



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO**

**ANÁLISIS COMPARADO
DEL DEBER DE NO COMPETENCIA
DEL TRABAJADOR CON EL EMPLEADOR
EN EL DERECHO CHILENO Y ESPAÑOL**

Memoria para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Tamara Cecilia Burgos Sánchez

Profesora Guía: María Cristina Gajardo

Santiago, Chile

2007

Dedico este trabajo a mi familia
y con especial afecto a mi hijo
Antonio y a mi marido y
compañero Alejandro.

INDICE

CAPÍTULO I REGULACIÓN GLOBAL DE LA OBLIGACIÓN DE NO CONCURRENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1.- Nociones Generales	pág.05
1.1.- Introducción	pág.05
1.2.- Concepto	pág.08
1.3.- Conducta Desleal	pág.10
2.- Derechos Constitucionales que se encuentran en conflicto	pág.11
2.1.- Análisis general introductorio	pág.11
2.2.- La Libertad de Empresa del	pág.14
2.3.- La Libertad de Trabajo	pág.15
2.4.- Solución	pág.17
3.- Tratamiento legal	pág. 18
3.1.- Ubicación en el Estatuto de los Trabajadores	pág. 18
4.- Competencia sancionada por el derecho español	pág. 20
5.- El Principio de Buena fe	pág. 22
5.1.- La buena fe en la relación laboral	pág. 23
5.2.- Relación entre la obligación de no concurrencia y el principio de buena fe	pág. 26
5.3.- El deber de buena fe v/s el deber de fidelidad	pág. 29
6.- Alcance de la obligación de no concurrencia	pág. 34
6.1.- Diferencias entre el pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva y la prohibición de concurrencia desleal	pág. 34
6.2.- Omisión del legislador	pág. 36
7.- Estudio en particular de la obligación de no concurrencia desleal	pág. 39
7.1.- Elementos de la obligación	pág. 39
7.1.A- Que el trabajador realice una actividad fuera de la empresa, por cuenta propia o ajena, que lo coloquen en una situación de conflicto real con los intereses competitivos de la empresa	pág. 39
7.1.A.1- La existencia de dos empresas de la competencia	pág. 41
7.1.A.2- Dos empresas que oferten bienes o servicios similares o idénticos	pág. 42

7.1.A.3- Que se trate de bienes o servicios dirigidos a un mismo círculo potencial de clientes	pág. 42
7.1.A.4- Que el trabajador se encuentre en una posición privilegiada	pág. 43
7.1.B- Que la actividad cause al empresario un perjuicio efectivo o potencial, perjuicio que ha de ser objetivamente serio y no sólo especulaciones	pág. 47
7.1.B.1- Perjuicio: Su presunción y relación con la intencionalidad	pág. 47
7.1.C- Que el empleador no haya consentido la actividad del Trabajador	pág. 52
8.- Consecuencias del incumplimiento de la obligación con el Empleador	pág. 56
8.1.- Consecuencias en materia laboral	pág. 56
8.1.A- Gravedad	pág. 58
8.1.A.1- El ánimo de lucro	pág. 60
8.1.A.2- El perjuicio	pág. 61
8.1.B- Culpabilidad	pág. 61
8.1.C- Síntesis	pág. 63
8.2.- Consecuencias en materia civil	pág. 65

CAPÍTULO II LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL EN LA LEGISLACION CHILENA

Introducción	pág. 66
1.- Análisis Constitucional	pág. 67
1.1.- La Libertad de Trabajo y su protección	pág. 67
1.2.- La Libre iniciativa económica	pág. 72
2.- Tratamiento que recibe en nuestro Código del Trabajo	pág. 74
2.1.- Artículos 2º, 5º y 160 Nº2 del Código del Trabajo	pág. 74
2.2.- ¿Qué se entiende por terminación del contrato de trabajo?	pág. 76
2.3.- La Caducidad	pág. 78
2.4.- Análisis del artículo 160 Nº2 del Código del Trabajo	pág. 80
2.4.A- Negociaciones	pág. 80
2.4.B- Trabajador	pág. 82
2.4.C- Dentro del giro del negocio	pág. 82
2.4.D- prohibidas por escrito en el contrato por el empleador	pág. 85
2.5.- Falta de Probidad: Jurisprudencia y Doctrina	pág. 87
2.6.- Reseña de la jurisprudencia judicial	pág. 92
Conclusión	pág. 93
Bibliografía	pág. 97

CAPITULO I

REGULACION GLOBAL DE LA OBLIGACIÓN DE NO CONCURRENCIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

1- NOCIONES GENERALES

1.1 INTRODUCCIÓN

El presente capítulo tiene por objeto el estudio de la prohibición de competencia desleal en la legislación española comenzando por la definición que da la doctrina jurisprudencial de lo que entiende por concurrencia desleal; los derechos constitucionales, de Libertad de Trabajo y de Empresa, que a raíz de la prohibición se encuentran en conflicto; el tratamiento que el Estatuto de los Trabajadores (similar a nuestro Código del Trabajo) brinda sobre el tema; la evolución que ha tenido la prohibición o el deber de no competir con el empresario desde la legislación anterior hasta nuestros días; la buena fe como principio inspirador de la obligación y la superación del deber de fidelidad como fundamento de ella para centrarse luego en los requisitos necesarios para encontrarnos frente a un caso de competencia desleal y en ese supuesto las consecuencias tanto en materia laboral como civil que tendrá el incumplimiento de la obligación.

Para comprender todo ello y antes de su estudio resulta indispensable conocer las normas básicas que tanto la Constitución Española como el Estatuto de los

Trabajadores brindan sobre el tema para formar los límites del objeto de estudio, las que enunciamos a continuación:

- Artículo 35 de la Constitución Española:

“1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.

2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.”

- Artículo 38 de la Constitución Española:

“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”

- Artículo 5 d) del Estatuto de los Trabajadores:

“Deberes laborales.

Los trabajadores tienen como deberes básicos:

d) No concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley.”

- Artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores:

“No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa”

- Artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores:

“Despido disciplinario.

1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

2. Se considerarán incumplimientos contractuales:

d) La Transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.”

1.2- CONCEPTO

1.2.A) La doctrina jurisprudencial, define la concurrencia desleal como:

“La dedicación del trabajador a actividades laborales, por cuenta propia o ajena, de la misma o similar naturaleza o ramo sectorial de los que se está ejerciendo en virtud del contrato de trabajo, siempre que la misma no haya sido consentida por el empresario y perjudique a éste, sin que sea necesario que el perjuicio sea efectivo y real, bastando con que sea potencial y que el perjuicio se presume, con presunción “iuris tantum” en todo trabajo en actividad idéntica o similar”¹

1.2.B) El Tribunal Supremo, por su parte, la define como:

“Actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con el empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes”²

¹ Doctrina jurisprudencial sentada en las sentencias de 22 enero 1988 (RJ 1988, 54), 29 marzo 1990 (RJ 1990, 2367) y 20 julio 1990 (RJ 1990, 6477).

² Sentencia de 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840)

Y la definición más completa del mismo tribunal:

“Dedicación a actividades de la misma o similar naturaleza o rama de la producción de las que se está ejecutando en virtud del contrato de trabajo, sin autorización del empresario, siempre que la misma al generar intereses contrapuestos para el trabajador, perjudique a aquél, sin que sea necesario que el perjuicio sea efectivo y real, bastando con que sea potencial y que el perjuicio se presume (presunción iuris tantum) en todo trabajo en actividad idéntica o similar, máxime si se desarrolla en la misma localidad.”³

1.2.C) Carencias de las definiciones y nueva propuesta:

Sin embargo, a estas definiciones les faltan algunos elementos cuales son el fundamento de la obligación, que es la protección de la clientela, y la especial posición que debe tener el trabajador para calificar su conducta como concurrencia desleal. De esta forma defino la concurrencia desleal como aquella:

Prohibición que tiene el trabajador durante la vigencia del contrato de trabajo de realizar actividades laborales en la misma área de producción del empresario, sin contar con su consentimiento, y dirigida a idéntica clientela, ya sea por cuenta propia o ajena, abusando de la información adquirida en dicha empresa o de su posición como trabajador, prohibición que tiene por finalidad evadir los perjuicios que la actividad del trabajador pudiese ocasionar a su empleador y que se fundamenta en la protección de los intereses productivos del empresario.

³ Sentencia del Tribunal Supremo Galicia 18 mayo 1995 (AS 1995, 1904)

1.3- CONDUCTA DESLEAL

Resulta importante aclarar que a lo que se llama desleal es a la conducta que se lleve a cabo, pues la actividad, en cuanto lícita, no puede ser tachada de desleal. De este modo, y siguiendo en este orden de cosas, es obligado definir qué es una conducta desleal.⁴

Será desleal la conducta que obstaculice, en uno u otro sentido, la transparencia en el mercado, la sana competencia, el mercado libre, causando con ello un disfavor tanto para los empresarios como para los consumidores en general. Lo que determina, en una palabra, la deslealtad en la conducta, es el *procedimiento* utilizado para competir⁵

La Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 1991 expresa claramente el ámbito de aplicación de esta prohibición:

“La concurrencia implica una actividad económica o profesional en satisfacción de un interés privado, por parte del trabajador, que entra en competencia económica con la del empresario por incidir en un mismo ámbito de mercado, en el que se disputa un mismo potencial de clientes. Esta sala, al valorar la concurrencia desleal como quebranto de la buena fe contractual, exige que la concurrencia, aunque no haya originado un perjuicio objetivado, sí, que la actividad del trabajador incida en el ámbito de mercado de la empresa, significando una auténtica competencia, y ésta se valora como desleal, bien, porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral, es utilizada en contra de su principal, así la sentencia de 30 marzo de 1987, y las citadas en ella, bien con un carácter más mesurado, para

4 María José Nevado Fernández, “Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo”, Edit. Tecnos, Madrid 1998, pág. 74.

5 María José Nevado Fernández, ob.Cit. pág 74

calificar de desleal la concurrencia, se exige que el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique por su categoría o función, la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva, y por ello mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado, así la sentencia de 29 marzo de 1990, entre otras. Por último, en todo caso y como es obvio, es necesario para que se dé la competencia desleal la ausencia del consentimiento expreso o tácito del empresario”⁶

2- DERECHOS CONSTITUCIONALES QUE SE ENCUENTRAN EN CONFLICTO

2.1- ANÁLISIS GENERAL INTRODUCTIVO

Cuando dos derechos se encuentran en conflicto, la regulación legal que se haga de ello siempre responderá a una opción política pero ésta deberá respetar en todo momento el contenido esencial⁷ de los derechos que se encuentran en conflicto cuidando con mayor celo aquél que ha resultado ser el menos favorecido, regulación que a pesar de ser limitativa de al menos un derecho, para estar conforme con la Constitución⁸, deberá tener los caracteres de proporcionada y justificada. Siendo así, independientemente de la opción

⁶ RJ 1991, 1840. En idéntico sentido: STS 29 marzo 1990, (RJ 1990, 2367 . Sentencias citadas por Fernando Barbancho, “extinción del contrato de trabajo” Vol I Diccionario práctico de jurisprudencia, Edit. PPU, Barcelona 1993, pág. 74

⁷ El Tribunal Constitucional ha definido el contenido esencial de un derecho como: “Aquella parte del contenido de un derecho sin el cual pierde su peculiaridad, o dicho de otro modo, lo que hace que sea reconocible como derecho correspondiente a un determinado tipo. ES también aquella parte del contenido que es indudablemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya constitución el derecho se otorga” STC de 8 abril 1981 (RJ 1981, 11)

⁸ En Adelante la Constitución Española se expresa en las siglas CE

que haya sido preferida, dicha regulación resultará respetuosa de las garantías y derechos fundamentales amparados por la carta fundamental.

Los derechos y libertades no son en nuestros días un todo absoluto, deben entenderse limitados no sólo por su propia naturaleza sino también por su sentido social ya que tendrán como límite el perjuicio que su ejercicio puede causar a otro. Como dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 noviembre 1983: “Los derechos fundamentales reconocidos en la constitución (...) no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (art. 10 C.E) y en general en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos”⁹

En lo que respecta a nuestro tema de estudio, la regulación que hace el art. 21.1 del Estatuto de los Trabajadores, en adelante ET, responde a la solución dada por los legisladores al conflicto en que se encuentran los derechos de libertad de trabajo y libertad de empresa reconocidos en la C.E. en los artículos 35 y 38 respectivamente, solución expresada a través de la limitación que se impone a la libertad de trabajo con el fin de proteger el interés empresarial y la competencia leal.

Estos intereses, de respeto a la vida privada y a la libertad industrial y del trabajo del trabajador priman sobre toda consideración, siempre que sean compatibles primero con las obligaciones laborales del propio trabajador (...), y en segundo lugar con la esfera patrimonial del empleador que el ordenamiento juzga digna de tutela.¹⁰

⁹ STC 7 noviembre 1983 (RJ 1983, 91)

¹⁰ Castiñeira Fernández Jaime, “Prohibición de competencia y contrato de trabajo”, Edita Servicio de publicaciones Ministerio del Trabajo, Primera edición, octubre 1977, pág 14.

Así el Tribunal Constitucional ha expresado que se puede restringir el ejercicio de tales derechos correspondientes al trabajador “Sólo ante requerimientos que se justifiquen por razones de necesidad estricta”¹¹

Y la sentencia del Tribunal Supremo de 10 julio 1991 expresa “Si es verdad que el artículo 35 CE establece el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión u oficio (...) tal precepto genérico no impide que la Ley ordinaria o infraconstitucional, en función de otros derechos también amparados por la Norma Suprema, pueda autorizar determinadas restricciones para concreta y específica actividad, como la que resulta del (...) artículo 21.1 ET, que está informado tanto por el artículo 35 como por el 38 de la CE”¹²

De esta forma, a la libertad de trabajo la obligación de no competir aporta una restricción –justa, en tanto sea dentro de unos límites sobre los que este estudio tendrá como objeto analizar- basada, no sólo en el interés de la empresa por los conocimientos técnicos, secretos de fabricación o relación con los clientes sino también, en el interés que suscita en los consumidores y en la clientela por el posible perjuicio que se les cause.¹³

En definitiva lo que tendremos ocasión de analizar es si la prohibición establecida en el art. 21.1 E.T. es conforme a la CE respetando el contenido esencial de los derechos que se encuentran en conflicto y cuáles son los bienes o derechos protegidos que justifican tal limitación.

¹¹ STC de 11 abril 1994, (RJ 1994, 99) citada por Nevado Fernández, ob. Cit, pág. 42.

¹² STS de 10 julio 1991, (RJ 1991, 5880) citada por Nevado Fernández, ob. Cit, pág. 43.

¹³ Nevado Fernández, ob. cit., pág 43.

2.2 – LA LIBERTAD DE EMPRESA DEL EMPLEADOR

Establecida en el art. 38 CE, es el derecho que resulta menos limitado por la prohibición o mejor dicho, es la libertad de ejercicio de la actividad empresarial uno de los bienes protegidos por la prohibición pues lo que se trata de evitar son las prácticas susceptibles de dañar a la institución de la competencia y a través de la libertad de empresa se logra la protección de la libre competencia. No se ve limitado el derecho a la libre contratación del empleador ni su poder de dirección por lo que la obligación laboral de no competencia no vulnera su contenido esencial.

Pero no sólo el empleador tiene derecho a la libertad de empresa, también lo tiene el trabajador, así como cualquier otra persona, en el supuesto que realice una segunda actividad por cuenta propia y esto es lo que resulta interesante pues la prohibición no impide al trabajador realizar una segunda actividad por cuenta propia siempre y cuando esta segunda actividad no signifique un conflicto de intereses con la actividad desarrollada por su empleador.

Además, de ser así, la prohibición sólo impide que el trabajador desarrolle esa segunda actividad mientras dure el contrato de trabajo pero nada le impide terminar con esa relación laboral para poder ejercer libremente aquella actividad que estime conveniente para sus intereses personales y el desarrollo de sus habilidades.

Cuando el trabajador asume la obligación de no competir con su empleador a través de una segunda actividad como competidor directo en el mismo mercado relevante, no asume una obligación absoluta e indefinida en el tiempo: la opción legal del art. 21.1 ET no obstaculiza la posibilidad de que el trabajador organice una empresa y acceda al mercado cuando su actividad no interfiera con la desarrollada por la empresa con la que se encuentra comprometido contractualmente.¹⁴

2.3- LA LIBERTAD DE TRABAJO

Reconocida en el art. 35 CE, resulta ser el derecho más restringido por la opción legislativa, tampoco ve vulnerado su contenido esencial pero sí resulta limitado por la prohibición.

A pesar de que el art. 35.1 CE no menciona expresamente la libertad de trabajo sino que reconoce, entre otros derechos, el “derecho al trabajo, a la libre elección de profesión y oficio” y “a la promoción a través del trabajo” es en el derecho a la libre elección de profesión y oficio donde se encuentra reconocida.

El expreso reconocimiento constitucional de la libertad profesional, como facultad de elegir profesión y oficio, exclusivamente refiere a actividades lícitas y no se vulnera por la imposición de deberes o requisitos profesionales para su ejercicio. Asimismo, la libertad de trabajo rechaza la imposición al

¹⁴ Nogueira Guastavino Magdalena, “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”, Edit. Aranzadi, Pamplona 1997, pág 115.

trabajador de trabas excesivas que le impidan, por voluntad propia, la libre extinción de su vínculo laboral.¹⁵

De este modo pese a que el art. 21.1 ET constituye un límite a la libertad de trabajo, dicho límite se justifica en la protección de la competencia leal y libre así como también en la protección de los intereses del empresario, donde la clientela tiene su papel preponderante, en cuanto ni el empresario ni el mercado en general merecen sufrir los perjuicios que se susciten como consecuencia del abuso de información y en general de los medios ilícitos empleados para entrar en competencia en un determinado mercado.

El trabajador no pierde su derecho a pluriemplearse, sólo lo ve limitado ya que no se impide que pueda trabajar por cuenta ajena en una empresa de la competencia cuando su actividad no signifique una tarea relevante o se encuentre en una posición privilegiada pues con ello no afecta los intereses competitivos de la empresa. Con mayor razón, nada obsta a que esta segunda actividad la lleve a cabo en una empresa que no constituya una competencia objetiva para el empleador principal.

Además, la obligación de no competencia, como antes lo advertimos, no es indefinida en el tiempo ya que afectará al trabajador sólo mientras dure el contrato de trabajo y éste podrá ponerle término en el momento que estime más conveniente. Una mayor limitación a la libertad de trabajo necesita de un pacto expreso que así lo declare.

¹⁵ En Francia están siendo objeto de serias críticas las cláusulas “dédit-formation” lo que en España se conoce como pactos de permanencia en la empresa por estar frente a pactos ilícitos ya que constituyen una renuncia anticipada al derecho de dimitir, derecho de orden público que no puede ser renunciado. M. Nogueira Guastavino, ob. Cit, pág. 117.

2.4- SOLUCIÓN

En conclusión: La limitación establecida en el art. 21.1 ET resulta justificada en la protección del interés del empresario para evitar que el trabajador ponga en peligro la estabilidad económica y las ventajas competitivas que la empresa ha logrado a lo largo de sus años así como en la protección de la competencia leal, no es indefinida en el tiempo y tampoco es una prohibición absoluta ya que se limita a la competencia desleal, en definitiva tiene un fundamento legítimo, es proporcionada en sus efectos, pero lo que es más importante y es el objeto de este análisis es que se encuentra conforme con la constitución pues las restricciones que se han impuesto al derecho del trabajador no han llegado a afectar su contenido esencial aunque haya resultado ser el más limitado.

De este modo si bien la opción política que adoptó el legislador al regular esta materia pudo haber restringido de menor manera los derechos del trabajador, resulta adecuada con la carta constitucional y lo que destaca como positivo es que establece claramente el contenido de la limitación que se restringe a la *competencia desleal* lo que permite proteger al trabajador frente a posibles abusos por parte del empleador evitando que éste pueda ampliar los límites de la norma subsumiendo en ella situaciones donde la competencia no resulta relevante por no tratarse del mismo mercado material, temporal y espacial o porque el trabajador no se encuentra en una posición privilegiada dentro de la empresa.

3- TRATAMIENTO LEGAL

3.1- UBICACIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La obligación de no concurrencia se encuentra establecida en la legislación española en los artículos 5 d) y artículo 21.1 del ET.

El primero de los artículos establece los deberes laborales del trabajador, estipulando en su letra d) El deber de no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley.

Por su parte el artículo 21 viene a desarrollar el deber de no concurrir en su numeral 1: “ No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa” Resulta importante explicar que en este numeral 1º el artículo 21 se refiere a dos figuras distintas, en su primera parte nos habla de la concurrencia desleal al decirnos que “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal” pero luego, en su última parte, se refiere al pacto de exclusividad que consiste en un elemento accidental del contrato de trabajo en virtud del cual las partes acuerdan que el trabajador sólo podrá prestar sus servicios laborales a la empresa en la cual trabaja, teniendo prohibición absoluta de pluriemplearse, otorgándole la empresa beneficiada una compensación económica expresa a cambio del límite impuesto a su derecho a pluriemplearse.

La definición que nos da el artículo 21.1 E.T. nos resulta muy escueta siendo necesario destacar un elemento que parte de la doctrina y en general la jurisprudencia agrega y es que para que dicha concurrencia sea desleal, además de los elementos aportados en la definición, es necesario que el empresario no haya consentido dicha segunda actividad, ya que si la consiente estaríamos ante una concurrencia no desleal, siendo el elemento de distinción entre una y otra justamente el consentimiento del empleador, pues si el trabajador pide a su empleador autorización para desarrollar una segunda actividad dentro de la misma área de producción de su empleador está cumpliendo con su obligación de información y con ello no vulnera su deber de buena fe contractual.

4- COMPETENCIA SANCIONADA POR EL DERECHO ESPAÑOL

A pesar de la breve definición que nos da el art. 21.1 ET destaca la claridad con que la norma delimita la prohibición exclusivamente a la competencia *desleal* para con ello dejar escaso margen a las erradas interpretaciones desfavorecedoras del trabajador, situación que no siempre ha sido así lo que ha traído como consecuencia que no siempre se haya aplicado correctamente la norma ya que en muchos casos, especialmente en la década del 80, se aplicaba el art. 21.1 pero bajo la interpretación de la antigua legislación¹⁶, aplicando como prohibida cualquier competencia y no sólo la desleal. Ello se fundamenta en que en la antigua legislación, la Ley de Contrato de Trabajo¹⁷ de 1944, en el artículo 73 en su inciso primero se refería del siguiente modo a la prohibición:

“El trabajador está obligado a **no hacer concurrencia** a su empresario ni a colaborar con quienes se la hagan”

El sentido literal de esta norma es que se prohíbe la competencia “tout court”, es decir todo tipo de competencia englobando tanto a la competencia leal como a la desleal.

Es en la aplicación de esta ley como la doctrina y la jurisprudencia han llegado a una aplicación excesiva, mucho más allá incluso que el modelo alemán donde se inspiró el legislador, de los límites a actividades profesionales del trabajador fuera de su trabajo. Ampliación que, por otro lado contrasta con una

¹⁶ La prohibición de competencia durante el contrato de trabajo se configuraba en la normativa anterior como una prohibición absoluta de competir, y no como una prohibición de competencia desleal, consagrándose indirectamente un “deber de exclusiva” que impedía al trabajador el ejercicio de su especialidad y de aquí viene el origen de la presunción iuris tantum que, a pesar del cambio en la regulación de esta figura, en la jurisprudencia se sigue utilizando.

¹⁷ En adelante LCT

práctica de “pluriempleo” mucho más frecuente entre nosotros que en otros sistemas¹⁸

La distinción entre competencia desleal y competencia prohibida (competencia “tout court”) reside en que en la primera no se prohíbe cualquier actividad competitiva, se prohíbe una forma determinada de competencia: aquella que sea contraria “a los usos honestos en materia comercial o industrial”¹⁹, mientras que la existencia de una prohibición de competencia tout court significa la obligación de abstenerse de cualquier actividad competitiva²⁰ independientemente de si dicha actividad resulta ser o no desleal o si se enmarca dentro de un mercado relevante²¹

Así, en la nueva legislación encontramos un elemento nuclear que supone un importante avance con respecto a la regulación mantenida en la LCT; justamente se pasa de una normativa en la que se prohíbe al trabajador la competencia tout court, a otra, que, más conforme con la realidad consagrada en la Constitución sobre la libertad de competencia (manifestación de la empresa) y de trabajo, se aleja de una genérica prohibición para vedar una determinada forma de competir²², la desleal.

¹⁸ Castiñeira Fernández, prólogo de Rodríguez Piñeiro, ob cit, pág 16.

¹⁹ Según definición del Convenio de París para la protección industrial es competencia desleal la contraria “a los usos honestos en materia comercial o industrial”

²⁰ Castiñeira Fernández Jaime, “Prohibición de competencia y contrato de trabajo”, pag 130.

²¹ Para ver más información sobre la antigua regulación ver Castiñeira Fernández Jaime, ob cit

²² María José Nevado Fernández, ob cit, pag 74.

Afortunadamente, en la actualidad ya no caben dudas sobre cuál es la competencia prohibida; sin embargo, los importantes cambios operados en la regulación de esta materia en el citado art. 21 apenas han conseguido variar los criterios jurisprudenciales nacidos en aplicación del art. 73 de la LCT que, por inercia, se siguen manteniendo injustificadamente.²³

5- EL PRINCIPIO DE BUENA FE

En la legislación española así como en la nuestra, el principio de buena fe es un principio general que se encuentra regulado en el código civil español en los siguientes términos:

Artículo 7.1 “Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe”

Artículo 1258 “Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”

En este artículo final se recoge una buena fe en sentido objetivo que consiste en un modelo o estándar de conducta exigible a una persona normal en un momento histórico y cultural determinados, que es precisamente la que se aplica a la relación laboral, por encontrarse inmersa dentro de un contrato de trabajo y por lo tanto ser aplicable este artículo en su plenitud.

²³ López Aniorte M. C., “La competencia del trabajador con su empresa”, Edit. Aranzadi, Pamplona 1997, pág 32.

5.1 LA BUENA FE EN LA RELACIÓN LABORAL

En materia laboral, la buena fe aparece como deber básico en el artículo 5 a) del E.T cuando señala que el trabajador ha de “cumplir con las obligaciones concretas de su puesto de trabajo, de conformidad con las reglas de la buena fe”

El artículo 20.2 del E.T. señala que “el trabajador y el empleador se someterán en sus relaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”

Y finalmente en el artículo 54.2 del E.T. se considera causa de despido la “transgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo”

En lo que respecta al trabajador el deber de buena fe, en su relación con el empleador, se expresa de acuerdo a doctrina generalizada en las siguientes formas:

- a) El trabajador a quien se confiere la intervención o conclusión de negocios, no puede recibir gratificación sin consentimiento del empresario
- b) No aceptar propinas, regalos o cualquier otra ventaja que constituya soborno para hacerle incumplir sus deberes laborales
- c) Obligación de poner en conocimiento inmediato del empresario los entorpecimientos técnicos que observe para la ejecución de su trabajo
- d) Obligación de abstenerse de causar todo perjuicio en los locales, materiales, máquinas e instrumentos de trabajo
- e) Obligación de secreto consistente en no beneficiarse de forma ilícita de la información que tenga sobre productos, procesos y clientes, obligación que

no se extingue con el contrato de trabajo, sino que perdura tras su extinción y que goza de protección penal.²⁴

Dentro de estas formas de expresión del deber de buena fe respecto al trabajador también se encontraría el deber de no competencia con el empleador que debido al mayor perjuicio que su incumplimiento acarrearía al último se encuentra regulado en particular en el E.T.

Pero también el empleador queda obligado por el deber de buena fe como lo expresa el artículo 20.2 E.T. Sin embargo, en muchas ocasiones este deber de buena fe se ha reclamado exclusivamente de una de las partes de la relación laboral: El trabajador²⁵. El objetivo es, por lo tanto, a decir del Tribunal Supremo, lograr un comportamiento mutuo que, ajustado a las exigencias de la Buena fe, viabilice la convivencia humana y profesional, y sin el cual la relación personal y, por ende, jurídica, se hace absolutamente inviable²⁶

“(…) Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de noviembre 1986 y 11 abril 1989, la buena fe, como principio esencial de las relaciones jurídicas y arquetipo rector de los comportamientos contractuales, es exigible al empresario y al trabajador, teniendo uno y otro, derecho a esperar de la

²⁴ Comete el delito de descubrimiento y revelación de secretos ajenos quien revelare aquellos “de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales. Art. 199 C.P. El apoderamiento de objetos “para descubrir un secreto de empresa” art. 278.1 C.P. y “la difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa... por quien tuviere legal o contractualmente la obligación de guardar reserva” art. 279 C.P

²⁵ Así por ejemplo en numerosas sentencias el Tribunal Supremo ha exigido del trabajador que este comportamiento conforme a la buena fe sea traducido en “rectitud hacia los intereses patronales” STS 27 noviembre 1945 (Ar. 1249) y STS 9 abril 1960 (Ar. 1531) citadas por Jordi García Viña, “La buena fe en el contrato de trabajo: Especial referencia a la figura del trabajador”, Edit Consejo Económico y Social, Madrid, España 2001, pág. 56.

²⁶ STS 21 septiembre 1987 (RJ 1987, 6226) y STS 20 junio 1988 (RJ 1988, 5429)

contraparte una actuación leal, fiando y confiando en que su actuación será social y contractualmente correcta (...)”²⁷

Así, al ser recíproco este deber de buena fe su quebranto por parte del trabajador lo hace incurrir, como sanción máxima, en justa causa de despido²⁸(art. 54.2 d) E.T) así como el incumplimiento grave por parte del empleador, supone causa de terminación a instancia del trabajador (art. 50.1 E.T)²⁹

²⁷ STSJ 11 septiembre 1991 (RJ 1991, 4937)

²⁸ Art. 54 E.T.: Despido disciplinario

1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.
2. Se consideran incumplimientos contractuales:
 - d) la transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo

²⁹ Art. 50.1 E.T.: Extinción por voluntad del trabajador

1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato:
 - a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad
 - b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado
 - c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41 de la presente Ley, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados.

5.2- RELACIÓN ENTRE LA OBLIGACIÓN DE NO CONCURRENCIA Y EL PRINCIPIO DE BUENA FE

La relación que existe entre el Principio de Buena fe y la Obligación de no concurrencia es una relación de género a especie, la prohibición de concurrencia desleal es una manifestación accesoria del deber de buena fe contractual dirigido a evitar la producción de perjuicios materiales a la empresa que ésta no tiene porqué asumir pues son consecuencia del actuar ilícito de un trabajador en abuso de su posición de trabajo.

Puesto que la buena fe es un principio general del derecho que en materia contractual tiene por objeto que ambas partes cumplan con sus respectivas obligaciones de un modo transparente y justo sin buscar el perjuicio del otro atendiendo a las “normas de lealtad y hombría de bien”, parece claro que la obligación estipulada en el ya citado artículo del E.T. no es más que una manifestación expresa de este deber de comportamiento cuya regulación se justifica en el mayor perjuicio que su incumplimiento puede acarrear a una de las partes del contrato, en este caso el empleador.

La unión entre estas dos figuras se ha estrechado aún más desde el momento en que la violación a la obligación de no competencia no tiene una causa específica de despido como sanción y por lo tanto, los tribunales han tenido que subsumir este incumplimiento dentro de la transgresión a la buena fe contractual que el artículo 54.2 E.T. estipula como causa de despido,³⁰

³⁰ surgiendo como críticas a esta nueva situación el hecho que ahora este artículo fuese ocupado como cajón de sastre, pues cada vez que una actuación no encaja en alguna de las conductas sancionables con el despido se recurre a este artículo para que a través de él se sancione dicha actuación, mereciendo un reproche tanto los empleadores que abusan de su poder de dirección como los tribunales que han permitido el abuso de esta situación.

pasando a considerarse entonces la deslealtad en la competencia como una forma de transgresión a la buena fe contractual.

La íntima unión entre la obligación de no competencia desleal y el principio de buena fe se puede observar en numerosas sentencias, entre ellas citamos las siguientes:

Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 1990: “No sea preciso que exista pacto de plena dedicación mediante compensación económica para que la concurrencia desleal sea reprochable; lo es, sin más, cuando se realice con deslealtad (art. 21), y en contra de las exigencias de la buena fe”³¹

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 febrero 1993: “Siguiendo la doctrina y aplicándola a la conducta del actor reflejada en el relato fáctico, no cabe duda de que tal conducta debe calificarse como una evidente transgresión de la buena fe contractual, toda vez que paralelamente a su desempeño de actividad laboral en la demandada y aprovechando los conocimientos que su puesto de trabajo le proporcionaba, fue preparando el entramado organizativo e instalaciones físicas para el inicio de una actividad empresarial idéntica a la desarrollada por su empleadora...”³²

³¹ STS 25 junio 1990 (RJ 1990, 5515)

³² STSJ Madrid 1993 (AS 1993, 942)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 12 diciembre 1994: “La prohibición del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores, de no concurrencia afecta no sólo al trabajo por cuenta de otros empresarios sino también al que lo sea por cuenta propia, tal como sucede en el supuesto de los actores, quienes vulneran el artículo referido pero también los más genéricos 20.2 y 5 del ET en los que se establece como deber básico el cumplimiento de las obligaciones concretas del puesto de trabajo conforme al principio de buena fe que no es sino la exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegida en el ámbito contractual de caracterización sinalagmática por lo que genera derechos y deberes recíprocos”³³

En definitiva el principio de buena fe contractual es el que inspira dicha prohibición y da la pauta y las directrices a seguir para la regulación de la competencia desleal, pues de no existir tal prohibición se estarían amparando situaciones donde el abuso de información y de secretos empresariales romperían las reglas de la libre competencia y la seguridad de nuestra economía.

³³ STSJ Cantabria 1994 (AS 1994, 4885)

5.3- EL DEBER DE BUENA FE V/S EL DEBER DE FIDELIDAD

El deber de buena fe como actualmente se expresa en el estatuto de los trabajadores no siempre ha sido bien interpretado pues antiguamente se le trataba como equivalente del “deber de fidelidad”, sustituido en la Ley 8/1980 de 10 de marzo con la que se aprobó el Estatuto de los trabajadores, quedando derogado definitivamente.

El antiguo deber de fidelidad era entendido como la obligación del trabajador de actuar según los intereses productivos de la empresa, concepto que nace a partir de la idea comunitaria de la empresa proveniente de la Alemania nacionalsocialista, donde tanto trabajadores como empresarios comparten el mismo y único interés: El bienestar de la empresa donde trabajan, no teniendo lugar alguno los intereses propios y personales de los trabajadores, quienes una vez que se integran en la empresa pasan a formar parte de su maquinaria no ya como personas sino como elementos de la misma.

Se estaba en definitiva ante “una noción coercitiva de la empresa como comunidad, personificada sin embargo en los poderes del empresario, de los que derivan exigencias que involucran directamente la personalidad y la conducta del trabajador, junto con elementos cualitativos de su trabajo – diligencia, fidelidad o lealtad, paz o armonía social, colaboración -, por el mero hecho de su incorporación o ingreso en el ámbito organizativo de la empresa”³⁴

³⁴ Baylos Grau A., “Derecho del trabajo: modelo para armar”, Edit. Trotta, Madrid 1991, pág. 25.

Esta concepción fue recepcionada en España y acomodada a su idiosincrasia en las Leyes de Contrato de Trabajo de 1931 y 1944, concepciones que quedaron atrás con la aprobación del nuevo Estatuto de los Trabajadores de 1980 y con la Constitución Española de 1978, cambio que se fundamenta en la necesidad de adoptar una legislación laboral más neutra que se corresponda al cambio político que se imponía en España tras la muerte de Franco y el triunfo de la democracia para dar lugar a una sociedad más justa e igualitaria donde la fidelidad se encuadra mas bien en figuras jurídicas pertenecientes al derecho de familia que en un contrato de cambio como lo es el de trabajo³⁵. De esta manera las diferencias entre el concepto de Buena Fe y Fidelidad que destacan son:

- 1- El deber de fidelidad es un deber unilateral del trabajador al empleador y que tiene como contrapartida el deber de protección del empresario.³⁶ Esta unilateralidad se debía a que se entendiese el contrato de trabajo como un contrato de confianza a diferencia de lo que hoy sucede pues dicho contrato se caracteriza por ser un contrato sinalagmático que crea derechos y obligaciones recíprocos exigibles tanto por parte del trabajador como por el empresario.
- 2- Del incumplimiento del deber de fidelidad se derivaba como única sanción el despido, pues la falta a la fidelidad era una conducta per se grave que no admitía grados de estimación. Por el contrario, para que del incumplimiento de la buena fe se derive el despido es necesario no sólo la

³⁵ Crítica desarrollada por el Profesor Mancini al contraponer figuras pertenecientes al derecho de familia con la realidad del contrato de trabajo, citado por Castiñeira Fernández, ob. Cit., pag 172.; Asimismo el profesor Rodríguez Piñeiro en el prólogo al libro de Castiñeira Fernández ya citado, pags 9-11.

³⁶ García Viña, Jordi, "El despido por transgresión de la buena fe contractual", Edit. CISS, Valencia 1999, pág. 9.

transgresión al deber de buena fe, sino que la conducta que la transgrede sea suficiente en entidad: grave y culpable.³⁷

3- Dentro del concepto de Fidelidad se entendía que trabajador y empresario compartían los mismos intereses. En el concepto de Buena fe los intereses entre trabajadores y empresarios pueden ser contrarios pero ello no conlleva a una ruptura en sus relaciones, sino a un entendimiento en sus diferentes posturas donde claramente juega un rol importante el derecho laboral.

Entre las críticas que se hacen a este deber de fidelidad como fundamento de la obligación de no competencia destaca la opinión de Nogueira Guastavino³⁸ quien hace la siguiente distinción:

- En un contrato de carácter patrimonial, como es el de trabajo, resulta difícil admitir un estricto deber de fidelidad entre las partes.
- Un deber de exclusividad basado en la fidelidad que el trabajador debe a la empresa resulta incompatible con un ordenamiento donde la figura del pluriempleo se encuentra tradicionalmente admitida. Por su mera celebración, el contrato de trabajo no sólo no lleva consigo obligación de dedicación exclusiva alguna, sino que, contrariamente, para conseguir tal efecto, el empresario ha de celebrar un pacto ad hoc (pacto de plena dedicación) con el trabajador sometido por la normativa laboral a un particular régimen jurídico al que se condiciona su viabilidad (art. 21.3 E.T)³⁹

³⁷ - Art. 54.1- El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador.

³⁸ Nogueira Guastavino, ob cit, pág.s 80, 81.

³⁹ Art. 21.3 E.T.: Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa:

3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándole por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

Es así como se observa que si bien la doctrina española⁴⁰ tiene clara la diferencia entre el deber de buena fe y el de fidelidad, habiéndose superado esta última concepción, no lo tiene así de claro la jurisprudencia la que en muchos de sus fallos sigue aplicando el antiguo concepto de fidelidad y la comunidad de intereses entre trabajador y empresario⁴¹, y más recientemente confundiendo el deber de buena fe con el de fidelidad⁴²

⁴⁰ López Aniorte, M.C., “La competencia del trabajador con su empresa” pág. 18;

Nogueira Guastavino, M. “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo” pág. 131; De Val Tena Angel Luis, “La prohibición de concurrencia entre empresario y trabajador”, Edit. Tecnos, Madrid 1996, pág. 11; Jordi García Viña “La buena fe en el contrato de trabajo” pág. 51; Manuel Alonso olea y María Emilia Casas Bahamonde “Derecho del Trabajo” 23 ed. Edit Civitas Ediciones, Madrid 2005, pág. 350-351; María José Nevado Fernández “Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo” pág. 55 y sgtes; Jaime Castiñeira y Fernández “Prohibición de competencia y contrato de trabajo” pág. 171 y sgtes, entre otros.

⁴¹ Aún tenemos resabios, vestigios de este deber de fidelidad, así se continúa hablando de lealtad, abuso de confianza; se sigue intentando mantener de forma mayoritaria el número de actividades prohibidas; se presume de manera desorbitada el perjuicio requerido a través de la presunción iuris tantum y se mantiene una interpretación extensiva de un deber que ha sido utilizado como “cajón de sastre” para aquellas situaciones que no encajan en las causales de despido descritas en el art 54.2 E.T

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo social) de 17 abril 1984 (RJ 1984, 2105); de 22 septiembre 1988 (RJ 1988, 7097); Sentencia del tribunal Superior de justicia de La Rioja de 11 septiembre 1991 (RJ 1991, 4937); Sentencia del tribunal superior de justicia de la comunidad valenciana de 2 octubre 1991 (RJ 1991, 5831); STSJ Cataluña 14 febrero 1992 (AS 1992, 826); STSJ comunidad valenciana 14 julio 1992 (AS 1992, 3950); STSJ Extremadura 24 enero 1994 (AS 1994, 48); entre otras.

En esta misma dirección, López Aniorte afirma que “no es difícil constatar mediante un rápido rastreo de las compilaciones de jurisprudencia, el mantenimiento en la cultura jurídico-laboral coetánea, no sólo del término “fidelidad”, sino también –y esto es lo más grave- de ciertos planteamientos cercanos al descrito que en la actualidad carecen de justificación y que merecen ser rechazados”⁴³

Quizá, todo ello se deba a que el Estatuto de los Trabajadores es una norma que nace en una época de marcada crisis económica, y en la que en buena medida se profundiza en un ambiente de subordinación del trabajador hacia el empresario⁴⁴

⁴³ López Aniorte M.C., ob cit, pág 19

⁴⁴ Nevado Fernández María José, Ob cit., pág 53.

6- ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN DE NO CONCURRENCIA

6.1- DIFERENCIAS ENTRE EL PACTO DE PLENA DEDICACIÓN O DE DEDICACIÓN EXCLUSIVA Y LA PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DESLEAL

El artículo 21.1 E.T. precisa que

“No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan”

Del tenor literal de este precepto se extrae que la prohibición de concurrencia desleal afecta no sólo al trabajador que haya pactado plena dedicación mediante compensación económica expresa sino también a aquél que preste sus servicios a un empresario principal impidiéndosele, de esta forma, que también lo haga para otro empresario siempre que con ello incurra en concurrencia desleal.

Así, este último trabajador, aún no existiendo pacto de plena dedicación, no puede prestar servicios a otra empresa si con ello transgrede la prohibición de concurrencia desleal y su deber de cumplir el contrato de buena fe.

Si bien es cierto que en ambos supuestos la prohibición es la misma, efectuar prestaciones laborales a favor de otros empresarios, nuestro objeto de estudio se reduce a la prohibición de concurrencia desleal y por lo tanto interesa destacar las diferencias que se observan en uno y otro supuesto a fin de acotar los límites de nuestro pacto.

- El Pacto de plena dedicación o de dedicación exclusiva, tiene un origen contractual, es un elemento accidental del contrato de trabajo. Las partes, en virtud del principio de libertad contractual, expresan libremente su voluntad, obligándose el trabajador a prestar sus servicios de manera exclusiva al empleador y éste a pagar una compensación económica por dicha exclusividad, compensación que tiene por objeto sopesar la limitación que contrae el trabajador consistente en no poder ejercer el derecho a pluriemplearse mientras dure el pacto.

En sus efectos este pacto impone más restricciones que la simple prohibición de concurrencia, ya que impide per se el pluriempleo o una doble actividad del trabajador, independientemente de que esta actividad sea competitiva en sentido estricto. Su alcance es más amplio.⁴⁵

- La prohibición de concurrencia desleal tiene su origen en la ley, por mandato expreso “no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal”

Se trata de un elemento de la naturaleza que la ley entiende incorporado en todo contrato laboral si las partes nada dicen al respecto. En este caso la limitación que se impone al trabajador es menor ya que a falta de pacto de dedicación exclusiva el trabajador puede efectuar todo tipo de actividades laborales excepto aquellas susceptibles o calificables como concurrencia desleal.

⁴⁵ En Su configuración legal se persigue incrementar los controles para su validez con el fin de brindar una mayor protección a la libertad de trabajo que en este pacto puede verse más amenazada.

En este caso no se restringe de manera absoluta el derecho a pluriemplearse mientras dura el contrato de trabajo sino que se limita dicho derecho respecto de aquellas actividades susceptibles de causar un perjuicio económico al empleador por tratarse de actividades que faltan a la lealtad debida y a la obligación que recae sobre el trabajador de cumplir de buena fe la obligación contractual.

Es por ello que resulta de vital importancia interpretar restrictivamente esta obligación establecida a favor del empleador, ya que una mayor interpretación estaría limitando el contenido esencial del derecho a pluriemplearse del que goza todo trabajador, otorgando una mayor importancia a los intereses económicos de los empresarios que al derecho a elegir una profesión u oficio del que gozan todas las personas.

6.2- OMISIÓN DEL LEGISLADOR

El artículo 21.1 E.T. al tratar la prohibición de concurrencia desleal se pone en el supuesto de que un trabajador preste sus servicios para diversos empresarios pero no se pone en el supuesto de que el trabajador actúe por cuenta propia.

Nogueira Guastavino señala que para dar solución a esta omisión del legislador, hay que analizar el fundamento de la prohibición: Si éste reside en el deber de Buena fe y, de otra parte, la finalidad de la norma es evitar la afectación de los intereses competitivos del empresario por una persona inserta en la propia organización empresarial, una interpretación que atienda “al espíritu y finalidad de la norma” en cuestión, obliga a colegir que la prohibición abarca tanto la realización de una actividad por sí y para sí mismo, como por cuenta de otro en régimen de ajenidad. Y ello porque, en ambos

casos, se incumple la obligación de abstenerse de competir y se provoca el resultado que la norma trata de evitar, la producción al empleador de un perjuicio, actual o potencial, vulnerando el deber de buena fe contractual.⁴⁶

Por su parte la jurisprudencia resuelve la omisión en el mismo sentido, así la STSJ de Cantabria de 12 diciembre 1994 en la que se expresa “La prohibición del artículo 21 del Estatuto de los trabajadores, de no concurrencia afecta no sólo al trabajo por cuenta de otros empresarios sino también al que lo sea por cuenta propia”,⁴⁷

“...el alcance de la prohibición de la competencia o concurrencia desleal del trabajador, establecida en los artículos 5d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores como ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo- SS.TS. , 4 noviembre 1982 y 2 julio 1985-, y como también señaló reiteradamente la autorizada doctrina del Tribunal Central de Trabajo, la prohibición del art. 21.1 del E.T. alcanza no sólo a la competencia desleal en el trabajo por cuenta de otros empresarios, sino también, con igual o mayor razón, a la actividad concurrente desleal por cuenta propia. El criterio de la interpretación lógica o finalista debe completar o integrar en este sentido la laguna legal apreciable en la materia en el Estatuto de los trabajadores en el sentido de extender a todo régimen de trabajo lo que el tenor literal del art. 21.1 del E.T declara prohibido respecto de la “prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios”⁴⁸

⁴⁶ Nogueira Guastavino, M., “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo” pág. 169, 170. En este mismo sentido: María del Carmen López Anierte, ob cit, pag 36; Val de Tena, A.L., ob cit, pág. 14; Fernández López, M.F., “La transgresión de la buena fe contractual” op. cit., pág. 252, entre otros.

⁴⁷ (AS 1994, 4885)

⁴⁸ STS 7 marzo 1990 (RJ 1990, 1773) citada por Fernando Barbancho, Ob cit, pág....rellenar!!!. En la misma línea: SSTS 22 septiembre 1988 (RJ 1988, 7097); 29 marzo 1990 (RJ 1990, 2367); STSJ Galicia 24 febrero 1994 (RJ 1994, 714); STS 21 marzo 1990 (RJ 1990, 2203). Sin embargo, hay una sentencia que parece no estar conforme con esta solución; STSJ de Castilla y León/Burgos de 21 noviembre 1995 (RJ 1995, 4106).

Así, tanto la doctrina como la jurisprudencia española han concluido la discusión dando una interpretación teleológica al artículo 21.1 E.T. considerando la existencia de concurrencia “tanto en los supuestos de pluriempleo por cuenta ajena como cuando se trabaje por cuenta propia, ya siendo empresario personal ya formando parte de una sociedad competidora.”⁴⁹

.

⁴⁹ Sentencia 4 noviembre 1982, (RJ 1982, 7283).

7- ESTUDIO EN PARTICULAR DE LA OBLIGACIÓN DE NO CONCURRENCIA DESLEAL

7.1- ELEMENTOS DE LA OBLIGACIÓN

Los elementos que configuran la Obligación de no Concurrencia son:

- Que el trabajador realice una actividad fuera de la empresa, por cuenta propia o ajena, que lo coloquen en una situación de conflicto real con los intereses competitivos de la empresa
- Que dicha actividad cause al empresario un perjuicio efectivo o potencial, perjuicio que ha de ser objetivamente serio y no sólo especulaciones
- Que el empleador no haya consentido la actividad del trabajador

7.1.A)- Que el trabajador realice una actividad fuera de la empresa, por cuenta propia o ajena, que lo coloquen en una situación de conflicto real con los intereses competitivos de la empresa.

En este sentido, un sector de la jurisprudencia ha entendido que este requisito se expresa en la dedicación a actividades de igual o similar naturaleza o rama de la producción de las que se están llevando a cabo en virtud del contrato de trabajo, conceptuando de esta forma la competencia ilícita.⁵⁰

⁵⁰ STS de 5 junio 1990 (RJ 1990, 5020); STS 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840); STSJ Castilla y León/Valladolid 20 abril 1993 (AS 1993, 2105); STSJ País Vasco 16 noviembre 1993 (AS 1993, 5110); STSJ Extremadura 24 enero 1994 (AS 1994, 48); STSJ Galicia 15 septiembre 1994 (AS 1994, 3411); STSJ Galicia 18 mayo 1995 (AS 1995, 1904).

Pero esta definición carece de especificidad pues no logra delimitar el objeto de estudio, nos acerca a él pero al ser tan amplio el concepto, se subsumen en él muchas situaciones que objetivamente no son suficientes para tacharlas como concurrencia desleal.

Una definición más acuciosa entiende este requisito como la realización de una actividad fuera de la empresa que signifique una competencia seria dirigida a una potencial clientela común con la oferta de productos o servicios similares.

Así, no toda actividad que el trabajador realice fuera de su jornada de trabajo en la empresa va a significar una competencia desleal para ésta, sólo lo será aquella actividad que esté dirigida al mismo círculo potencial de clientes que la empresa principal, a través del ofrecimiento de bienes o servicios similares o análogos.⁵¹

El trabajador de este modo, puede realizar una competencia ilícita ya sea por cuenta propia o ajena, significando ambas situaciones distintos juicios de valor, siendo mucho más grave cuando la actividad sea realizada por cuenta propia, de manera personal por el trabajador, que por cuenta ajena pues los intereses competitivos del empleador no se ponen en peligro de igual manera y por lo tanto no se vulnera del mismo modo el estándar de buena fe contractual. Así, mientras establecerse por el trabajador por cuenta propia en el mismo mercado relevante que el empleador constituye por sí misma una conducta que vulnera el deber de buena fe y que vulnera la prohibición de concurrencia desleal, el trabajar por cuenta ajena para una empresa de la competencia no constituye per se una conducta desleal, habrá que apreciar la posición del

⁵¹ Lo que se prohíbe es que el trabajador realice, detentando su puesto de trabajo, actividades competitivas para la empresa a la que presta sus servicios, pero una vez extinguida la relación laboral es libre para dedicarse a aquella actividad que estime conveniente.

trabajador en la empresa principal y si realiza en ella una tarea relevante para poder determinar si su conducta constituye un peligro concreto a los intereses competitivos del empleador susceptibles de causarle un perjuicio, que es lo que la norma trata de evitar.

A continuación vamos a analizar los elementos esenciales para que se de lugar a este requisito:

7.1. A.1- La Existencia de 2 empresas de la competencia:

El que dos empresas tengan el mismo objeto social no significa que sean competitivas, el objeto social determina los límites de actuación queridos por la empresa pero no define la actividad realizada por ésta. Muchas veces el objeto social es mucho más amplio que la actividad desarrollada y ello es así porque se hace en previsión de si en el futuro se quiere ampliar la rama de actividades desarrolladas por la empresa. Por ello, el analizar el objeto social de una y otra empresa no es suficiente para determinar si son o no competencia, hay que ser más exhaustivos en este análisis en el que finalmente será la apreciación de la potencial clientela común lo que determine si influyen en el mismo mercado⁵².

Sin embargo, la jurisprudencia ha caído muchas veces en el error de apreciar el objeto social de dos empresas para determinar si son o no de la competencia.⁵³

⁵² “Sentado lo que precede se ha de concluir que la conducta de los accionantes no supuso concurrencia desleal, dado que, según se resalta en el razonamiento anterior, la actividad desplegada por la Sociedad recurrente y por Comercial Aguador, S.A., se manifiestan en líneas de producción distintas, lo que excluye la competencia entre ellas.” Tribunal Supremo de lo Social, 22 septiembre 1988, (RJ 1988, 7097).

⁵³ STS 11 junio 1986 (RJ 1986, 3528); STS 30 marzo 1987 (RJ 1987, 1756); STSJ Castilla y León/Burgos 7 octubre 1993 (AS 1993, 4334); STSJ Extremadura 5 abril 1995 (AS 1995, 1426).

7.1. A.2- Dos empresas que oferten bienes o servicios similares o idénticos⁵⁴:

No siempre resulta fácil esclarecer si bienes o servicios similares se encuentran dirigidos a una misma clientela. En muchas ocasiones, empresas dirigidas a un mismo sector no se encuentran en directa competencia pues pueden ofertar el mismo producto pero ir dirigidos a distintos clientes.⁵⁵

Es el caso, por ejemplo, de dos establecimientos hoteleros que estando situados en una misma ciudad, están dirigidos a un círculo potencial de clientes distintos pues uno de ellos presta servicios que el otro no tiene.⁵⁶

7.1. A.3- Que se trate de bienes o servicios dirigidos a un mismo círculo potencial de clientes:

Es éste el elemento decisivo que hace que una determinada actividad devenga en competencia desleal, por ser la clientela uno de los mayores intereses competitivos que tiene la empresa y por tanto, al ser afectada por una actividad extraña, se causa indudablemente un perjuicio al empleador.

⁵⁴ “5º- En definitiva, el trabajador, vinculado a la empresa por una relación laboral ordinaria, con la categoría de vendedor, percibiendo por su trabajo un sueldo fijo correspondiente a tal categoría profesional, más un complemento fijado en un porcentaje sobre el volumen –aparte de los conceptos indemnizatorios de dietas y kilometraje- ha vendido gafas de otra empresa, material que constituía el objeto de tráfico mercantil del empleador que remuneraba sus servicios y a cuya plantilla pertenecía, aprovechando la representación y venta de los productos de éste, contraviniendo, así, los deberes de buena fe y lealtad contenidos en los artículos 5.a), d) y 21.1 del ET, e incurriendo en la justa causa de despido, de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza, tipificada en el art. 54.2.d) del citado Estatuto”. Tribunal Supremo de lo Social, 5 junio 1990, (RJ 1990, 5020)

⁵⁵ STSJ Comunidad Valenciana 12 abril 1994 (AS 1994, 1690) la que señala que no puede “admitirse como deducción lógica y presunción fundada en que ambas empresas venden productos de laboratorio, el que venden productos similares, cuando es notorio la variedad de tales productos y la especialización a que tal diversidad obliga”

⁵⁶ STSJ Baleares 20 junio 1991 (AS 1991, 3969) Donde se declara que no se disputan un mismo mercado un hotel en el que se realizan banquetes de boda y otro en el que no se presta tal servicio.

Para que el trabajador compita con su empleador es requisito ineludible, en consecuencia, que desarrolle una actividad 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 ofrecidos por la empresa contra la que se compite y que, al ir dirigidos a una clientela hipotéticamente igual sea susceptible de ocasionar un perjuicio al empleador.⁵⁷

7.1. A.4- Que el trabajador se encuentre en una posición privilegiada:

El cumplimiento del deber de buena fe contractual y, en general, de los demás deberes del trabajador se hace más exigente a mayor categoría y a mayor formación y autonomía del trabajador así, no es lo mismo la exigencia del deber de buena fe que se hace a un empleado de confianza conocedor de los secretos empresariales que la exigencia de dicho deber respecto de un trabajador que carece de mayores conocimientos y de dicha confianza.⁵⁸

En sentencia de 21 marzo 1990 del Tribunal Supremo se expresó “ciertamente, no toda actividad adicional es concurrencia desleal, pero sí lo es aquella en la que el trabajador puede desviar clientela, o aprovechar conocimientos adquiridos en la empresa a la que hace competencia, o prevalerse de la información que ha podido proporcionar la presencia en el interior de ésta”⁵⁹

⁵⁷ STCT 7 julio 1981 (RTCT 1981, 4761)

⁵⁸ - En este sentido la Sentencia de Cataluña 3 enero 1996 (AS 1996, 828)

⁵⁹ - (RJ 1990, 2203)

Para que un trabajador actúe en concurrencia desleal será necesario:

- Que por su posición en el trabajo tenga acceso a la clientela, a información sobre la producción, el producto, los proveedores y secretos de la empresa.⁶⁰
- Que haya adquirido nuevos conocimientos en la empresa donde trabaja.

“La competencia se valora como desleal, bien porque la perfección profesional que el trabajador adquirió en su relación laboral es utilizada en contra de su principal, o bien porque el puesto que el trabajador desempeña en la empresa signifique, por su categoría o función, la posesión de datos internos de la empresa que constituyan una potenciación de la actividad competitiva y, por ello, mismo, una deslealtad en la libre concurrencia del mercado”⁶¹. Teniendo presente que la experiencia que el trabajador ha adquirido mientras ha desarrollado su puesto de trabajo no es un patrimonio de la empresa sino del trabajador.⁶²

⁶⁰ la divulgación de un secreto empresarial se encuentra tipificada en el artículo 13 de la Ley de competencia desleal, considerando desleal “la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquier otra especie de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente, pero con deber de reserva, o ilegítimamente” Asimismo se encuentra tipificado en el artículo 279 del Código Penal español de 1995 en los siguientes términos “La difusión, revelación o cesión de un secreto de empresa llevado a cabo por quien tuviera legal o contractualmente obligación de guardar reserva, se castigará con la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses” art. 279.1 C.P. “Si el secreto se utilizara en provecho propio, las penas se impondrán en su mitad inferior” art. 279.2 C.P.

⁶¹ STS 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840)

⁶² No es posible configurar a la experiencia adquirida por el trabajador en el ámbito de la empresa como patrimonio de ésta, antes bien, debe entenderse que tal experiencia pasa a ser patrimonio exclusivo y personal del trabajador, aprovechable en su caso en el ejercicio profesional al servicio de otras empresas (o de la suya propia). Nevado Fernández, Ob Cit, pág 45.

Por el contrario, los trabajadores que no tienen contacto con la clientela o conocimientos relevantes respecto de los intereses competitivos del empleador, pueden desarrollar una segunda actividad incluso en una empresa directamente competitiva pues con ello no afectan ni producen perjuicio alguno a su empleador⁶³. Sin embargo, se puede encontrar una postura diferente en una sentencia donde no se exige una posición especial del trabajador, bastándoles con el hecho de que preste sus servicios al competidor.⁶⁴

⁶³ En esta dirección, la Sentencia de 22 octubre 1990 (RJ 1990, 7932) que expresa “Lo que se juzga es si la actividad del trabajador en la otra empresa revela una infidelidad en el servicio que presta al demandado o si la base de su actuación son los conocimientos obtenidos en su trabajo con este último; si no es así, no se produce quebranto al principio de buena fe. En consecuencia si lo único que consta en los inalterables hechos probados es que un día concreto el actor, simple oficial de cerrajería, sin otra cualificación que requiera especiales conocimientos técnicos en su formación, adquiridos con la demandada, fue sorprendido por la Inspección de trabajo, fuera de la jornada laboral, sin conocimiento ni consentimiento de su empresa en otra distinta, (...) de ello no se deduce que, en el caso de autos, estemos ante un caso de concurrencia desleal al faltar a la actividad que realizaba el trabajador los requisitos ya dichos(...) el trabajo que ejecutaba no exigía especiales conocimientos, adquiridos en su otro trabajo por lo que no se perjudicaba a la demandada, no existiendo infidelidad en el trabajador”. Así también la Sentencia 19 julio 1985 (RJ 1985, 3820); Sentencia Cataluña 7 febrero 1996 (AS 1996, 1085); Sentencia Baleares 22 marzo 1997 (AS 1997, 1009).

⁶⁴ STSJ País Vasco 26 marzo 1996 (AS 1996, 482) que expresa: “Fácil es advertir la razón de ser de este deber: se trata de evitar que el trabajador ayude al competidor adversario de su empleador sin el beneplácito de éste. Ayuda que objetivamente se da por el simple hecho de la prestación de sus servicios a aquél, sea cual sea el concreto trabajo que él desarrolle en las dos empresas (También, por tanto, aunque nada tengan que ver entre sí).

De esta forma, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 julio 1985 se exponen los siguientes fundamentos de derecho:

“Se deduce de los referidos hechos probados que la imputación de que el actor facilitó datos de la empresa demandada a otra de la competencia no ha quedado acreditada, y como de su profesión, simple trabajador manual como tejedor con salario de 53.470 pesetas mensuales (aun cuando en la demanda invoca 102.122 pesetas) no cabe inferir sin más el conocimiento de datos de interés sobre la marcha y proyectos de la empresa, producción y clientes, de implícita transmisión a otra por el mero hecho de aportar a ella el ejercicio de su profesión, no cabe apreciar en el supuesto de autos la existencia de la concurrencia desleal que el artículo 5, d) en relación con el 21.1 del Estatuto de los trabajadores, prohíben como excepción al principio de libertad de trabajo”⁶⁵

A esta misma conclusión se llega en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 mayo 1991 que expone: la lealtad a la empresa obliga al empleado, entre otras cosas, a no aprovecharse indebidamente de su reputación o esfuerzo; a no beneficiarse de forma ilícita con la información sobre productos, procesos y clientes que pueda proporcionar la pertenencia a la misma; y a mantenerla informada de manera puntual de las propias actividades profesionales que puedan afectar a sus intereses. Pero este deber de lealtad no puede inhibir la propia libertad profesional y de trabajo del trabajador, ni puede exigir una noticia inmediata y detallada de lo que es un mero proyecto, cuya viabilidad o realización están en estudio.⁶⁶

⁶⁵ (RJ 1985, 3820)

⁶⁶ (RJ 1991, 3916)

7.1. B)- Que la actividad cause al empresario un perjuicio efectivo o potencial, perjuicio que ha de ser objetivamente serio y no sólo especulaciones.

7.1. B.1- Perjuicio: Su presunción y relación con la Intencionalidad

Perjuicio: Ganancia lícita que se deja de obtener o gastos que ocasiona una acción u omisión ajena culpable o dolosa, que da lugar a indemnización de orden civil o penal.⁶⁷

La existencia de este requisito se justifica porque si bien el artículo 21 E.T. omite cualquier referencia a este elemento, es justamente la posibilidad de producir un perjuicio al empresario la razón de ser de la existencia de esta prohibición. Sólo ante la eventualidad de que los intereses competitivos del empresario se vean perjudicados por la actuación del trabajador, es lícito restringir el derecho de trabajo y el derecho de libre elección de profesión u oficio consagrado en el artículo 38 y 35.1 de la Constitución Española.⁶⁸

Este perjuicio puede ser real o potencial, será real cuando pueda ser materializado económicamente y potencial, cuando de la actuación realizada por el trabajador no se produzcan daños inmediatos pero sí puedan producirse en el futuro de continuar tal actuación.

El perjuicio del que hablamos no es ya sólo aquél que pueda llegar a apreciarse materialmente por la pérdida de clientela, también se está aceptando en los tribunales el perjuicio producido al prestigio de la empresa⁶⁹

⁶⁷ El pequeño Larousse multimedia 2006.

⁶⁸ “... Es requisito esencial de la concurrencia desleal que ocasione perjuicio para el empresario, (...) auténtica razón de ser de la prohibición como razonable limitación del “Derecho de libre elección de profesión u oficio” consagrado por el art. 35 nº1 de la Constitución.” STS 19 octubre 1988 (RJ 1988, 8117)

⁶⁹ Así se pronuncia el Tribunal Supremo respecto a un profesor que captaba alumnos del centro donde impartía enseñanza para dar clases particulares. Este órgano entendió que el perjuicio existía “por permitir la duda sobre la objetividad de las calificaciones finales, ante la posibilidad de influencia derivada de las clases particulares impartidas” STS 5 julio 1988 (RJ 1988, 5761) citada por Jordi Viña “El despido por transgresión de la buena fe contractual” pág. 24.

En este mismo sentido, recordando la sentencia de 19 septiembre 1989 (RJ 1989, 6462) la Sentencia judicial de la Comunidad Valenciana de 14 julio 1992 (AS 1992, 3950) señala que “el ilícito laboral que se examina no requiere necesariamente la causación de un perjuicio económico ya que la conducta de la que racionalmente se deduzca el posible riesgo de que tal perjuicio se produzca, es bastante para apreciar la infracción aludida”⁷⁰

Además, el acto cometido por el trabajador es considerado independientemente del éxito que para él mismo, o para tercero, pueda conllevar⁷¹ es decir, independientemente de si se ha obtenido o no un beneficio gracias a la conducta desleal.⁷²

No se exige la causación de un perjuicio económico real porque lo característico de esta falta será el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal⁷³, conducta que en la búsqueda del beneficio propio, no le importa lesionar los intereses del empresario⁷⁴.

Por ello la jurisprudencia mayoritaria no considera requisito necesario para que se ocasione el ilícito laboral la comisión de un perjuicio material o económico a la empresa, bastando para ello un perjuicio potencial, perjuicio al que se aplica la *presunción iuris tantum* de que todo trabajo en actividad

⁷⁰ Sentencia citada por Nogueira Guastavino, M., “La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo”, pág. 352.

⁷¹ Nevado Fernández, ob. cit, pág. 87.

⁷² La transgresión de la Buena fe y el abuso de confianza son faltas que se entienden cometidas aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa y con independencia de si se ha obtenido o no un beneficio gracias a la conducta desleal.

⁷³ - STS de 17 abril 1984, (AR 1984, 21); STSJ de Madrid 25 junio 1991, (AR 1991, 4106); STSJ de Andalucía/Málaga 15 julio 1991, (AR 1991, 4195).

⁷⁴ STSJ País Vasco, 26 marzo 1996 (AS 1996, 482); STS 15 julio 1987 (RJ 1987, 5389).

análoga o idéntica produce perjuicio⁷⁵, pues el perjuicio no deja de ser consustancial a la competencia desleal.⁷⁶

El elemento cualificador de la conducta competitiva prohibida no es ya el perjuicio o daño causado, en cuanto resultado logrado, sino la deslealtad de la conducta utilizada, en tanto medio empleado para la obtención de un resultado.⁷⁷

De tal modo que lo que se estaría sancionando no sería ya el perjuicio causado sino la deslealtad y la intención de causar un daño al empleador, situación más que criticable pues se desvía por completo el objeto de la obligación que no es sancionar una situación subjetiva sino todo lo contrario, evitar el daño que una conducta puede provocar al empleador, sancionar el perjuicio. Lo que ocurre es que es difícil creer que un trabajador que se encuentre en una posición privilegiada no sea capaz de apreciar el posible daño que su competencia puede ocasionar a su empleador principal, es por ello que la intencionalidad debe presumirse cuando se cumplan los presupuestos de partida, y ello, por ser difícilmente imaginable el desconocimiento del perjuicio, aunque potencial, que pueda causarse; máxime cuando, como se ha visto, el trabajador que compite suele ser un trabajador cualificado.⁷⁸

Se confunde entonces la comisión de un perjuicio o su presunción con la presunción sobre la intencionalidad de cometer dicho perjuicio, dándose ambas por supuestas, lo que significa para el trabajador mayores dificultades de prueba además de que el elemento de la culpabilidad, necesario junto con la gravedad para que la conducta sea objeto de despido, se de casi por cumplido,

⁷⁵ Véanse STS 12 julio 1988 (RJ 1988, 5806); SSTSJ Asturias 19 abril 1996 (AS 1996, 1254); TSJ Cantabria 12 diciembre 1994 (AS 1994, 4885); TSJ País Vasco 19 noviembre 1991 (AS 1991, 6232).

⁷⁶ Nevado Fernández, ob. cit, pág. 86.

⁷⁷ Opinión de Fernández López citada por Angel Luis Val deTena, ob. cit, pág. 21

⁷⁸ Nevado Fernández, ob. cit, pág. 88

correspondiendo entonces al trabajador probar que se ha ocasionado el daño sin que haya existido intencionalidad en la causación del resultado⁷⁹, tratándose ambas como sinónimo.

De esta forma, cumpliéndose los demás requisitos para calificar a una conducta como desleal resulta innecesario probar que se ha cometido un perjuicio al empresario, sólo basta con la conducta desleal, lo que resulta obvio pues si el trabajador concurre con su actividad al mismo mercado que el empleador, el perjuicio puede que aún no se provoque pero de seguir con la actividad se producirá en el futuro. Esta es la lógica y fundamento de la presunción sin embargo, no siempre dicha presunción es bien utilizada pues muchas de las veces se aplica sin verificar que realmente los supuestos para calificar a una conducta como desleal sean verdaderos, por ejemplo calificando una conducta como desleal porque compite con el empleador en la misma área de producción pero los productos van dirigidos a un mercado totalmente diferente⁸⁰, o cuando se califica de desleal la conducta porque el objeto social de la nueva empresa coincide con el de la empresa principal, pero desarrolla una actividad distinta a aquella⁸¹, lo que lleva a poner al

⁷⁹ El tema de la presunción de intencionalidad también se desarrolla junto con el elemento de culpabilidad al tratar las consecuencias del incumplimiento de la obligación.

⁸⁰ STS 17 junio 1988 (RJ 1988, 5410) Donde se falla que las actividades realizadas por un camarero en un bar-restaurant, mientras se encontraba suspendido de empleo y sueldo en el Hotel donde trabajaba, no pueden considerarse como un incumplimiento contractual ya que el citado bar-restaurant se encontraba en la localidad de Ginés, a 20 kms de Sevilla donde se encontraba el hotel y además en él el actor atendía a clientela que por sus características de selección y por el nivel del establecimiento eran muy distintas de la correspondiente al bar-restaurant

⁸¹ SSTSJ Castilla y León/Valladolid, 5 diciembre 1995 (AS 1995, 4555); TSJ de Canarias, 8 junio 1995 (AS 1995, 2606); TSJ Madrid 11 abril 1995 (AS 1995, 1659) y TSJ País Vasco 12 julio 1994 (AS 1994, 2896). Sentencias en que la jurisprudencia, con criterio excesivamente amplio, considera que hay concurrencia desleal cuando el objeto de la nueva sociedad resulta coincidente con el del empleador.

trabajador en una situación muy difícil pues debe destruir la presunción, situación en la que es casi imposible la contraprueba.

En opinión de Manuel Alonso Olea y Maria Emilia Casas Baamonde no es posible presumir *iuris tantum* que todo trabajo en actividad análoga o idéntica produce perjuicios dada la Libertad de trabajo consagrada en el art. 35.1 Constitución. La prohibición sería una traba intolerable al principio de libertad de trabajo, y a la libertad humana, por tanto.⁸²

Esta presunción se aplica cuando la actividad realizada por el trabajador es por cuenta propia, en el supuesto del trabajo realizado por cuenta ajena sólo podría aplicarse en aquellos casos en que el trabajador desarrolle una tarea relevante prohibida, pero en este caso contrastando las tareas desarrolladas por el trabajador en una y otra empresa.

Reflexionando el tema, la mayoría de la jurisprudencia actúa abiertamente en protección de los intereses de la empresa, olvidando muchas veces el derecho al pluriempleo y el derecho a elegir una profesión u oficio por parte del trabajador, siendo en la práctica mucho más exigente con éste que con el empleador⁸³

López Aniorte nos advierte que debe llamarse la atención sobre el riesgo que la aplicación estricta de esta doctrina jurisprudencial entraña, pudiéndose traducir, si no se aplica con cautela, en una efectiva limitación a las libertades constitucionales de industria y trabajo, carente de suficiente justificación.

⁸² Manuel Alonso Olea, M^o Emilia Casas Baamonde, “Derecho del Trabajo” 23ª edición revisada. Madrid 2005, Civitas Ediciones, pág. 354.

⁸³ En la misma postura, López Aniorte expresa que cuando los órganos judiciales, basándose en el simple dato objetivo del desarrollo por parte del trabajador de una actividad paralela de igual naturaleza a la realizada por cuenta del empleador, califican de concurrencia desleal tal conducta sin descender a valorar si los intereses económicos de éste se encuentran o no en peligro, podrían estar conculcando las libertades constitucionales anteriormente aludidas. “La competencia del trabajador con su empresa” pág. 52.

Sólo la existencia del perjuicio, aunque sólo sea potencial, constituye razonable y justificado límite a tales libertades; sin la exigencia de este requisito la prohibición de concurrencia devendría en incompatible con el principio de libertad de trabajo⁸⁴

7.1.C)- Que el empleador no haya consentido la actividad del trabajador

Aunque el actual artículo 21.1 E.T. no se pronuncia respecto al consentimiento del empleador, los órganos judiciales exigen este requisito para que se configure la falta, y ello se debe a que ha sido una constante histórica en la regulación de la obligación laboral de no competencia la exigencia de este requisito, cuyo precedente más próximo es el artículo 73 de la LCT de 1944 que prohibía al trabajador la realización de actividades concurrentes con la empresa “salvo consentimiento del empresario”

Esta doctrina se expresa claramente en la STS de 22 octubre 1990: “cierto que se requiere que la concurrencia ha de ser desleal para que suponga un quebranto del deber básico del trabajador. No hay una tipificación legal de la deslealtad pero ésta se da, sin duda, cuando la empresa no presta su consentimiento a la concurrencia”⁸⁵

Esta tesis ha sido criticada por un sector de la doctrina que estima que “va contra la propia naturaleza de la actividad económica, y de lo que es la esencia del contrato de trabajo” la admisión de la posibilidad de autorización empresarial para la competencia desleal del trabajador⁸⁶.

⁸⁴ López Aniorte, M.C., “La competencia del trabajador con su empresa” Ob. Cit. Pág. 52.

⁸⁵ (RJ 1990, 7707) y de la misma forma, STS 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840)

⁸⁶ En este sentido Duran López, F., “Pacto de no concurrencia”, en AAVV, El Estatuto de los Trabajadores, Comentarios a las leyes laborales, t. V, Ed. Edersa, Madrid, 1985, pág.s 174 y ss, y Alonso García, M. “Curso de Derecho del Trabajo”, 10ª Ed., Ariel, Barcelona, 1987.

Ahora bien, como se ve en la sentencia recién citada, la deslealtad se daría cuando la empresa no presta su consentimiento y es que la reciente jurisprudencia sigue estimando que la clave de la transgresión no radica en el hecho que el trabajador se constituya en competencia con el empresario o trabaje para la competencia sino en el hecho de que lo haga sin contar con su consentimiento⁸⁷ pues de esta forma estaría violando el deber de información que pesa sobre el trabajador respecto de aquellos hechos susceptibles de causar un perjuicio al empleador y que integran el contenido típico de la buena fe contractual⁸⁸.

Es preciso recalcar que este deber de información sólo deberá llevarse a cabo cuando la actividad que el trabajador pretende realizar afecte los intereses competitivos del empresario y sólo en ese supuesto, pues para realizar cualquier otra actividad que no vaya en desmedro de los intereses empresariales, no debe solicitar autorización alguna pues simplemente estaría ejerciendo legítimamente su derecho de libre elección de profesión u oficio o su derecho a pluriemplearse⁸⁹.

En esta misma línea, el deber de lealtad no puede exigir una noticia inmediata y detallada de lo que es un mero proyecto cuya viabilidad y realización están en estudio⁹⁰.

⁸⁷ Véanse STSJ Andalucía/Granada 2 noviembre 1993 (AS 1993, 4843) y SSTS 26 enero 1988 (RJ 1988, 54) y 22 octubre 1990 (RJ 1990, 7707)

⁸⁸ El trabajador deberá informar o advertir al empresario sobre las actividades que va a realizar, con carácter de seguro y definitivo, en un futuro próximo que sean susceptibles de perjudicar sus intereses económicos.

⁸⁹ “El trabajador en tres ocasiones estuvo trabajando en un taller de reparación de automóviles, durante el período de un mes en el que fue observado por un detective privado, lo que descartar la idea de habitualidad, sin que conste proximidad entre ambos talleres teniendo en cuenta además que la población en que ocurrieron los hechos supera los 200.000 mhabitantes, ni que se produjera una desviación de clientes de un taller a otro o se privara de producción a la empresa demandada, por lo que más que de concurrencia desleal hay que hablar de realización de trabajos particulares fuera de horas de trabajo para los cuales no precisa, como en aquella, la autorización del empresario.” STSJ Asturias, 19 abril 1996, (AS 1996, 1254)

⁹⁰ STS 17 mayo 1991 (RJ 1991, 3916)

El consentimiento puede ser Expreso, de forma verbal o escrita, o Tácito, cuando el empleador, conociendo la actividad competitiva del trabajador, no la prohíbe y de este modo la acepta tácitamente⁹¹.

El trabajador en el caso de alegar el consentimiento tácito, deberá probar no sólo que el empleador conocía sus actividades sino que además, las consentía⁹², sin que tenga lugar el beneficio anterior de su presunción⁹³.

La inicial tolerancia que pueda apreciarse por la espera del empresario en conocer toda la magnitud de las actividades del trabajador no equivalen a una autorización de éstas ni puede el trabajador basarse en ellas para justificar su competencia desleal.

Para que tenga lugar el consentimiento tácito, la actuación del empleador “debe tener suficiente consistencia para que, a partir de la misma, sea deducible una voluntad de admitir como no sancionables determinados incumplimientos contractuales, lo que no sucede cuando no sólo no exterioriza esa tolerancia a través de actos u omisiones suficientemente significativos para crear la confianza de que se actúa dentro de un margen de permisibilidad sino que se imparten instrucciones al respecto a la advertencia de que su inobservancia será sancionada con el máximo de rigor”⁹⁴

⁹¹ STS 8 marzo 1991 (RJ 1991, 1840) que expresa “En todo caso y como es obvio, es necesario para que se dé la competencia desleal la ausencia del consentimiento expreso o tácito del empresario”

⁹² Pues el empleador puede haber tenido conocimiento de la actividad realizada por su trabajador y aún no sancionarlo por estar en estudio de los supuestos de hecho y analizando la gravedad de la situación para luego determinar la sanción aplicable.

⁹³ Artículo 73 de la LCT de 1944 expresaba “3- Se presumirá el consentimiento si, con conocimiento previo por el empresario de las actividades particulares del trabajador, no se hubieran prohibido en el contrato”. De este artículo hoy ya derogado, nace la exigencia por parte de la jurisprudencia del consentimiento del empleador.

⁹⁴ STS 30 Septiembre 1987 (RJ 1987, 6436)

Corresponde al empleador, en todo caso, al momento de conocer la actividad competitiva desarrollada por su trabajador, comunicarle a éste su incumplimiento y llamarle la atención, puesto que si no lo hace dentro de un plazo prudente se estimará que ha consentido tácitamente tal actividad⁹⁵ y en este caso, sobre él recaerá la carga de la prueba de la falta de su consentimiento.

En todo caso, como estamos hablando de relaciones contractuales, las partes siempre podrán modificar los elementos de la naturaleza del contrato de trabajo y por lo tanto, habrá de tenerse en cuenta lo que el convenio colectivo o las partes hayan acordado al momento de celebrar el contrato de trabajo, pudiendo haber exigido mayores requisitos para obtener el consentimiento del empleador o al contrario, haber dado mayores facilidades para su prueba o presunción, teniendo siempre como límite el respeto a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

95- Fallos por despidos improcedentes porque se demuestra que el empleador conocía la actividad competitiva y no advirtió al trabajador de su incumplimiento, pueden verse en STSJ Baleares 1 abril 1992 (AS 1992, 1786) y STSJ Comunidad Valenciana 10 julio 1991 (AS 1991, 4743)

8- CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO COMPETENCIA CON EL EMPLEADOR

El incumplimiento de la obligación del art 21.1 E.T. por parte del trabajador puede generar tanto consecuencias en materia laboral como en materia civil.

8.1 CONSECUENCIAS EN MATERIA LABORAL

El Estatuto de los Trabajadores no contempla como sanción una causa específica de despido por el incumplimiento de la obligación de no competencia. Pese a la desventaja que ello conlleva⁹⁶, la obligación de no competencia resulta ser uno de los varios deberes que emanan del principio de buena fe contractual y por tanto se encuadran dentro de la cláusula general de extinción del contrato de trabajo por transgresión de la buena fe contractual estipulada en el art. 54.2 E.T.

En el numeral 1 del art. 54 el Estatuto de los trabajadores expone cuáles son los requisitos para que el empleador pueda dar término a la relación laboral mediante el despido, dispone: “El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empleador mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable” y “deberá ser notificado por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivaron y la fecha en que tendrá efectos” art. 55.1E.T.

⁹⁶ La STS de 10 abril 1982 (RJ 1982, 2273) expresa: Aunque manifestación clara del deber de buena fe, históricamente el incumplimiento de la obligación de no competencia poseía caracteres propios que dotaban a esta figura de cierta autonomía toda vez que, mientras que la “deslealtad, fraude y abuso” producían sin más el despido, en la extinción por incumplimiento de la obligación de no competencia era preciso un análisis más pormenorizado de los elementos del tipo normativo.

La sanción de despido sólo será procedente cuando se den los requisitos de Gravedad y Culpabilidad. No dándose estos requisitos pudiera pensarse que el despido no es la única sanción que el trabajador puede recibir como consecuencia del incumplimiento de su obligación y que en aplicación de la teoría gradualista⁹⁷ de no darse los requisitos del despido debería ser menor la sanción.

Sin embargo, como veremos a continuación, resulta difícil la aplicación de esta teoría cuando se trata de una competencia desleal ya que tanto el requisito de gravedad como el de culpabilidad se dan de cumplirse con los elementos que forman la infracción pero al mismo tiempo, hay que actuar con cautela pues el uso exacerbado de esta causal acarrea injustas consecuencias que es lo que ha pasado cuando los tribunales han entendido a la confianza como “la nota característica del contrato de trabajo” y así han declarado que es “básica en el contrato de trabajo”, “imprescindible en toda relación laboral” y “esencial para la existencia del contrato de trabajo”⁹⁸ análisis que no resulta ser del todo cierto ya que el contrato de trabajo no puede ser entendido como un contrato de confianza per se sino como un contrato de cambio propio del derecho patrimonial y no un vínculo personal, donde el fundamento último del

⁹⁷ Teoría consistente en que la sanción aplicable al incumplimiento del trabajador debe responder a una adecuación y proporcionalidad entre el hecho imputado, la sanción y el comportamiento del asalariado.

En aplicación de esta teoría, la STS 29 marzo 1990 (RJ 1990, 2366) expone: “Esta sala en aplicación de la llamada *teoría gradualista* ha declarado reiteradamente que por ser la sanción de despido la última por su trascendencia y gravedad de entre todas las que puede imponer el empresario en virtud del poder disciplinario que le compete, su enjuiciamiento ha de responder a las exigencias de proporcionalidad y adecuación entre el hecho cometido y la sanción impuesta teniendo en cuenta todas las notas concurrentes, llevando a cabo una tarea individualizadora de la conducta del trabajador a fin de determinar si procede o no mantener la sanción impuesta”. Sentencia citada por M. Nogueira Guastavino, ob cit., pie de página nº 158.

⁹⁸ Jordi García Viña, ob. Cit., pág. 332.

contenido de las obligaciones de las partes reside justamente en el contrato de trabajo que es el que crea tales derechos y obligaciones.

Es justamente el que la jurisprudencia haya seguido manteniendo esta errada postura lo que ha llevado al uso desorbitado del art. 54.2 como causal de despido por parte del empleador ya que se acepta como único fundamento del despido la pérdida de confianza por parte del empleador a su trabajador, con lo que *no* se estarían reconociendo los requisitos de gravedad y culpabilidad regulados en el art. 54.1 E.T y como la confianza se tiene o no se tiene y no se aceptan grados de distinción⁹⁹, basta cualquier justificación por parte del empleador para decir que éste ha perdido la confianza en su trabajador, produciéndose de esta forma una absoluta inseguridad jurídica por parte del trabajador al disolverse la exigencia de tipicidad y por tanto encajar en esta causal cualquier comportamiento por ser un tipo esencialmente elástico.

A continuación estudiaremos qué es lo que el legislador quiere decir cuando exige para la procedencia del despido un incumplimiento “Grave y Culpable”

8.1.A)- Gravedad

Como antes señalábamos, resulta difícil que este requisito no se encuentre cuando el trabajador falta a la buena fe debida en actuaciones de competencia desleal violando no solamente el deber de buena fe contractual sino también el deber de informar al empleador de cualquier actividad que pueda atentar contra su empresa, gravedad que se acrecienta aún más cuando se trata de cargos basados en la confianza.

⁹⁹ “... ya que al afectar a la confianza depositada en la buena fe contractual no cabe señalar grados ni distinguos, pues la confianza se tiene o no se tiene...” STSJ País Vasco 16 Noviembre 1993 (AS 1993, 5110); STSJ Galicia 4 Diciembre 1991 (AS 1991, 6627), entre otras.

Comparto la opinión de Nogueira Guastavino en el sentido que este requisito es un elemento que siempre se da cuando se trata de una competencia desleal y se cumple con cada uno de los elementos antes estudiados para que nos encontremos frente a esta figura, los casos en que la jurisprudencia ha fallado en contra por no darse el requisito de gravedad en el incumplimiento es debido a que simplemente no se cumplen con los elementos de esta figura y por tanto no se está frente a una verdadera competencia desleal¹⁰⁰ y por tanto menos aún se puede hablar de gravedad¹⁰¹. De todo ello se deduce que el incumplimiento del deber de buena fe lleva implícita la nota de gravedad¹⁰²

Para valorar la gravedad del incumplimiento 3 han sido los elementos más aludidos en la práctica judicial para determinar el despido como sanción a la concurrencia desleal:

La habitualidad del comportamiento; la obtención de un beneficio o lucro efectivo y el perjuicio. Sin embargo de ellos sólo el perjuicio es determinante para que se trate de un incumplimiento suficiente en gravedad. La Habitualidad no es suficiente, ya que se incurre en competencia desleal independientemente del tiempo de dedicación y duración de la actividad¹⁰³ ya que un solo acto puede ser suficiente para dar la nota de gravedad.

¹⁰⁰ Nogueira Guastavino, ob cit, pág. 357. Sentencias que fallen en este sentido encontramos en STSJ Asturias 19 abril 1996 (AS 1996, 1254); STS 13 julio 1988 (RJ 1988, 5816); entre otras.

¹⁰¹ “QUINTO.- Lo expuesto revela que el trabajador ocupó parte de su jornada en desempeñar actividades ajenas a las que eran objeto del contrato. Tal proceder, sin duda, constituye una transgresión de la buena fe contractual, pero tal transgresión carece de entidad objetiva para justificar la quiebra de la confianza empresarial no resultando, en consecuencia, incompatible con la permanencia del vínculo, máxime cuando no consta que, en razón de tales actividades particulares el trabajador dejara de atender debidamente a su trabajo para la empleadora demandada, y aparece que el trabajador llevaba prestando servicios desde el año 1973, sin infracción alguna.

SEXTO.- No existió en consecuencia, infracción de la gravedad necesaria para incardinarla en el artículo 54.2, d) del ET.” STSJ Castilla y León/Valladolid, 27 febrero 1996, (AS 1996, 369).

¹⁰² López Aniorte, Ob cit, pág. 64

¹⁰³ Sentencias donde se falla independientemente del tiempo que haya durado la actividad: STSJ Galicia 4 diciembre 1991 (AS 1991, 6627) y STSJ País Vasco 26 marzo 1996 (AS 1996, 482)

La obtención de un beneficio o lucro efectivo tampoco es suficiente ya que el fin de la prohibición es evitar el perjuicio al empleador, perjuicio que puede producirse obtenga o no el trabajador un lucro con su conducta.¹⁰⁴

En definitiva serán realmente dos los elementos necesarios para considerar a la conducta desleal como suficiente en gravedad:

El Perjuicio y el Ánimo de obtener un beneficio o lucro, aunque éste no se obtenga en la práctica.

8.1. A.1- El ánimo de lucro: Consiste en la voluntad del operario de obtener un beneficio o ganancia por la realización de una actividad relevante, independientemente de que ese beneficio se obtenga o no, ya que lo que interesa no es la ganancia sino el animus de actuar para obtener un lucro. La falta del animus acarrearía la ausencia de una efectiva competencia. Así por ejemplo, no se podría reputar de incumplimiento contractual aquellos casos en los que el trabajador desarrolla su actividad en beneficio de familiares o amigos de manera ocasional¹⁰⁵

¹⁰⁴ STS 14 septiembre 1985 (RJ 1985, 4305): “Se alega la carencia de ánimo de lucro, como si este dato adquiriera la característica de requisito *sine qua non*, lo que no es cierto, pues la conducta desleal se configura como todo comportamiento del empresario al trabajador y de éste hacia aquél que vulnere gravemente el obligado deber de acatamiento responsable al contenido de la relación contractual, menospreciando así la fe que cada uno de los contratantes deposita en el otro, eliminando los deberes básicos y éticos en que se asienta y, es evidente, que, el hecho de contribuir al nacimiento y/o desarrollo de otra sociedad que tiene un giro comercial idéntico o análogo al que sirve de base a la empresa para la que presta sus servicios, es incluíble en el precepto invocado”

¹⁰⁵ En palabras de Nogueira Guastavino, la calificación definitiva de la actividad del trabajador como competencia relevante prohibida estará supeditada, por tanto, y en última instancia a la verificación de la existencia efectiva de un conflicto concreto y objetivo con los intereses competitivos del empleador y en el hecho de que una tarea pueda considerarse o no como relevante. Ob. Cit, pág. 351.

Para que la labor se desarrolle con ánimo de lucro, es indiferente que se realice de manera ocasional o continuada ya que una vez realizada la actividad ésta sola puede ser suficiente en entidad como para q nos encontremos frente a una competencia desleal.

8.1. A.2- El Perjuicio: Es el elemento esencial para poder reputar una actividad como desleal, sin este elemento la actividad desarrollada es plenamente lícita pues es el perjuicio lo que da fundamento a la existencia de la prohibición, sin perjuicio no hay prohibición que valga¹⁰⁶

8.1.B)- Culpabilidad

Este requisito consiste en la voluntad del trabajador de cometer la falta, en la actuación libre al momento de realizar la conducta ilícita. Abarca tanto al dolo como a la culpa.

La culpabilidad implica un proceder siendo consciente de lo que se está haciendo y con plena voluntad de cometer el incumplimiento¹⁰⁷ ya que como precisa la jurisprudencia, la concurrencia desleal implica la plena conciencia de que la conducta afecta al elemento espiritual del contrato y a los deberes éticos, rompiendo su práctica las reglas éticas y hombría de bien, al postergar el interés de la empresa a la que se está ligado por el afán personal de obtener beneficios ampliando y traspasando la órbita de su debida actuación profesional¹⁰⁸

¹⁰⁶ En este punto me remito a lo expuesto anteriormente al tratar el perjuicio como uno de los elementos constitutivos de la competencia desleal.

¹⁰⁷ López Anierte M. C., Ob. cit., pág. 65

¹⁰⁸ SSTS 14 mayo 1987 (RJ 1987, 3709)

Analizando este requisito podríamos hacer varias aclaraciones a su respecto; Primero, se trata de una exigencia donde lo que se pide es simplemente que la conducta ilícita sea la expresión de la voluntad libre del trabajador, que éste haya tenido pleno conocimiento de lo que estaba haciendo y que haya querido realizarlo. Es necesario que el trabajador actúe con conocimiento de que su conducta vulnera los deberes de lealtad para con el empleador.

Ahora bien, la culpabilidad no se limita exclusivamente a los comportamientos dolosos,¹⁰⁹ el ánimo de defraudar no es indispensable pudiendo también incurrir en el incumplimiento por conductas negligentes o descuido imputable al trabajador, pues resulta exigible a éste el cumplimiento de sus obligaciones con la diligencia debida. La negligencia tendrá lugar cuando ese trabajador realice la conducta ilícita sin representarse el daño que su actuar puede causar a la empresa principal.

Considero que si bien para dar por cumplido el requisito de culpabilidad sólo se necesita negligencia del trabajador, en la mayoría de los casos nos encontramos frente a conductas reconducibles al dolo indirecto o eventual, donde el trabajador si bien no tiene el ánimo de dañar a su empleador sabe que su actuar lo puede perjudicar y a pesar de ello sigue adelante con su conducta.

Llego a esta conclusión pues considero que no nos encontramos frente a cualquier trabajador, en la mayoría de los casos serán personas que tienen una formación profesional, que desarrollan una tarea relevante dentro de la empresa y que se encuentran en una posición de ventaja para competir con ella y que por tanto serán capaces de dilucidar el conflicto de intereses que crea su actuar.

¹⁰⁹ “conducta que no es necesario que sea imputable a dolo, puesto que esta Sala tiene declarado al glosar el citado art. 54.1 que tal causa de despido se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de quebrantar la buena fe y lealtad depositada en el trabajador por la empresa, como por negligencia, imprudencia o descuido imputable a aquél, ya que el mencionado precepto sólo exige y requiere la concurrencia de un incumplimiento grave y culpable y no un deliberado y consciente propósito de conculcar el deber de lealtad y buena fe” STS 30 abril 1987 (RJ 1987, 2841).

En resumen, si bien considero que en la mayoría de los casos nos encontraremos frente a conductas reconducibles al dolo eventual, para estimar cumplido este requisito la jurisprudencia señala de modo reiterado que es indiferente que la conducta se realice con dolo, culpa o negligencia, se produce la situación de trasgresión de la buena fe contractual tanto “de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador” como “por negligencia y descuido imputable” al trabajador.¹¹⁰

8.1.C)- Síntesis

En consecuencia, únicamente cuando la actividad sea esporádica y no presente demasiada entidad, no lleve consigo ningún ánimo de lucro en el sentido visto o, finalmente, cuando el perjuicio que la actividad del trabajador puede ocasionar al empleador sea verdaderamente ilusorio de suerte que no se ponga en claro riesgo objetivo los intereses competitivos del empleador, cabe entender que la conducta del trabajador no es causa suficiente para el despido¹¹¹, teniendo en cuenta que únicamente aquellos trabajadores que se encuentren en una posición privilegiada en la empresa por tener acceso a información relevante de ésta o acceso directo a la clientela, van a poder causar un conflicto de intereses importante pudiendo producir un perjuicio objetivo a su empleador y por lo tanto es a ellos a quienes va dirigido el juicio de reproche y ésta prohibición.

¹¹⁰ SSTS 19 enero y 28 mayo 1987 (RJ 1987, 66 y 3908)

¹¹¹ Nogueira Guastavino M., Ob. Cit., pág. 335.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 mayo 1987 nos clarifica cualquier duda que pueda surgir respecto a éste requisito: “Es causa de despido disciplinario por incumplimiento grave y culpable del trabajador, a tenor de lo prevenido en el art. 54.2, d) del tan citado Estatuto, la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de la actividad laboral confiada a aquél, precepto glosado por la doctrina jurisprudencial de esta sala en el sentido de que en el mismo se puede incurrir tanto de forma intencional, dolosa, con ánimo deliberado y consciente de faltar a la lealtad depositada en el trabajador, como por negligencia o descuido imputable a aquél; (..)”¹¹²

Finalmente, respecto a la prescripción de la conducta desleal: El incumplimiento de la obligación de no competencia prescribe a los 60 días desde la fecha en que tuvo conocimiento de la actuación la empresa principal y, en todo caso, a los 6 meses de haberse cometido (art. 60.2 E.T). En este último caso resulta importante tener presente que la concurrencia desleal es una conducta permanente y continua, y mientras se desarrolla no se puede considerar prescrita.

¹¹² STS 28 mayo 1987(RJ 1987, 3908)

8.2- CONSECUENCIAS EN MATERIA CIVIL

En materia Civil el incumplimiento a esta obligación contractual acarrea la responsabilidad del trabajador sobre los daños y perjuicios causados al empleador con su actuación, indemnización que comprende tanto al daño emergente, el valor de la pérdida sufrida por el empleador, como el lucro cesante o ganancia que el empleador deja de percibir como consecuencia de la ilicitud.

En Resumen, una vez que el trabajador realiza una competencia desleal, el empleador podrá:

- a) Ejercer su poder disciplinario y despedir al trabajador
- b) No despedir al trabajador pero exigirle la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados; o
- c) Ejercer tanto el poder disciplinario como su acción civil resarcitoria despidiendo al trabajador y exigiéndole la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados¹¹³

¹¹³ En la mayoría de los casos el empleador sólo ejerce su poder disciplinario por la dificultad que acarrea el probar los perjuicios que ha ocasionado la actuación desleal del trabajador

CAPITULO II

LA PROHIBICIÓN DE COMPETENCIA DESLEAL

EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

INTRODUCCIÓN

Este segundo capítulo analiza el tratamiento que da nuestra legislación a la competencia desleal del trabajador a su empleador, comenzando por el análisis constitucional de la Libertad de Trabajo y la Libre Iniciativa Económica, su contenido y cómo se relacionan con la causal de despido del artículo 160N°2 del Código del Trabajo: competencia desleal; el tratamiento que recibe en nuestro Código del Trabajo partiendo por el análisis de los artículos que lo sustentan; qué se entiende por Terminación del Contrato de Trabajo; La Institución de la Caducidad como una especie de terminación del Contrato de Trabajo; el análisis en particular del artículo 160N°2 del Código del Trabajo; para finalizar con el estudio de la causal de termino de la relación laboral: Falta de probidad y cómo se relaciona con el objeto de nuestro estudio.

1- ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

1.1- LA LIBERTAD DE TRABAJO Y SU PROTECCIÓN

El artículo 19 N°16 de nuestra Carta Fundamental declara la Libertad de Trabajo y su Protección, el derecho de toda persona a la libre contratación y a la libre elección del trabajo con una justa retribución así como también garantiza que ninguna clase de trabajo puede ser prohibido salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley así lo declare.

Dicha garantía habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley¹¹⁴

Se trata de una garantía polivalente que implica una serie de derechos que pueden ser exigidos tanto de los poderes públicos como de los privados y cuyo demandante es “toda persona” abarcando con ello tanto a los trabajadores dependientes como a los independientes o que ejercen una profesión liberal.

¹¹⁴ Evans de la Cuadra Enrique, “Los derechos constitucionales”, tomo III, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999, pág 10.

Es importante recalcar que este derecho no se agota en la simple elección del trabajo libre y voluntaria sino que se extiende también al período de conclusión del contrato y al ejercicio de la actividad hasta su terminación, que viene a significar justamente el ejercicio de la actividad laboral que ha sido elegida por el trabajador pero en caso alguno viene a garantizar la estabilidad en el empleo la que sólo tiene protección legal¹¹⁵

En este sentido, en un pronunciamiento judicial se sostuvo que:

“(…) la garantía constitucional comentada, en armonía con el artículo 1 de “La Declaración Universal de los Derechos Humanos” establece la libertad de trabajo y el trabajo mismo, en otras palabras, *el trabajo concreto*, como lo han dicho también nuestros tribunales y así aparece consagrado en la sentencia de esta Corte, del 27 de julio de 1978, la que, refiriéndose al Acta Constitucional N°3, artículo 1 N° 20 –a la sazón vigente- fija como doctrina “que la disposición sustantiva constitucional protege la libertad laboral” y podría estimarse que protege también “el trabajo concreto”, lo que implica que el recurso de protección se confiere para proteger el derecho a elegir libremente el trabajo de todo individuo; pero no protege la permanencia en el empleo, que sólo tiene protección de carácter legal, (…)”¹¹⁶

¹¹⁵ La libertad de trabajo no garantiza la estabilidad en el empleo pero sí le brinda protección al trabajador al establecer la norma laboral las causales específicas por las cuales un trabajador puede ser despedido, poniendo límites de esta forma al poder de dirección y disciplina del empleador.

Pues bien, en la Comisión de Estudio quedó claro que lo protegido es la Libertad de trabajo, es decir, el derecho a buscar un trabajo, aunque sin garantizar que se obtenga el pretendido u otro satisfactorio. Empero, el Código del ramo ha corregido esto, legislando de manera que se **protege** igualmente el trabajo en sí por su función social y el derecho al trabajo, entendiéndose por este último el que asegura al trabajador **cierta estabilidad** o permanencia en su empleo o labor por constar las causales taxativas en virtud de las cuales el empleador o la judicatura pueden poner término, por el depido, a la relación laboral de uno o más trabajadores. Cea Egaña, José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, tomo II, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, año 2004, pág 427.

¹¹⁶ Considerandos 12° y 13° de la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago el 11 de diciembre 1981, confirmada por la Sentencia de la Corte Suprema el 8 junio 1982, reproducida en LXXIX Revista de Derecho y jurisprudencia, pag 69, citada por José Luis Cea, ob. Cit, pág 431.

Ahora bien, no hay que olvidar que cuando la causal del art. 160 n°2 del Código del Trabajo¹¹⁷, en adelante CT, se encuentra incluida en el respectivo contrato, el trabajador ya no tiene una plena libertad para desarrollar cualquier actividad remunerativa lícita, al menos mientras dure la relación laboral, pues tiene una restricción, ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio del empleador, limitación que es plenamente acertada y justa si es bien aplicada, ya que no llega a afectar el contenido esencial de la garantía constitucional, simplemente le pone un límite protegiendo de esta forma otro derecho para que éste no se vea afectado en su esencia por el abuso en el ejercicio de la otra garantía constitucional.

La doctrina constitucional chilena al estudiar la Libertad de Trabajo ha olvidado nombrar un derecho que por su naturaleza está incluido en ella pero que nuestros académicos no han sabido reconocer y menos aún proteger y es el derecho al pluriempleo.

De esta forma si el derecho que tiene todo trabajador de pluriemplearse por desarrollar una actividad de media jornada se ve limitado no ya por las restricciones legales sino por la extensión exacerbada de lo que se entiende por competencia desleal, claramente estamos limitando la Libertad de Trabajo y el derecho a ejercer una profesión u oficio lícitos que es justamente lo que ocurre en la práctica aunque ello no se vea reflejado en la normativa.

El art. 19 N°16 de la Constitución, en la primera parte de su 4° inciso garantiza que ninguna clase de trabajo pueda ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley así lo declare.

¹¹⁷ Artículo 160.- El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.

Aplicando este inciso al art. 160n°2 CT , la prohibición de que el trabajador ejecute negociaciones dentro del giro del negocio, que puede incluirse en el respectivo contrato laboral, no es un trabajo prohibido, es decir, no es un trabajo que haya sido prohibido por oponerse a la moral, a la seguridad, o a la salubridad públicas, pues no es una “clase” de trabajo en particular lo que se prohíbe sino más bien lo que se prohíbe es que el trabajador abuse de la información que posee en cuanto a clientela o procesos productivos de la empresa para montar su propio negocio y seguir ejerciendo su puesto de trabajo en la empresa principal, teniendo de esta forma acceso a información privilegiada que de no ser por su puesto de trabajo no tendría, lo que lo coloca en una posición de ventaja respecto de su empleador rompiendo así las reglas de la libre competencia. De esta forma, dependerá de las funciones que ejecute la empresa principal lo que le esté prohibido al trabajador desarrollar y no una clase particular de trabajo.

Para finalizar, estimo que el artículo 160n°2 CT es una norma acorde con la libertad de trabajo y en plena armonía con la norma constitucional porque si bien le establece un límite, dicha restricción se justifica en un principio fundamental del derecho: el ejercicio de un derecho termina donde empieza el derecho del otro.

Sin embargo lamentablemente en la práctica los tribunales no han sabido mantener dicha armonía transgrediendo muchas veces con sus fallos la Libertad de trabajo de los trabajadores por dar una interpretación demasiado amplia de lo que debe entenderse por “negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio del empleador” así como también, fundamentando la existencia de esta normativa en conceptos absolutamente obsoletos como lo son: la comunidad de intereses que debe existir entre trabajadores y empresarios, y en la existencia del deber de fidelidad del trabajador al

empleador, conceptos que responden a teorías comunitarias provenientes de la Alemania nacional-socialista que en gran parte de los países europeos ya han sido superadas.

Importa cuál sea el fundamento de la limitación por la extensión que se le pueda dar a ella. Si es el perjuicio que sufre el empleador a causa de la competencia desleal de su trabajador, solo en ése supuesto se podrá limitar la Libertad de trabajo en cambio, cuando el fundamento es la trasgresión al deber de fidelidad, la limitación se vuelve sumamente antojadiza y conductas que no causan perjuicio al empleador pero que caen dentro de la causal del artículo 160nº2 del CT son susceptibles de ser sancionadas con el despido¹¹⁸, produciéndose de esta forma una situación injusta para los trabajadores quienes ven limitadas sus posibilidades de superación. Con ellos estamos despreciando la capacidad de las personas y haciendo que se mantenga una clase trabajadora impidiéndoles mejorar sus expectativas de vida.

¹¹⁸ Piénsese por ejemplo en la cajera de una línea de supermercados que trabaja ahí de 8-14 hrs y que en las tardes trabaja como cajera en otro supermercado de la competencia. ¿está causando con su actuar un perjuicio al empresario? ¿podríamos decir que estamos frente a un caso de competencia desleal? Claramente no, pero si afirmamos que el fin del artículo 160nº2 del CT es la protección del deber de fidelidad, procede el despido.

1.2- LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA

El artículo 19 N°21 de nuestra Constitución en su inciso 1° asegura a todas las personas:

“El derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”

Se está reconociendo el derecho de toda persona a la libre iniciativa económica en un sentido empresarial, a desarrollar cualquier actividad económica lícita lo que no puede confundirse con el reconocimiento de la Libertad de Trabajo pues la conjugación de recursos humanos y materiales aplicados al desarrollo de una actividad lucrativa, no exenta de riesgos, es lo que caracteriza este numeral¹¹⁹ y marca la diferencia con la garantía antes analizada. Y es aquí justamente donde encontramos una de las razones de ser de la existencia del art. 160n°2 CT o la prohibición de competencia desleal y es que el empresario al dar inicio a una actividad económica lícita no sólo está poniendo en juego su propio trabajo sino que está apostando una gran cantidad de recursos tanto materiales como inmateriales para lograr la marcha de su empresa y ganar un espacio en el libre mercado, espacio que se logra a lo largo de los años y que conlleva una ardua tarea lo que justifica que goce de una protección frente a ciertos trabajadores que por su acceso y puesto dentro de la empresa manejen gran información respecto de sus productos, funcionamiento como de secretos empresariales que puedan ocupar en su beneficio propio ya sea para entrar en el mismo mercado como competidor directo de su empleador, por cuenta propia, o bien otorgando información

¹¹⁹ Cea, José Luis, Ob. Cit., pág 282.

privilegiada a una empresa de la competencia mientras desempeña un puesto de trabajo en ella, por cuenta ajena.

Cuando el trabajador que se encuentra en una posición diferencial o de ventaja incurre en competencia desleal no sólo está echando por tierra un esfuerzo de años, le está causando un **perjuicio** al empleador que éste no tiene porqué asumir pues dicho perjuicio ha sido el fruto de un acto ilícito, del abuso que ha hecho el trabajador de la información a que tenía acceso o que manejaba de la empresa, información que se debía única y exclusivamente al puesto de trabajo que desarrollaba en ella y en ningún caso a mérito personal, alterando de esta forma el juego de la libre competencia. Lo que aquí importa es que con su actuar, en definitiva, el trabajador está causando un perjuicio a su empleador, perjuicio que no tiene un fundamento legítimo y del cual el empleador merece ser protegido.

En conclusión el artículo 160 N°2 CT más que a restringir la libre iniciativa económica viene a otorgarle una protección frente al posible abuso de que pueda ser objeto el empresario por parte del trabajador que se encuentra en una posición diferencial, siendo el principal argumento de la existencia de esta norma legal evitar el perjuicio que actual o potencialmente pueda ocasionarse al empleador, única razón por la cual, como contrapartida, puede limitarse la Libertad de Trabajo, sin perjuicio la protección resulta innecesaria y por lo tanto no puede tener aplicación alguna.

2- TRATAMIENTO QUE RECIBE EN NUESTRO CÓDIGO DEL TRABAJO

2.1- ARTÍCULOS 2º, 5º Y 160 N°2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

El artículo 2º en su primer inciso señala:

“Reconócese la función social que cumple el trabajo y la libertad de las personas para contratar y dedicar su esfuerzo a la labor lícita que elijan”

En este artículo se está reiterando la misma idea que ya estaba reconocida a nivel constitucional a través del artículo 19n°16 de la constitución sobre la Libertad de Trabajo y esto se debe a la carencia de una cultura constitucional por parte de nuestros tribunales que no acostumbran a tener en consideración las normas de rango constitucional al momento de dictar sus fallos y a ello se debe la existencia de este primer inciso.

Así también, en el último inciso de este artículo 2º se entrega al estado el deber de velar porque esta libertad de trabajo sea un derecho real y no ficticio:

“Corresponde al estado amparar al trabajador en su derecho a elegir libremente su trabajo y velar por el cumplimiento de las normas que regulan la prestación de los servicios”

Se Trataría entonces de la expresión de un deber general positivo del estado quien no sólo tiene el deber, al igual que los privados, de inhibición de toda forma de entorpecimiento de los derechos del otro sino también el deber general positivo que implica la obligación de promover el goce de los mismos.

El artículo 5º del código del trabajo en su nuevo inciso 1º, incorporado por la ley 19.759, viene a reconocer expresamente en el ámbito laboral la función limitadora de los derechos fundamentales respecto de los poderes empresariales, y se expresa de la siguiente forma:

“El ejercicio de las facultades que la ley le reconoce al empleador, tiene como límite el respeto a las garantías constitucionales de los trabajadores, en especial cuando pudiere afectar la intimidad, la vida privada o la honra de éstos”

Esta norma está llamada a ser la idea matriz que posibilite una interpretación garantista de los derechos fundamentales en las relaciones laborales¹²⁰

Finalmente el artículo 160nº2 del CT es el que incorpora en nuestra legislación laboral a la competencia desleal como causal de término de la relación laboral.

¹²⁰ Melis Valencia, Christian, “Derechos de ciudadanía y empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica”, pag. 21, pie de página nº 108.

Artículo 160.- “El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”

Artículo que más adelante tendremos ocasión de estudiar en su totalidad.

2.2 ¿QUÉ SE ENTIENDE POR TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO?

La voz Terminación es un concepto propio de los contrato de tracto sucesivo, como lo es el contrato de trabajo o el contrato de arrendamiento, en donde las prestaciones que surgen del contrato se van cumpliendo por partes a través del tiempo de tal forma que una vez que se pone fin al vínculo contractual las partes no pueden volver al estado anterior que se encontraban antes de la celebración del contrato ya que no pueden ser restituidas las prestaciones que se dieron durante su vigencia, es por ello que la resolución en este tipo de contratos no puede tener aplicación y pasa a ocupar su lugar la terminación del contrato.

Pero ocurre que en el contrato de trabajo no es sólo que el concepto de terminación venga a reemplazar a la resolución por su imposibilidad de cumplimiento sino que además este concepto comprende, dentro de él, a la resolución ya que en éste no sólo se encuentran como causales de terminación

del contrato de trabajo la existencia de una condición resolutoria sino además otras hipótesis como el cumplimiento de un plazo, el acuerdo de los contratantes, el desahucio, el caso fortuito, etc, dándose lugar entonces a una relación de género a especie donde la terminación del contrato es el género y la condición resolutoria la especie.

Los autores William Thayer y Patricio Novoa definen la terminación del contrato de trabajo como:

“El fenómeno jurídico por el cual se extingue el contrato de trabajo, queda disuelta la obligación laboral y dejan de existir para las partes las obligaciones jurídicas y ético-jurídicas, patrimoniales y personales que los vinculan”¹²¹

La terminación del contrato de trabajo en cuanto acto jurídico sólo tendrá eficacia y podrá invocarse legalmente en el evento que se acredite la concurrencia de alguna causa justificada de terminación o de caducidad, en su caso, señaladas en los artículos 159, 160 y 161 del CT.

Ello significa que la terminación del CT no consiste en una facultad que pueda depender de la exclusiva voluntad y arbitrio del empleador, sino que necesaria y forzosamente debe haber una total concordancia con la existencia de ciertos hechos que adjudican el carácter de grave a una falta del trabajador, por una parte, y a la efectiva necesidad, por otra parte, que el empleador alegue la causal para no continuar relacionado con un trabajador determinado¹²².

Si no hay fundamentos razonables que justifiquen o apoyen la decisión del empleador, estamos frente al despido arbitrario de un trabajador.

¹²¹ Thayer William y Novoa F. Patricio, “Manual de Derecho del Trabajo”, T III, Edit. Jurídica de Chile, año 1998, 3ª edición, pag 48.

¹²² Nadal Serri, Daniel, “El despido en el Código del Trabajo”, Stgo, Edit. Lexis Nexos, 2003, pag. 36.

2.3 LA CADUCIDAD

Se ha definido a la caducidad como:

“Ciertas causales contempladas en la ley, que por el sólo hecho de operar, llevan como sanción la extinción anticipada de la relación laboral, pudiendo dar lugar a indemnización en favor del perjudicado”¹²³

Las causales de caducidad o también llamadas causales subjetivas de terminación del contrato de trabajo son aquellas que se encuentran establecidas en el artículo 160 del CT. Se caracterizan por ser aplicables a ambas partes de la relación laboral y consisten en hechos o faltas atribuibles a una de las partes del contrato que no son sino una condición resolutoria tácita, la que una vez cumplida provoca como sanción la disolución del contrato de trabajo, quedando entregado su ejercicio a la parte perjudicada. Si ésta no llega a alegar la causal dentro de un plazo prudente, caduca su derecho.

Para ahondar en el tema, la Corte de Apelaciones en un fallo del año 1983 nos aclara cualquier duda que pueda surgir sobre este concepto:

“El legislador, en resguardo de los intereses del empresario, expuesto como está al incumplimiento del trabajador, o a sus eventuales actuaciones de algún modo ilícito y dañosas, estableció causales que le autorizan para un despido inmediato y sin quedar obligado a indemnización alguna; pero es a condición de hacer operar “ipso facto” la causal mediante el despido correspondiente, con aviso a la autoridad administrativa dentro de un brevísimo plazo, y mencionar allí expresamente la o las causales pertinentes.

¹²³ Definición hecha por Carlos Ríos Rodríguez, “La caducidad como causal de terminación del contrato de trabajo”, Memoria de prueba, 1952.

De lo contrario, la causal imputable al trabajador se extingue, o caduca, y el contrato prosigue normalmente. Si no fuere así, el contrato y sus efectos quedarían al arbitrio de una de las partes que le pondría término cuando quisiera o le conviniera, sin consecuencias en su contra.”¹²⁴

No hay que olvidar, por último, que según la letra de la ley “el contrato de trabajo expira de inmediato” por la concurrencia de las causales en referencia, y ese efecto de extinción debe aprovecharse por la parte empresarial y la obliga a conducirse en dirección al inmediato despido formal y publicitado; pero tal efecto de expiración no podría subsistir simultáneamente y en forma contradictoria con la prosecución de hecho del contrato, a mayor abundamiento con reserva abusiva de una causal para invocar en un futuro indefinido.¹²⁵

¹²⁴ En este mismo sentido la Corte Suprema al rechazar un recurso de casación en el fondo, en su doctrina establece: “El trabajador se encontraba en cabal conocimiento de que tenía prohibición por escrito de ejecutar trabajos particulares dentro del giro de la empresa, y sin embargo proporcionó y realizó tales trabajos. Pero, aunque estos hechos configuran la causal del artículo 160nº2 del CT, fueron debidamente sancionadas en su oportunidad, por lo que no corresponde invocarlos transcurridos 7 meses desde que fue aplicada la sanción (...)”. Causa rol N° 4168-2004

¹²⁵ C. de Apelaciones P. Aguirre Cerda, 17.08.83. Sentencia citada por Muñoz Gibert, Rosa, “Terminación del contrato individual de trabajo: sus causales e indemnizaciones”, Memoria de Prueba, Universidad Central, 1996, pág 128-129.

2.4 ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 160 N°2 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO

Este artículo dispone:

“El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

2.- Negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador”

2.4. A) Negociaciones

Se entiende por negociaciones los actos del trabajador configurativos de una o más operaciones dotadas de contenido jurídico mediante las cuales obtiene, sea para sí, para un tercero y aún para el propio empleador, alguna ventaja o lucro, real o aparente¹²⁶

El diccionario de la real academia española define la negociación como “acción y efecto de negociar”. A su vez entiende por negociar “tratar y comerciar, comprando y vendiendo géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal”

A pesar de que dentro del concepto de negociación no queda comprendido el “arrendamiento de servicios” y de la reacia actitud que tuvieron en un principio los tribunales de justicia por no aceptar como negociación prohibida la sola prestación de servicios a terceros¹²⁷, actualmente los tribunales aceptan a la prestación de servicios como negociación prohibida pese el sentido literal

¹²⁶ Davis, Pedro R., “terminación del contrato de trabajo”, Stgo, Edit. Bibliográfica Chilena Ltda., 1970, pág. 47.

¹²⁷ Véase jurisprudencia citada por Davis, Pedro R., ob cit., pág. 48.

del vocablo por entender que el espíritu de la ley es más importante que el tenor literal de la norma ya que la competencia desleal se puede dar por parte del trabajador ya sea por cuenta propia como trabajador independiente ya sea por cuenta ajena como trabajador dependiente de una empresa de la competencia, siempre que en este caso por la información que maneja de la empresa principal pudiese beneficiar de alguna manera a la empresa competitiva.

Es fundamental para dar lugar a esta causal el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1- Que las negociaciones o actividades prohibidas se hayan realizado con el propósito de obtener una ganancia es decir, debe existir un ánimo de lucro por parte del trabajador que es en definitiva lo que impulsa a quebrantar la prohibición.

No es necesario que a raíz de dicha actividad haya percibido la ganancia que lo impulsó a actuar, es indiferente si obtuvo o no un beneficio pues lo determinante será el ánimo de lucro no el lucro en sí.

2- Que en el contrato de trabajo se hayan señalado expresamente por escrito los negocios o actividades que el trabajador no podrá realizar. No caen dentro del ámbito de aplicación de esta causal aquellas actividades prohibidas en forma general¹²⁸

¹²⁸ “El despido de que fue objeto el actor ha sido injustificado, por cuanto la prueba rendida por la demandada no ha sido múltiple ni suficiente para acreditar la efectividad que el demandante, en calidad de mecánico del taller de maquinarias haya efectuado reparaciones en forma particular a una maquinaria de un cliente de la empresa, a mayor abundamiento, **este tipo de acciones o actuaciones deben estar expresamente prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo, (...)**”. Doctrina de la Corte Suprema, 16 enero 2001 Rol N° 4419-00. Asimismo, “No incurre en la causal del N°2 del artículo 160 del Código del Trabajo el trabajador de una compañía de seguros de vida, que vende pólizas de seguro generales, aunque haya convenido que no podrá contratar seguros de cualquier naturaleza.

Limitación ilegítima a la actividad económica del trabajador.” Corte Suprema, 5 septiembre 1996, Rol N° 2949-96.

Asimismo la C. de Apelaciones de Stgo en Sentencia 12 junio 1986, declaró “injustificada la causal por cuanto la prohibición no se encontraba especificada en el contrato”, Gaceta jurídica n° 72, pág. 95.

2.4.B) Trabajador

La definición de trabajador la encontramos en el artículo 3º letra b del CT que entiende por trabajador:

“Toda persona natural que preste servicios personales intelectuales o materiales, bajo dependencia o subordinación, y en virtud de un contrato de trabajo”

Rodríguez-Piñeiro define al trabajador como: “trabajador es la persona física que voluntariamente asume la obligación jurídico privada de trabajar mediante remuneración por cuenta y bajo la dependencia de otro”¹²⁹

Es a este trabajador dependiente a quien se aplica la causal de terminación del contrato de trabajo expresada en el artículo 160nº2 del CT. Los trabajadores independientes no pueden ser objeto de esta causal pues no se encuentran bajo dependencia o subordinación de persona alguna como asimismo no tienen trabajadores bajo su dependencia.

2.4. C) Dentro del giro del negocio

El giro del negocio dice relación con aquella actividad de carácter mercantil o industrial a que se dedica el empleador de manera constante y permanente.

Es aquella operación ordinaria que efectúa la empresa a la que pertenece el trabajador¹³⁰

En definitiva lo que se quiere evitar es que el trabajador desarrolle, estando vigente el contrato de trabajo, la misma actividad que realiza la empresa. Se trata de negociaciones incompatibles con la actividad del empresario contrarias al deber de buena fe del trabajador.

¹²⁹ Castiñeira Fernández, ob cit, pág 108.

¹³⁰ Nadal Serri, Daniel, ob. Cit, año 1988, pág 369.

Esta prohibición que puede consignarse en el contrato, debe referirse únicamente a los trabajos que el dependiente pudiere ejecutar dentro del giro de la empresa, resultando jurídicamente improcedente establecer una cláusula que obligue al trabajador a abstenerse de desempeñar actividad alguna fuera de la empresa en la que presta servicios, pues se estaría tratando de un pacto de exclusividad, convención que no es aceptada en nuestra legislación por violar la libertad de trabajo establecida en el art. 19nº16 de nuestra carta fundamental. En este mismo sentido se expresa Nadal Serri quien señala:

“El Código del Trabajo ha cuidado esta limitación por las implicancias que tiene con la Libertad de Trabajo y esa es la razón por la que insiste que sólo puede serlo dentro del giro del negocio y siempre que conste por escrito. De la misma manera debe entenderse la exclusividad a que se obliga el trabajador, al suscribir su contrato de trabajo bajo la señalada prohibición. Esta exclusividad lo es dentro del giro de la empleadora. Concluir en forma distinta sería conceder validez a lo que está prohibido por la ley”¹³¹

En esta dirección se pronuncia la jurisprudencia administrativa en el siguiente fallo:

“Al empleador sólo le está permitido prohibir a sus dependientes, mientras se mantenga vigente la relación laboral, el ejercicio de labores que estén dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo. Lo expresado en el párrafo anterior autoriza para sostener que las partes no pueden convenir cláusulas que obliguen al dependiente a abstenerse de desempeñar actividad alguna remunerada fuera de la empresa, tanto una vez extinguida la relación laboral como durante su vigencia, exceptuándose, en esta última situación, únicamente los trabajos que

¹³¹ Nadal Serri, Daniel, 2003, ob. Cit, pág. 201.

éste pudiere ejecutar dentro del giro de aquella y siempre que conste dicha prohibición por escrito en los respectivos contratos (...)”¹³²

Hay que tener presente que cuando nos referimos al concepto “dentro del giro del negocio” estamos apelando, al menos indirectamente, al término “competencia”, vocablo que involucra no sólo el giro o la actividad realizada por la empresa principal sino también una serie de factores que en definitiva van a determinar si nos encontramos o no frente a una competencia real, una amenaza para el empleador. Estos factores son geográficos, temporales y materiales es decir, si el trabajador además de efectuar negociaciones dentro del giro del negocio ellas a su vez son ejercidas o desarrolladas en un mismo sector, sin distancia geográfica, al mismo tiempo y tratándose de igual o similar producto o servicio y dirigido a la misma clientela, pues es con todos estos elementos que formamos el concepto de competencia perjudicial y establecemos con claridad lo que debemos entender por giro del negocio¹³³.

Debe tenerse en consideración que el giro del negocio del empleador no lo determinará siempre el objeto social sino la actividad efectivamente realizada por la empresa.

Si en el respectivo contrato el empleador ha establecido ciertas actividades prohibidas para el trabajador que no pertenecen al giro del negocio dichas prohibiciones carecen de legitimidad y no pueden argumentarse como razón para dar por terminado el contrato de trabajo por ir contra la libertad de trabajo afectando de este modo el ejercicio de dicha garantía constitucional sin motivo plausible.

¹³² Ordinario N° 5620/300 de 22 septiembre 1997.

¹³³ Así, no se justificaría vedar al dependiente negociaciones comprendidas dentro del giro del negocio del empleador y que el contrato le prohíbe si van a ejecutarse en un lugar distante de la empresa, donde ningún perjuicio pueden causar al empresario. Del mismo modo, ningún inconveniente se divisa para que el dependiente negocie artículos que la empresa dejó de producir o de vender, no obstante mediar prohibición contractual sobre el particular. En ambos casos, las negociaciones, por muy prohibidas que estén, no importan competencia desleal, no irrogan daño alguno al empresario ni pueden suponerse que se mantengan vigentes. Davis, Pedro R., ob. Cit, pág 51.

De otro lado, según lo ha determinado la jurisprudencia, habiéndose prohibido en el contrato que el trabajador realice otras actividades comerciales, ajenas a los intereses del empleador, no es dable a los tribunales entrar a analizar si por la frecuencia con que el dependiente realizó operaciones al margen del contrato o por su número, ellas importan o no violación de la prohibición, pues la prohibición en este aspecto es determinante y todo contrato es ley para los contratantes¹³⁴

Un sólo acto, si cumple con todos los requisitos, es suficiente para dar por cumplida la causal. Pero si el empleador no la hace efectiva dentro de un breve período de tiempo se entiende que ha renunciado a su derecho de pedir la terminación del contrato de trabajo, lo mismo ocurre cuando por hechos positivos acepta, ratifica o consiente de cualquier modo la negociación vedada, es el perdón tácito del empleador. Perdona expresamente cuando autoriza personalmente al trabajador para ejecutar una negociación prohibida en el contrato.

2.4. D) Prohibidas por escrito en el contrato por el empleador

Con este requisito se deja en claro que la prohibición de competencia desleal en nuestra legislación laboral es un elemento accidental al contrato de trabajo que no se entiende incorporado al contrato sino que requiere de un pacto expreso que así lo declare.

El art. 10nº7 del CT señala:

“El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones:

7.- Demás pactos que acordaren las partes.”

¹³⁴ Nadal Serri, Daniel, ob. Cit, año 1988, pag 371.

De no aparecer mencionada la antedicha prohibición en el respectivo contrato de trabajo no procede considerar justificado el despido por haberse efectuado tales negociaciones¹³⁵. Ella debe ser establecida por escrito en el respectivo contrato toda vez que es una excepción a la Libertad de Trabajo y es por ello que el legislador ha sido tan estricto al exigir su escrituración en el contrato y no aceptar otra clase de pruebas, como aquellas negociaciones que han sido prohibidas por simple convención oral o aquellas formuladas por escrito pero no en el respectivo contrato sino en otro documento.

Asimismo se excluyen de esta causal las negociaciones prohibida en forma general y las relativas a hechos u omisiones no constitutivos de negociación o que no se refieran al giro de la empresa¹³⁶

Cuando la prohibición se encuentra incorporada al contrato, produce efecto tanto dentro como fuera de la empresa, pero si la prohibición sólo se ha estampado en el reglamento interno, su ámbito de aplicación es más reducido¹³⁷, ya que sólo produce efectos dentro de la empresa, siendo procedente las sanciones que se contengan en el mismo reglamento sin que se pueda invocar como causal de caducidad el artículo 160nº2 CT¹³⁸

¹³⁵ Así lo ha resuelto la Corte Suprema al establecer que: “Si del contrato no aparece estampada la prohibición de ejecutar negociaciones dentro del giro del negocio, no procede considerar justificado el despido por haberse efectuado tales negociaciones”. En fallo de 18 enero 1971.

¹³⁶ El dictámen 1256 de la Dirección del Trabajo de 6 marzo 1984, expresa que al empleador sólo le está permitido prohibir a sus dependientes el ejercicio de labores que estén dentro del giro del negocio y siempre que dicha prohibición conste por escrito en el contrato de trabajo respectivo.

¹³⁷ Su ámbito de aplicación se reducirá al período en que el trabajador permanezca en el recinto de la empresa toda vez que el reglamento interno sólo tiene por objeto regular “las obligaciones y prohibiciones a que deben sujetarse los trabajadores, en relación con sus labores, permanencia y vida en las dependencias de la respectiva empresa o establecimiento.” Dictamen n° 6885/327 de 10 octubre 1986 de la Dirección del Trabajo.

¹³⁸ La Corte Suprema en sentencia rol n° 4419-00 de 16 enero 2001 al rechazar un recurso de casación en el fondo establece: “El artículo 160nº2 del CT, invocada por la empleadora, carece de legitimidad, toda vez que no se acreditó la supuesta infracción al reglamento interno que no fue incorporado al contrato de trabajo y, a mayor abundamiento, este tipo de acciones o actuaciones deben estar expresamente prohibidas por escrito en el respectivo contrato de trabajo, cuestión que en la especie no consta del contrato de trabajo”.

Ahora bien, si ha sido incorporado el reglamento interno a los contratos de trabajo de los dependientes y en tal reglamento se contiene la prohibición, el trabajador que transgreda la prohibición incurre en dicha causal.

Se requiere del consentimiento del trabajador para incorporar a su contrato individual de trabajo una nueva cláusula en que se le imponga la prohibición de competencia desleal, pues se trataría de una modificación del contrato y al tenor del art. 5º del CT estos instrumentos sólo pueden ser modificados por mutuo consentimiento.

Es importante recalcar que la carga de la prueba la tiene el empleador quien deberá probar que el trabajador realizó una negociación prohibida y que dicha negociación, además de encontrarse escriturada en el respectivo contrato de trabajo, se encuentra dentro del giro del negocio del empleador.

2.5 FALTA DE PROBIDAD: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Dentro de los principios que informan el derecho positivo, uno de los más importantes es el deber de buena fe regulado en el artículo 1546 del código civil que expresa:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino que a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella”

Es justamente la aplicación de este deber de buena fe junto con el deber de lealtad que tiene el trabajador para con el empleador los que constituyen el fundamento de la prohibición de competencia desleal y justifican la jurisprudencia sentada por nuestros tribunales en el sentido de no tolerar actos

que vayan en contra de estos principios y castigarlos a pesar de no encontrarse la prohibición de competencia desleal incorporada en el respectivo contrato de trabajo¹³⁹ aplicando como causal de despido el artículo 160nº1 letra a) del CT¹⁴⁰ “Falta de Probidad”, pues la probidad aparece como un elemento que no puede ser ajeno a la integridad y corrección que todo trabajador debe observar y respetar, principalmente en el lugar o empresa en que presta servicios.

Así ha fallado la Corte Suprema en reiteradas oportunidades:

- “Pues no obra lealmente con su empleador quien ejerce particularmente la misma actividad en beneficio propio o formando una sociedad para explotar el mismo giro, ya que quebranta las normas de corrección e impide actuar debidamente en resguardo de los intereses del empleador, aún cuando en el contrato no exista prohibición expresa, porque en todo contrato se entienden incorporadas aquellas normas de conducta que reglan los actos de los contratantes en forma de que en ellos no exista la menor duda de la corrección con que deben actuar las partes”¹⁴¹
- “2º.- Que de las probanzas rendidas en los autos singularizados, se colige que la demandante se dedicaba al comercio y a la venta de mercaderías similares a los expendidos por su empleadora y mientras trabajaba para ella, situación que se estima queda comprendida dentro de la causal de falta de probidad, toda vez que ésta debe ser entendida

¹³⁹ La Corte Suprema con fecha 21 agosto 1996 rol n° 2798, resolvió: “El proporcionar información confidencial de la empresa a otra de la competencia, constituye falta de probidad”

¹⁴⁰ Art. 160.- El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

1.- Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:

a) Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones.

¹⁴¹ Sentencia de la Corte Suprema de 31 mayo 1978, Rec. de queja n° 1701. Citada por Nadal Serri, ob. Cit., año 1988, pág 248.

como sinónimo de integridad y honradez en el obrar; conductas que no se presentan en el referido actuar desplegado por la actora frente a su empleador; 3°.- Que no obsta a la conclusión anterior, el hecho que en el contrato de trabajo no se contenga tal prohibición, pues se deben entender incorporadas a aquél las normas de honradez inherentes a toda actividad humana, aún cuando no exista texto expreso que así lo disponga, dado que la honradez no puede quedar sujeta a la existencia o no de una disposición expresa que la establezca”¹⁴²

En materia laboral el concepto de probidad no ha sido definido por el legislador y la jurisprudencia de nuestros tribunales, atendiendo al artículo 20 del código civil sobre interpretación de la ley, ha recurrido al concepto de probidad dado por el Diccionario de la Real Academia Española que lo define como:

“Rectitud de ánimo, hombría de bien, integridad en el obrar, honradez”¹⁴³

“9.c) Que, “probidad” es sinónimo de bondad, certitud de ánimo, hombría de bien, integridad y honradez en el obrar y, en consecuencia la ausencia de tales cualidades, las que deben ser debidamente comprobadas y de carácter grave, configuran la causal del N°1 del art. 160 del Código del ramo.”¹⁴⁴

¹⁴² Corte Suprema 31 julio 1990, rol n° 2054-1990. Citada por Aravena Cano, Silvana, “las causales de Terminación del contrato de trabajo a la luz de la jurisprudencia”, memoria de prueba, U. de Chile, 2001, págs. 81 y 82.

¹⁴³ “Probidad, según el diccionario de la lengua indica rectitud, integridad y honradez en el obrar”. Corte Suprema 29 julio 1987, rol n° 5284. Citado por Muñoz Gibert, Rosa, Ob. Cit., pág. 131.

¹⁴⁴ 4° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 12 octubre 2001, Rol N° 2649-2001. Encontrado en Jurisprudencia on line de Lexis Nexis, n° identificador: 29434 citado a raíz del fallo de la Corte Suprema en este mismo caso de 11 diciembre 2002 rol n° 3592-2002.

Esta causal de caducidad resulta más exigente al momento de operar que la prohibición de competencia desleal ya que exige para su configuración que se cumplan con 2 requisitos¹⁴⁵:

1.- La falta cometida debe tener cierta entidad o gravedad para configurar la causal.

Por ser una falta que puede aceptar una variedad muy amplia de situaciones y que por tanto puede tornarse arbitrario su uso, el legislador sintió apropiado limitar esta amplitud exigiendo que la falta a la probidad se tratase de una conducta lo suficientemente grave como para quedar contemplada dentro de la causal y no aceptar cualquier conducta impropia siendo necesario que produzca perjuicios tangibles al empleador.

Aún aceptando que el trabajador tuvo un comportamiento incorrecto, si la falta cometida no es de mucha entidad, siendo sólo una simple falta, lo más propio es que se sancione a éste con arreglo a las normas del reglamento interno (multas), pero, por el contrario, si sus faltas llegaran a revestir notoria gravedad, lo censurable de su proceder será motivo justificado de término de la relación contractual¹⁴⁶

¹⁴⁵ “La falta de probidad debe reunir 2 requisitos copulativos, resultar nítidamente probada y revestir cierta magnitud, gravedad o significación”. Corte Suprema, 28 mayo 1991, rol n° 4238. Citado por Muñoz Gibert, Rosa, Ob. Cit., pág. 135.

¹⁴⁶ Nadal Serri, Daniel, ob. Cit, 1988, pág 246.

2.- La falta de probidad debe ser debidamente comprobada.

No basta con la creencia o presunción por parte del empleador de una conducta impropia de su trabajador sino que se requiere su comprobación, de este modo deberán verificarse los hechos dolosos que se atribuyen al trabajador de modo que el sentenciador tenga plena convicción de los hechos que se le atribuyen¹⁴⁷

¹⁴⁷ “la prueba testifical resulta vaga, imprecisa y por tanto, insuficiente para dar por acreditada la causal de falta de probidad”. Corte de Apelaciones de Stgo, 18 abril 1990, rol n° 32-90. Citado por Muñoz Gibert, Rosa, Ob. Cit., pág. 134.

2.6 RESEÑA DE LA JURISPRUDENCIA JUDICIAL

1.- La constitución por parte del actor, quien se desempeñaba como gerente general de la empresa demandada, de una sociedad de responsabilidad limitada en la que es dueño del 50% de los derechos, y cuyo objeto social es parcialmente coincidente con el de su empleador, configura falta de probidad, por quebrantar el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, conforme al artículo 1546 del Código Civil.

Corte Suprema, 25 junio 2002, Rol N° 3794-2001.¹⁴⁸

2.- El Proporcionar información confidencial de la empresa en que labora, a otra de la competencia, constituye falta de probidad.

Corte Suprema, 21 agosto, 1996, Rol N° 2798.¹⁴⁹

3.- El trabajador que se dedica al comercio y venta de mercaderías similares a las expendidas por su empleador, mientras trabaja para él, incurre en falta de probidad, la que debe entenderse sinónimo de integridad y honradez en el obrar, que la referida conducta observa.

Corte Suprema, 31 julio 1990, Rol N° 2054.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Sentencia citada por Nadal Serri, 2003, Ob. Cit., pág 163.

¹⁴⁹ Sentencia citada por Rev. Manual de consultas laborales y previsionales, año XIII, N° 157, junio de 1988, pág. 46.

¹⁵⁰ Sentencia citada por Muñoz Gubert, Rosa, Ob. Cit., pág. 135.

CONCLUSIÓN

Luego de analizar la experiencia de la prohibición de competencia desleal tanto en la legislación española como en la legislación chilena he llegado a las siguientes conclusiones:

A diferencia de lo que ocurre en la legislación española donde la competencia desleal está tratada como un deber negativo del trabajador de no concurrir al mismo mercado temporal, material y espacial mientras dure la relación laboral, en Chile el tema es tratado a raíz del término de la relación laboral y no se reconoce expresamente como deber del trabajador el no realizar competencia desleal a su empleador. Sin embargo, considero que ello no es necesario ni indispensable para entender que a pesar de no encontrarse en la normativa laboral de forma expresa, se sobreentiende la existencia de una obligación implícita derivada del deber de buena fe contractual que impone al trabajador la obligación de abstenerse de desarrollar actividades que vayan en directa competencia con su empleador mientras dure el contrato de trabajo, ello debido a la fuerza integradora de la buena fe como fuente de creación de deberes adicionales distintos de los comportamientos preestablecidos, instrumento indispensable para la realización del interés contractual de los contratantes pues está llamada a evitar los perjuicios injustificados que pudieran derivarse de la actuación de las partes.

La prohibición de competencia desleal es una expresión del deber de buena fe contractual y no una expresión del deber de fidelidad, concepto absolutamente obsoleto que no podemos aceptar dentro de la relación laboral pues en ella no es el interés del empleador el único interés, el trabajador también tiene intereses propios, distintos de los intereses del empleador y no por ello merece ser sancionado.

En nuestra legislación falta aceptar la definitiva patrimonialización del contrato de trabajo, el seguir aceptando el deber de fidelidad como deber del trabajador al empleador significa anular por completo la persona del trabajador dentro de la relación laboral, implica no entender que dentro de esta relación quien debe ser protegido es el trabajador y no el empleador por ser aquél quien se encuentra en una posición de subordinación y bajo el poder de mando del empleador y en donde el deber de fidelidad viene a significar una limitación a la libertad de trabajo pues se le impide al trabajador el desarrollar cualquier actividad que implique cualquier tipo de competencia al empleador, por insignificante que esta sea. Téngase presente que la especialidad profesional del trabajador le forzará, como es lógico, a buscar un trabajo correspondiente a la misma, y en una empresa del ramo. Si ello se le impide, se le estará prohibiendo, implícitamente, la posibilidad de pluriemplearse.

De esta forma el problema de la prohibición de competencia desleal es la gradación de la protección al empleador así como también el de la gradación del sacrificio que puede imponerse al trabajador, problema cuya solución dependerá de cuál sea el fundamento de la prohibición y qué es lo que se quiere proteger con ella.

Considero que el único fundamento a partir del cual pueden verse limitados los derechos fundamentales del trabajador está en el incumplimiento grave del deber de buena fe contractual que signifique un perjuicio serio al empleador merecedor de protección por esta acción, así como también el objeto de protección de la norma debe ser única y exclusivamente los intereses competitivos del empleador y no otros.

Así, para que se incurra en la causal del artículo 160nº2 del CT se requiere que se realice la actividad prohibida pero no cualquier actividad sino tan sólo aquella que, razonable y objetivamente, conduzca a un conflicto de intereses

con el empleador incompatibles con el deber de buena fe contractual asumidos por el trabajador en el contrato de trabajo, pues no toda actividad laboral es idónea para producir un efecto de competencia real y, por tanto, auténticamente lesivo para la empresa.

El legislador laboral, consciente del gran arraigo en nuestra cultura jurídica del deber de fidelidad que debe el trabajador al empleador, quiso proteger al trabajador estableciendo la prohibición de competencia desleal como una cláusula accidental del contrato de trabajo de modo que el trabajador sólo pudiese ser sancionado con el despido cuando la prohibición hubiese sido acordada por ambas partes.

Sin embargo el empleador tampoco merece sufrir una situación de competencia desleal sin tener la posibilidad de despedir al trabajador que le cause tal perjuicio y seguir aceptando su competencia. Por ello la jurisprudencia ha llenado tal vacío aplicando la causal de falta de probidad en aquellos casos donde el trabajador incurra en competencia desleal y no se encuentre escriturada tal prohibición en el respectivo contrato de trabajo.

Si bien la solución dada por la jurisprudencia parece ser justa y razonable, no me parece adecuado que una misma conducta se pueda sancionar con una causal u otra dependiendo de si la cláusula de competencia desleal se encontraba o no escriturada en el respectivo contrato pues con ello estamos produciendo una verdadera inseguridad jurídica a los trabajadores quienes podrán ser sancionados con el despido independientemente de la incorporación o no en su contrato de la antedicha cláusula y entonces no se comprende la razón de ser o la existencia del artículo 160Nº2 del CT.

Por estas razones considero que la prohibición de competencia desleal debiera ser una cláusula de la naturaleza del contrato donde el elemento fundamental para dar por cumplida la causal fuese la competencia perjudicial que sólo

trabajadores en posición de ventaja o diferencial son capaces de producir. Mientras esto no suceda habrá que llevar a cabo una interpretación restrictiva del artículo 160nº2 del CT así como también del artículo 160nº1 letra a) del CT “falta de probidad” cuando se sancione la competencia desleal con dichas causales, intentándose evitar en todo momento que por un exceso de celo en la protección del interés del empleador, se pueda ver afectado sin fundada justificación el contenido esencial de la Libertad de Trabajo del trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

- 1-Alonso Olea, Manuel, Casas Baamonde, María Emilia, “Derecho del Trabajo”, Civitas Ediciones S.L., 23ª edición, Madrid-España, 2005.
- 2-Aravena Cano, Silvana, “Las causales de terminación del Contrato de Trabajo, a la luz de la jurisprudencia”, memoria de prueba, U. de Chile, 2001.
- 3-Barbancho, Fernando, “Extinción del Contrato de Trabajo: Diccionario práctico de jurisprudencia”, Vol. I, Editorial PPU Promociones y Publicaciones Universitarias, S.A., 1ª edición, Barcelona-España, 1993.
- 4-Castiñeira Fernández, Jaime, “Prohibición de competencia y Contrato de Trabajo”, Edición del servicio de publicaciones del Ministerio del Trabajo, 1ª edición, España, 1977.
- 5-Cea Egaña José Luis, “Derecho Constitucional Chileno”, Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 2004.
- 6-Davis, Pedro R., “Terminación del Contrato de Trabajo”, Editorial Bibliográfica Chilena Ltda., Santiago, 1970.
- 7-De Val Tena, Angel Luis, “La prohibición de competencia entre empresario y trabajador”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid-España, 1996.
- 8-Farren Paredes, Raúl, “Terminación del Contrato de Trabajo”, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1988.
- 9-García Viña, Jordi, “El despido por transgresión de la buena fe contractual”, Editorial CISS, S.A., 1ª edición, Valencia-España, 1999.
- 10-García Viña, Jordi, “La Buena Fe en el Contrato de Trabajo: Especial referencia a la figura del trabajador”, Editorial del Consejo Económico y Social CES, 1ª edición, Madrid-España, 2001.
- 11-Gibert Muñoz, Rosa, “Terminación del Contrato Individual de Trabajo: sus causales e indemnizaciones”, memoria de prueba, U. Central, 1996.

- 12-Gottlieb Sabah, Sharon, “Terminación de la relación laboral a la luz de la Ley N° 19.759”, memoria de prueba, U. de Chile, 2003.
- 13-Herrera Matamala, María Teresa, “Análisis doctrinario y jurisprudencial de las causales de término la relación laboral y las indemnizaciones a que da lugar”, memoria de prueba, U. de Chile, 2004.
- 14-López Anierte, María del Carmen, “La competencia del trabajador con su empresa”, Editorial Aranzadi, España, 1997.
- 15-Melis Valencia, Christian, “Derechos de Ciudadanía y Empresa: Apuntes para una configuración dogmático-jurídica”, encontrado en la página web de la Dirección del Trabajo.
- 16-Nadal Serri Daniel, “El despido en el Código del Trabajo”, Tomo I, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., Santiago, 1988.
- 17-Nadal Serri, Daniel, “El despido en el Código del Trabajo”, Editorial Nexis Lexis, Santiago, 2003.
- 18-Nevado Fernández, María José, “Las restricciones a la competencia en el Contrato de Trabajo”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid-España, 1998.
- 19-Nogueira Guastavino, Magdalena, “La prohibición de competencia desleal en el Contrato de Trabajo: Una singular manifestación del deber de buena fe contractual”, Editorial Aranzadi, Pamplona-España, 1997.
- 20-Rodríguez Morales, Andrés, “Terminación del Contrato de Trabajo en el Derecho Laboral Chileno”, memoria de prueba, U. de Chile, 1984.
- 21- Thayer William y Novoa F. Patricio, “Manual de Derecho del Trabajo”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 3ª edición, Santiago, 1998.
- 22-Thayer William y Novoa F. Patricio, “Manual de Derecho del Trabajo”, Tomos II y III, Editorial Jurídica de Chile, 4ª edición, Santiago, 2003.
- 23-Ulloa Rosas, Luis, “Régimen de Terminación del Contrato de Trabajo”, memoria de prueba, U. de Concepción, 1993.

- 24-Verdugo Marinkovic Mario, Pfeffer Emilio, Nogueira Humberto, “Derecho Constitucional”, Tomo III, Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, Santiago, 1997.
- 25-Vicencio Bazaes, Fernando, “Evolución de la Jurisprudencia en materia de Libertad de Trabajo y su vinculación con la acción de protección”, memoria de prueba, U. Adolfo Ibáñez, 2004.
- 26-Revista Técnica del Trabajo, “Terminación del Contrato de Trabajo y estabilidad en el empleo”, 1992.
- 27-Apuntes de la profesora Luz Bulnes, “Artículo 19Nº16: La Libertad de Trabajo y su Protección”, Universidad de Chile, 1991.
- 28-Código del Trabajo.
- 29-Constitución Política de la República de Chile.
- 30-Estatuto de los Trabajadores
- 31-Constitución Política Española.