera a convertirse en lícita, si se estimaba que era concurrente; por ello, el tiempo en que desarrollaran estos servicios sería irrelevante, a no ser que lo que realmente se tenía en cuenta era el dato adicional de que la prestación salarial por la empresa principal podía abaratar el uso de la fuerza de trabajo por la otra empresa competidora, pero con este dato enlazamos con el apartado siguiente.

En otras ocasiones, los elementos tenidos en cuenta por el Tribunal hacen referencia a datos fácticos que concurren en el caso y que podrían producir como efecto una mayor incisividad en la actividad competencial, ya que la empresa principal «mal puede competir en el campo económico con quien, exento de las cargas sociales y fiscales, puede ofrecer un precio de trabajo sensiblemente más barato» (15), elemento que parece que tampoco tenga demasiada relevancia para enjuiciar la actividad competencial propiamente dicha, pues la ilegalidad del trabajo prestado incumbe al trabajador que lo presta —y, en su caso, a la empresa para la que lo presta—, pero no tiene en sí mismo que hacer más o menos desleal el hecho de competir. Sólo en contadas ocasiones el TCT argumenta sobre la base de que el trabajador está realizando actos que pueden perjudicar a la empresa de forma adicional al perjuicio que está siempre ínsito en la idea de competencia, por ejemplo, porque realizó el trabajo desatendiendo sus propias obligaciones con la empresa principal (16), o porque el cargo que el trabajador desempeñaba en la empresa principal le hacía tener acceso a datos de la misma que, si empleados por la empresa concurrente en la que paralelamente prestaba su servicios (17), supondrían un perjuicio efectivo y grave para la empresa principal. Estos datos sí podrían ser importantes para valorar la especial gravedad de una conducta, pero sólo son manejados en contadas decisiones, y prácticamente *ad abundantiam*, para «afear» una conducta que, de antemano, concurrirán o no en el caso concreto, el Tribunal había de considerar ilícita, vinculado por su propia doctrina anterior.

Si esta tendencia jurisprudencial se pone en contacto con el cambio habido en nuestro ordenamiento —de un artículo 73 de la LCT que imponía al trabajador la obligación de «no hacer concurrencia al empresario» ni colaborar con quienes se la hicieran, a un artículo 21.1 ET, que impide la contratación del trabajo con varios empresarios cuando suponga «concurrencia desleal»—, sor-

---

(14) STCT de 16 de junio de 1981 (Rep. Ar. 4.116) y 18 de marzo de 1981 (Rep. Ar. 1.918).

(15) STCT de 9 de diciembre de 1981 (Rep. Ar. 7.217) y 14 de octubre de 1981 (Rep. Ar. 5.831).

(16) STCT de 16 de diciembre de 1982 (Rep. Ar. 7.431).

(17) STCT de 14 de abril de 1982 (Rep. Ar. 2.211).

prende que haya tenido tan pocas consecuencias prácticas. Ahora bien, la valoración de la jurisprudencia al respecto requiere primero descartar la tesis sostenida por el TCT en Sentencia de 24 de noviembre de 1981 (Rep. Ar. 6.850), la más extremada de todas —y casi presupuesto para todo lo que se dirá—, según la cual, el ET no sólo no ha supuesto un cambio siquiera sea terminológico, es que además, tampoco ha derogado el artículo 73 LCT, que continuará en vigor degradado a rango reglamentario por la vía de la disposición final cuarta ET. Para descartar esta opinión basta con recordar en qué casos opera esta degradación: cuando las normas conservadas hagan referencia a «cuestiones relativas a jornada, salarios y cualesquiera otros aspectos y circunstancias de las relaciones laborales individuales no reguladas por esta Ley». Ahora bien, «no regulación» —teniendo en cuenta la aspiración del ET a ponerse como la norma reguladora de toda la materia de relaciones individuales de trabajo «aún con fisuras indudables» (18)— significa, para que opere la degradación y no la derogación «efectiva ausencia de regulación, tanto contraria como sintética» (19). Y, evidentemente, este no es el caso; el ET ha regulado la materia de la actividad competencial, en su artículo 5.1 d), recalcando que la prohibición de hacer competencia al empresario, «en los términos establecidos en esta Ley» es uno de los deberes básicos que para el trabajador derivan de la relación de trabajo, y puntualizándola más adecuadamente —aunque tampoco con una redacción excesivamente afortunada— en el artículo 21.1 ET. En relación con lo dispuesto en el artículo 21.1 ET, el texto del artículo 73 LCT no precisa ni completa, más bien cabría decir que amplía el alcance de la prohibición contenida en el ET. Y esto es, justamente, lo que provoca la contradicción, primero, y la derogación, después, como consecuencia inevitable. Así que, descartada la vigencia del artículo 73 LCT, que hubiera dado un fundamento normativo expreso a la inmutabilidad jurisprudencial, si ésta se mantiene en los mismos términos al enjuiciar el alcance de las conductas competenciales prohibidas, será la única justificación posible el entender que el ET, aunque sintéticamente, reproduce en sus mismos términos el mandato del artículo 73 LCT. Y eso también es discutible por varias razones:

La primera es de índole terminológica: basta comparar la dicción del artículo 21.1 ET con la de su inmediato precedente. En éste —descartando las «actividades paralelas», sobre las que se volverá— se establecía que «el trabajador está obligado a no hacer competencia a su empresario ni a colaborar con quienes se la hagan». En este texto, es la competencia pura y simple lo que está prohibido, cualquiera que sea el alcance que se le quiera dar a esa palabra. En el ET, el trabajador no podrá contratar su trabajo con varios empresarios cuando «se estime concurrencia desleal». Es decir, la concurrencia simple no es sufi-

---

(18) CAMPS RUIZ, *El Estatuto de los Trabajadores y la normativa anterior sobre las relaciones laborales individuales*, Madrid, 1980, pág. 14.

(19) CAMPS RUIZ, *El Estatuto de los Trabajadores...*, pág. 14.

ciente; tiene que estar cualificada por rasgos adicionales que justifiquen su cualificación como «desleal».

Ahora bien, la fórmula que permitiría vaciar de significado práctico a la variación terminológica operada por el ET, sería —como ya se intentó bajo la vigencia de la LCT, por otra parte (20)— entender que «desleal» quiere significar aquí sólo «contraria al deber de fidelidad» derivado para el trabajador de la relación de trabajo, con ello se evitaría la remisión a conceptos técnicos elaborados en otras ramas del ordenamiento jurídico, y, señaladamente, en el Derecho de la competencia. Y esta fórmula tampoco parece posible. En efecto, el ET ha suprimido la referencia a la fidelidad debida por el trabajador en la relación de trabajo, y, paralelamente, introduce la noción de buena fe como principio rector de la conducta de las partes, más en conformidad con la visión del contrato de trabajo como un contrato de cambio, en el que existen intereses en conflicto iguales, pero contrapuestos. En este nuevo panorama normativo, «desleal» —al suprimirse como tal el deber de fidelidad— sólo puede significar contraria a la buena fe, como standards de honradez requeridos a las partes para moldear su conducta, y, en consecuencia, implica una cualificación sustantiva de la conducta competencial, cualificación de la que carecería el artículo 73 LCT, que excluía sin más la competencia.

Además, el marco en que se inserta el ET está caracterizado por rasgos adicionales. De entrada, en la propia Constitución han recibido un reconocimiento explícito el derecho al trabajo y otros conectados con él. En su interpretación a través de instrumentos internacionales, el derecho al trabajo implica el derecho de todo individuo a ganarse la vida mediante una ocupación libremente elegida por él, tanto por cuenta propia como ajena, en una sola ocupación o en varias. Este reconocimiento implicaría forzosamente que todo precepto cuyo alcance sea introducir recortes en ese derecho constitucionalmente garantizado, debiera ser interpretado restrictivamente (21). Este criterio restrictivo debe estar presente también al interpretar el artículo 21.1 ET, cuyo efecto limitador de la libertad individual de contratación del propio trabajo es obvio.

Volviendo al sentido del artículo 21.1 ET, ya se dijo antes que la actividad competencial prohibida no es toda actividad que en sentido tradicional pudiera considerarse como competencia, sino sólo alguna de sus modalidades; con ello, el alcance de lo actualmente permitido es sensiblemente más amplio de lo que era posible admitir incluso en las más generosas interpretaciones de la LCT (22).

---

(20) Véase una referencia de este tipo de interpretaciones en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, 1977, págs. 171 y sigs..

(21) El impacto del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, aunque con exclusiva referencia al pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo, en MARTÍN VALVERDE, «Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española», en *Derecho del Trabajo y Seguridad Social en la Constitución*, Madrid, 1980, pág. 203.

(22) Con lo que se enlaza con la propuesta de un sector doctrinal para la reforma

Por competencia se entendía —y puede entenderse aún, al no haber variado este vocablo significativamente— «toda actividad económica profesional para satisfacer un interés privado a través de la cual el trabajador durante la relación de trabajo entra en competencia económica en el círculo negocial de su empleador al ofrecer al mismo círculo de clientes bienes o servicios de la misma especie o carácter y siendo susceptible por ello de dañar económicamente a su empleador» (23), o bien «la dedicación a actividades laborales de la misma naturaleza o rama de la producción de las que se están ejercitando en virtud del contrato de trabajo, siempre que las mismas, al generar intereses contradictorios para el trabajador, perjudiquen al empresario» (24); puede observarse que en la adaptación al Derecho del Trabajo de la noción de competencia mercantil originaria, la noción se hacía girar en buena parte en torno a la potencialidad dañosa que para el empresario podía tener el que el trabajador desplegara su actividad en ramas o sectores productivos similares (25). Cuando el ET no excluye la posibilidad de que el trabajador realice competencia a su empresario —siempre que ésta no sea «desleal»—, permanece el mismo concepto, y la idea de daño no desaparece de él. En consecuencia, ahora el daño no es una posibilidad que convierte automáticamente en ilícita la conducta del trabajador; es algo que, si se eliminara, dejaría sin sentido la propia idea de competencia, por lo que no puede prescindirse de su eventual presencia, y, sin embargo, como competencia simple, la actividad del trabajador que potencialmente lo produjera no sería ilícita. El elemento que determine la ilicitud de la actividad potencial tiene entonces que ser otro, y parece que debe descansar, más que en el resultado logrado, en el medio empleado para obtenerlo. Para que la competencia sea «desleal» (en su sentido de «no honrada»), el medio empleado para entrar en el círculo negocial del empleador no se ajusta a los standards de conducta que son característicos de la buena fe. Ahora bien, valorar cuándo una conducta no se ajusta a los modelos de conducta imperantes en el tráfico jurídico, implica que se reproduzcan problemas antiguos y se planteen otros que anteriormente no tenían sentido, dada la amplitud de la prohibición.

El primero de ellos —con relación al alcance de la propia actividad ilícita— es qué tipo de actuaciones entran en el posible ámbito de aplicación del artículo 21.1 ET, si sólo aquéllas que pudieran considerarse competenciales en sentido estricto, o también se incluiría la actividad paralela que perjudicase al empre-

---

del sistema de la LCT, CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia...*, páginas 175 y sigs.

(23) RODRÍGUEZ PIÑERO, apuntes de clase, cit. por CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia...*, pág. 119.

(24) ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, 8.ª ed., Madrid, 1983, pág. 222.

(25) «Este elemento de perjuicio real o potencial... es esencial a la concurrencia laboral... Sin este elemento, la prohibición constituye una traba intolerable el principio de libertad de trabajo, y a la libertad humana, por tanto»; ALONSO OLEA, *Derecho del Trabajo*, pág. 222.



sario. El origen de la pregunta, como se sabe, reside en algún problema de interpretación planteado por el artículo 73 LCT, que aún no se ha eliminado del todo. En efecto, a la vista de los dos primeros párrafos del artículo 73 LCT, un sector doctrinal entendió que en él se establecían dos prohibiciones diferentes. La primera de ellas hacía referencia a la actividad competencial desarrollada por el trabajador por sí y para sí mismo, o bien a través de una actividad muy cualificada para otro, caracterizada porque supondría «la colaboración inmediata y directa (del trabajador) con el competidor, el ser un *alter ego* de éste» (26), o sea, la actuación del trabajador «en el mercado por cuenta de otro, apareciendo directamente en ese mercado y no sólo como factor o comisionista, sino en cualquier forma de actividad que pueda influir directamente en ese mercado», equiparándose por su actividad y por los efectos de ésta a un competidor. Esta sería la actividad competencial en sentido estricto —radicalmente prohibida en todas sus manifestaciones—, si bien quedaba circunscrita con exclusividad a cargos de alta dirección. El párrafo segundo, para esta orientación doctrinal, ya no hacía referencia directa a la competencia, «sino al empleo de la capacidad profesional del trabajador fuera de la empresa y fundamentalmente, aunque no únicamente, de forma salariable» (27); es decir, a actividades paralelas; la prohibición de estas actividades paralelas también se fundamentaría en la defensa de la clientela del empresario, pero no era exactamente el mismo el alcance de la prohibición, al requerirse el elemento adicional del perjuicio a la empresa, no requerido para excluir la licitud de la primera modalidad de comportamiento. La cuestión es (ahora que no se hace esa distinción) si ambas quedan prohibidas de todas formas. Si se sigue la tesis anterior y se interpreta literalmente el artículo 21.1 ET, habría que entender que el fenómeno de las actividades paralelas no está mencionado en el artículo 21.1 ET y, al no referirse a ellas dicho precepto, podría concluirse que existe libertad para realizarlas, cualquiera que fuese su trascendencia. Sin embargo, esta interpretación no debiera ser tan simple. En primer lugar, al tener en cuenta que —como mostró otro sector doctrinal durante la vigencia del artículo 73 LCT— estas actividades paralelas podrían entenderse, asimismo, actividades competenciales a efectos de la prohibición, puesto que «la realidad o no de posibles disminuciones de clientela por el ofrecimiento de otro empresario de obras y servicios iguales o análogos que satisfagan las mismas necesidades, es la base para determinar la existencia de competencia» (28). Una noción más finalista de la prohibición de competencia y de su significado era el fundamento de lo que indudablemente era una ampliación del concepto de competencia tal y como se formulaba en el ordenamiento originario, porque en ambos casos se daba la actividad del trabajador como detonante de un potencial daño al empresario. Probablemente esta

(26) Entre otros, RODRÍGUEZ PIÑERO, «Límites a la competencia y contrato de trabajo», en *Revista de Política Social*, núm. 116, 1977, pág. 18.

(27) RODRÍGUEZ PIÑERO, «Límites a la competencia...», pág. 19.

(28) CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia...*, pág. 129.

segunda tesis está más en la línea de la finalidad perseguida por el legislador al introducir la prohibición de competencia desleal en el artículo 21.1 ET, una línea restrictiva de la amplitud de la prohibición, sin anular, sin embargo, toda su virtualidad —y aparece paralela a la tendencia correctora de los textos legales de redacción defectuosa por injustificadamente restrictiva de otros países (29)—, de donde que en la expresión «competencia» del artículo 21.1 ET estarían también comprendidas, junto a la actividad competencial propiamente dicha, las actividades profesionales para competidores fundamental, aunque no exclusivamente, realizadas por cuenta ajena. Claro que el sentido de la ampliación propuesta tampoco podría evitarse incluso si se pensara que el artículo 21.1 ET está haciendo referencia exclusivamente a la competencia en sentido estricto; ya se dijo antes que la prohibición de competencia está tradicionalmente ligada a la buena fe como deber derivado del contrato de trabajo, y resulta bastante claro que esas actividades paralelas «perjudiciales», si concurren en ellas los elementos adicionales que permiten calificarlas como contrarias a los usos de honradez imperantes en el tráfico jurídico, quedarían igualmente proscritas a través de la función integradora del deber de buena fe. Una parecida interpretación correctora cabe realizar sobre el alcance de la prohibición en relación con los trabajos realizados por cuenta propia, siendo ésta una cuestión que puede plantearse tanto para la actividad competencial como para la actividad paralela. En efecto, el artículo 21.1 ET formula la prohibición desde el ángulo de que se trata de una restricción de la libertad de contratación del propio trabajo con «varios empresarios», es decir, de una restricción de la libertad de trabajo por cuenta ajena. No se menciona de forma expresa que la prohibición alcance también a la realización de actividades competenciales por cuenta propia, como se comprendía en el artículo 73 LCT. Una interpretación teleológica de la prohibición, sin embargo, no puede tener otra conclusión que la necesidad de corregir lo que claramente ha sido una omisión por defectuosa redacción del precepto estatutario. La buena fe como criterio inspirador de la conducta de las partes debe implicar la abstención de actividades competenciales («desleales») en sus diversas manifestaciones, por cuenta propia o ajena, en el sentido que arriba se reseñó. Por tanto, el potencial haz de sectores de actividad productiva y de modalidades de desenvolvimiento de la propia conducta que quedan incluidos en el área de peligro no ha sido alterado en exceso.

Distinta es la cuestión en relación con las circunstancias que han de concurrir en la actividad competencial para que no se considere ilícita. Hoy difícilmente puede sostenerse la existencia de una absoluta prohibición de realizar actividades competenciales al trabajador, entonces habrá que desviar la atención hacia qué otros elementos se deben tener en cuenta a la hora de perfilar el alcance de la conducta prohibida (30), una vez descartada la virtualidad de la

---

(29) TRIONI, *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milán, 1982, págs. 114 y siguientes.

(30) TRIONI, *L'obbligo di fedeltà...*, págs. 132 y sigs.

simple constatación de la prestación de servicios en el mismo sector de actividad. Desde luego, el daño causado, o susceptible de ser causado, tampoco puede ser un criterio decisivo —en la medida en que competencia y daño son conceptos inescindibles, y no está prohibida la competencia—; el daño será normalmente un resultado que se evitará con la prohibición de competencia desleal, esa es su función precisamente, pero sólo por él no se pondrán en marcha necesariamente los mecanismos jurídicos de defensa (como no se ponen en marcha sólo por él en otras ramas del ordenamiento). Deriva de ello que, si el legislador hubiera valorado en exclusiva el interés patrimonial del empresario a no sufrir menoscabo en su clientela, hubiera bastado con mantener la prohibición en los mismos términos en que estaba formulada por la LCT. El elemento cualificador de la conducta, entonces, debe ser sólo la «deslealtad» de la misma, el desarrollarse de forma contraria a los más elementales dictados de la honradez, lo que trae como consecuencia el que no pueda tolerarse la causación del daño que, así, ya no resulta del ejercicio legítimo de un derecho, sino de la contravención del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, emplear la idea de honradez como metro de la conducta potencial del trabajador implica emplear un criterio flexible y relativo, que debe amoldarse a las exigencias de cada tipo de relación jurídica y las circunstancias que concurren en ella. La relatividad predicada del contenido de la buena fe hará que, en ocasiones, éste se amplíe en algunas relaciones jurídicas, en comparación con lo que sucede en otras. Eso es lo que puede ocurrir en el contrato de trabajo; el trabajador potencialmente no es un competidor normal, ya que tiene o puede tener ventajas de partida con las que no cuenta un tercero ajeno a la empresa, y el vínculo contractual le obliga especialmente hacia el empresario —vínculo que no existe para los restantes competidores—. El trabajador conoce el funcionamiento interno de la empresa, sus técnicas productivas o comerciales, se ha puesto por razón de su trabajo en contacto con proveedores o clientes que, además, en algunas actividades, han acudido a contratar precisamente por él, por sus conocimientos profesionales, por todo ello se ha dicho que la competencia que el trabajador está en condiciones de realizar es «más nociva que la realizada por un tercero cualquiera» (31). Con todo ello se conecta con la idea de competencia diferencial propugnada en Derecho Comparado y recibida en el nuestro doctrinalmente (32). Por supuesto que la competencia desleal, en

---

(31) TRIONI, *L'obbligo di fedeltà...*, pág. 119. En el mismo sentido, RIVA SANSEVERINO, «Comentario al art. 2105 del Codice Civile», libro V, «Del Lavoro», en *Comentarios al CC italiano* dirigidos por Scialoja y Branca, Bolonia, 1963, pág. 265; también CESSARI, relación inicial en *L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro*, Milán, 1970, pág. 25.

(32) Por ejemplo, en RODRÍGUEZ PIÑERO, «Límites a la competencia...», pág. 20. Una crítica a estas teorías —en relación con la situación normativa anterior al ET, con todos sus condicionamientos—, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia...*, págs. 146-147.

sentido estricto, mercantil (33) si se quiere, permanece prohibida —y tendrá derivaciones prácticas en el seno de la relación de trabajo suponiendo un motivo para ponerle fin—, pero la «deslealtad» laboral sería más amplia y abarcaría a conductas que serían ilícitas por realizarlas el trabajador precisamente, no siéndolo si las desarrollase un tercero ajeno a la empresa. Esta teoría, sin embargo, no ha proporcionado resultados prácticos satisfactorios al ser aplicada por la jurisprudencia (34). Los criterios que se han empleado para subrayar la diferencia de posición que justifica la erradicación de determinadas conductas son, por lo menos, arbitrarios y admiten casi tantas excepciones como reglas, cuando no interpretaciones totalmente contradictorias que, formalmente, se reclaman a la misma idea. Además, si bien se mira, la teoría descansa, para buena parte de sus sostenedores, en la mayor intensidad del daño que la actividad competencial en estas condiciones puede causar, y, habida cuenta de la definición de competencia de la que se ha partido, es «forzoso buscar la razón de la prohibición de concurrencia que afecta a determinados sujetos no en el mayor daño (que puede bien serle infligido por un competidor particularmente aguerrido incluso sin la ayuda de medios de este género), sino más bien en la no conformidad del medio» empleado (35).

El mérito de la teoría de la competencia diferencial reside en haber puesto de relieve para esta materia concreta el alcance que la buena fe debe tener como criterio de conducta dada su relatividad. Haber indicado la particular posición en que se encuentra el trabajador, por su conocimiento de la empresa, que le impondrá deberes de conducta más matizados, más complejos que en el caso de un competidor ajeno a la empresa; pero sin que signifique esta comprobación real que toda actividad competencial quede ahogada por la proliferación de deberes accesorios, como se pretendió justificar con las iniciales manifestaciones de la teoría de la competencia diferencial (36). Porque el «abuso de posición» del trabajador que se vale de su conocimiento de la empresa para competir es, por sí mismo, una conducta «desleal» desde el punto de vista del Derecho de la competencia, como lo sería «valerse de un aliado que aparentemente milita en las líneas adversarias» (37) para un tercero ajeno a la empresa. Así, quedarían consideradas como ilícitas aquellas conductas del trabajador que consistieran en usar en su propio beneficio (directo o a través del trabajo con empresas competidoras) de elementos puestos a su disposición por el empresario originario con ocasión de la prestación de trabajo, y funcionalizados a dicha

---

(33) Una definición restrictiva, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia...*, págs. 114 y sigs.

(34) Los diversos problemas de aplicación práctica de la teoría de la concurrencia diferencial, en TRIONI, *L'obbligo di fedeltà...*, págs. 119 y sigs.

(35) TRIONI, *L'obbligo di fedeltà...*, pág. 119.

(36) Por ejemplo, RIVA SANSEVERINO, en «Comentario al art. 2105 del Codice Civile», pág. 265, y CESSARI, relación inicial, en *L'obbligo di fedeltà...*, pág. 25.

(37) TRIONI, *L'obbligo di fedeltà...*, pág. 118.

prestación o al levantamiento de la propia esfera de reserva originada en la necesidad de dejar a un tercero introducirse en la organización: datos técnicos, conocimientos comerciales, prestigio, etc. Claro es que esta restricción a las facultades de disposición del trabajador sobre estos datos, tiene el límite de aquellos conocimientos que deban de considerarse razonablemente incorporados al patrimonio profesional del trabajador (imponiendo una restricción similar a la que el artículo 72 LCT establece para el deber de secreto posterior al contrato de trabajo). Con este enfoque resulta difícil elaborar criterios *a priori* que sirvan para determinar qué se entiende por conductas «desleales»; el alto cargo o el trabajador de baja cualificación pueden desarrollar actividades competenciales prohibidas en función de las circunstancias, del tipo de trabajo, de la similitud de condiciones de trabajo, del nivel de conocimientos sobre asuntos reservados, etc. En cualquier caso, los indicios habituales tampoco tendrían otra función que la de destacar probabilidades, sin certeza, que sólo podrá derivar del juicio concreto. La elaboración jurisprudencial sigue siendo esencial para perfilar el catálogo de conductas prohibidas, siempre y cuando se corrija el enfoque inicial y se tenga en cuenta que —como en el caso de la posesión establece el artículo 434 CC— la «mala fe» no se presume, sino que debe probarse, no bastando la mera constatación de la actividad competencial, sino acreditando el peligro que puede sufrir el interés industrial o comercial del empresario ante una agresión ilegítima, únicas motivaciones susceptibles de restringir la libertad de contratación.

Queda ya sólo señalar que, a salvo del enfoque diferente que el ET tiene acerca del sentido de la prohibición de competencia, no parece que haya introducido modificaciones adicionales en torno a la configuración de los medios de actuación que la jurisprudencia estimó contrarios a la prohibición de competencia, entonces, el catálogo de formas de desenvolverse la actividad competencial prohibida (directamente por el trabajador, por persona interpuesta, por participación en algunos tipos sociales, con daño real y efectivo o meramente potencial, etc. (38), pueden seguir siendo considerados válidos y aplicables al desarrollo interpretativo del artículo 21.1 ET.

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ  
(Universidad de Sevilla)

---

(38) Una panorámica jurisprudencial al respecto, en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, *Prohibición de competencia...*, págs. 133 y sigs., y HERNÁNDEZ MARTÍN, «Comentario al artículo 77, apartado g), de la LCT», en *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, 1969, págs. 174 y sigs.

