

## LIMITES A LA COMPETENCIA Y CONTRATO DE TRABAJO

### 1. ALCANCE Y SENTIDO DE LOS LLAMADOS DEBERES DE FIDELIDAD

La prohibición de competencia en relación con el contrato de trabajo es un tema aparentemente marginal, como mera consecuencia accesoria que es del contrato. Sin embargo, plantea problemas de fondo de extraordinario interés que superan, incluso, las relevantes repercusiones que en la práctica derivan de dicha prohibición.

Sistemáticamente la prohibición de concurrencia se suele incluir dentro de los llamados deberes (o deber) de fidelidad. La utilización del término «fidelidad», en vez del más castizo y tradicional de «confianza» o «lealtad» supone entre nosotros un reflejo de otros ordenamientos, y terminológicamente implica un acercamiento o incluso una pretendida afinidad entre las relaciones de trabajo y la relación matrimonial en la que los cónyuges «están obligados a... guardarse fidelidad» (art. 56 C. c.) (1).

Pero la idea de fidelidad tiene también una vieja raigambre jurídico-política. Se habla de un deber de fidelidad como deber del súbdito frente al soberano, correlativo a la protección recibida e inseparable de la idea feudal de sujeción y entrega «devota» y obediencia al superior. Con bastantes distorsiones esta línea jurídico pública no deja de influir en los tiempos modernos en algunas concepciones de la función pública, se traslada la idea de la

---

(1) El concepto de fidelidad aplicado al matrimonio alude según la opinión más difusa el abstenerse de relaciones sexuales o amorosas con persona diversa de la del cónyuge. Cfr. BERTOLA: «Il matrimonio», en *Trattato dir. civile de Grosso y Santoro Passarelli*, Milán, 1963; JEMOLO: «Il matrimonio», en *Trattato dir. civile Vassalli*, II, I, Torino, 1961, pág. 418.

fidelidad al soberano a la fidelidad impersonalizada al propio Estado, que impregnaría todo el conjunto de deberes del funcionario (2).

¿Tiene sentido aplicar un concepto, el de fidelidad, originario de las relaciones entre cónyuges, y de las relaciones feudales, al mundo de las relaciones de trabajo? ¿Se puede hablar de una fiel entrega «devota» del trabajador al empleador, de forma paralela a la del esposo, o la del súbdito fiel? Evidentemente no, cuando en el seno de las relaciones de producción se quiere insertar esta noción lo primero que tiene que adicionarse es que no existe una noción unitaria y ontológica de fidelidad. Como recuerda Cessari, «nadie quiere repetir en el derecho moderno la idea feudal de la 'sujeción' devota y *fidelis* de un hombre a otro» (3), pero, por su parte, Giugni nos recuerda que no cabe un concepto ontológico de la fidelidad como noción metajurídica y metahistórica de carácter fijo que esté más allá del dato positivo y del dato histórico, que asuma un valor preceptivo abstracto en el ordenamiento (4).

Si se aceptan estas dos premisas —es decir, que el término de fidelidad no tiene un significado unitario, y por ello no puede significar lo mismo en una relación familiar que en el contrato de trabajo, y por otro lado que la fidelidad, y el correlativo deber, no es un concepto que pueda ser examinado fuera del contexto histórico y normativo, y es por ello una noción de carácter ideológico-político— habremos relativizado bastante la anterior pregunta, e incluso las justificadas aprensiones de aquellos juristas que estiman incompatible con la estructura misma de la relación de trabajo, basada por definición en el contraste de intereses entre quien trabaja y quien hace suyos los frutos de ese trabajo, y la noción misma de fidelidad (5).

El deber de fidelidad, si es que se quiere seguir usando este término como hace la Ley de Contrato de Trabajo, no supone ni debe suponer dar una coloración ya sea «neoservil», ya comunitaria de la relación de trabajo. Ni por el contrato de trabajo se crean unos vínculos personalísticos, ni por el ingreso en la organización productiva participa al trabajador en un interés de grupo o comunitario al que se funcionalizan las posiciones jurídicas de ese

(2) Sobre el cambio de la noción de fidelidad de la monarquía absoluta a la sociedad democrática, véase, por todos, WOLFF: *Verwaltungsrecht*, 2.<sup>a</sup> ed., 1967, pág. 430.

(3) «L'obbligo di fedeltà nel rapporto di lavoro», en la obra del mismo título publicada por la Ass. It. li. diritto del lavoro, Milán, 1970, pág. 21.

(4) En «L'obbligo di fedeltà», cit., págs. 51 y sigs.

(5) Cfr. MANCINI: *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, 1957, págs. 90 y sigs.; CORRADO: *Trattato di diritto del lavoro*, t. III, Turín, 1969, páginas 212 y sigs.; SMURAGLIA: *La persona del prestatore di lavoro*, Milán, 1967, páginas 292 y sigs.

trabajador como si éste no fuera meramente de cambio, sino también de miembro de esa propia organización empresarial, a la que se debería, en cabeza de su titular, una estricta fidelidad. Superada ya la pretendida comunidad de intereses entre empresarios y trabajadores que el nacionalsindicalismo intentó imponer como solución represiva de la lucha de clases, no tiene sentido el intentar mantener en el plano de las relaciones individuales una orientación comunitaria de coordinación de intereses de empresario y trabajador que se traduciría en la práctica en una real subordinación del interés del trabajador a los intereses de la organización productiva y por ello del propio empresario. La postura más consecuente con un sistema de economía de mercado es ver en la relación de trabajo una pura relación de cambio, en la que ciertamente el sinalagma tiene peculiaridades en su dinámica funcional, y en la que la buena fe, como criterio no sólo de interpretación, sino de integración de contrato, tiene unas manifestaciones más extensas sobre cada una de las partes del contrato y ello por la propia naturaleza de la prestación laboral y el peculiar marco en que esa prestación se desarrolla; se imponen tanto a empleador como a trabajador unos deberes de «corrección» que son lógicamente más extensos que en contratos de ejecución instantánea, o donde no exista un cierto grado de convivencia en el momento del trabajo, como es en el contrato de trabajo, pero esos deberes de corrección, por otra parte, no son ni tienen por qué ser exclusivos de éste (6).

Precisamente porque en el contrato de trabajo el contraste de conflictos de intereses entre los contratantes es más agudo que en otras especies contractuales, es por lo que el ordenamiento tiene que preocuparse más por encontrar una regulación equilibrada de esos intereses contrapuestos, de forma que, aun manteniéndose esa situación base de conflicto, se garantice, sin embargo, la posibilidad de que cada parte obtenga el objetivo previsto en el contrato. El cumplimiento correcto de las obligaciones básicas requiere el reconocimiento de una serie de deberes específicos, instrumentales pero autónomos, que integran el contrato y que especifican, a la vez que garantizan, la buena fe y la corrección entre las partes. Aunque el término legal de fidelidad no es el apropiado para mentar unitariamente este conjunto de consecuencias y debería ser sustituido.

Aceptando, así, una perspectiva estrictamente patrimonial y de cambio entre trabajador y empleador puede reconocerse también, y tutelarse en alguna medida, el interés individual y patrimonial de éste (como sujeto econó-

---

(6) MARTÍN VALVERDE: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en *Ideologías jurídicas y relaciones de producción*, Sevilla, 1977.

mico, como propietario y como empresario que actúa en un mercado) de ser protegido frente a las situaciones de peligro en que pueden estar sus bienes e intereses (materiales e inmateriales) frente al trabajador y por la circunstancia fáctica del propio contrato de trabajo. En el seno del contrato podrá y tendrán que tutelarse esos bienes e intereses, imponiendo al trabajador deberes específicos de buena fe y corrección que irán más allá de la correcta ejecución material del trabajo. El problema será el de la gradación de esa protección y por ello el de la gradación del sacrificio que puede imponerse al trabajador de otros bienes o intereses suyos.

## 2. LA LIMITACION DE COMPETENCIA DE LOS AUXILIARES DEL COMERCIANTE

La prohibición de competencia es un claro ejemplo de todo cuanto vengo diciendo. El Código de Comercio no configuraba un genérico deber de fidelidad, pero prohibía al capitán «hacer por su cuenta negocio alguno separado» (art. 613); con ello estaba protegiendo al naviero, aparte de la carga abusiva de mercaderías si por éstas no se pagaba flete, primero de que el capitán se despreocupara de su cometido en favor de su propio negocio y, en segundo lugar, de la posible colisión en el mercado de los negocios del propio capitán y del propio naviero. El marco en que se mueve el Código es estrictamente patrimonial y lo que se protege es un interés estrictamente económico del naviero: su interés al beneficio que podría verse en peligro por las negociaciones por cuenta propia del capitán. La misma lógica se contiene en una disposición de diverso alcance, y respecto a los auxiliares del comerciante, que «sin conocimiento y licencia del principal» no puede hacer «negociación de comercio por cuenta propia» (art. 300) (7).

Si comparamos este precepto con el más detallado relativo al factor (artículo 288), nos encontramos con el objeto de la prohibición; en el último caso se circunscribe de modo expreso el «del mismo género», lo que sin duda alude a la competencia, mientras que para los auxiliares de referencia es mucho más genérica «negociación de comercio» *tout court*, pero sólo las referentes a las realizadas por cuenta propia. En el caso del factor se evidencia que aquí lo que peligraba son los negocios del principal que pueden

(7) Véase sobre la cuestión, parte de los Manuales al uso de Derecho mercantil y los Comentarios del Código de Comercio, MENÉNDEZ Y MENÉNDEZ: «Auxiliares del comerciante», *RDM*, 72, 1959, págs. 269 y sigs.; SUÁREZ LLANOS: «Prohibiciones de concurrencia», *Estudios en homenaje a Joaquín Garrigues*, t. I, Madrid, 1971.

entrar en colisión y competencia con los que el factor realizara, se trataría de una competencia dañosa, «injusta», en la que el factor podría aprovecharse de los conocimientos de las relaciones, de las posibilidades que su puesto le confiere (competencia diferencial) y por ello se estima incompatible con el propio contrato, aun si en el caso concreto *per se* no adoptara la forma de desleal. Sin embargo, se deja al principal decidir, mediante su autorización expresa, si se admiten o no, y en qué límites, esas negociaciones del mismo género. Se piensa, pues, que es el propio principal el que está en mejor posición para velar por sus propios intereses.

En el caso de los auxiliares del comerciante precisamente la no mención de la referencia a «del mismo género», nos está dando una pista que la preocupación de la norma va más allá de la mera competencia. Posiblemente al prohibirse, incluso aisladamente, el hacer «alguna negociación», se piense no ya en abstenerse de negocios perjudiciales para la empresa, sino más bien en garantizar la satisfacción del principal de su interés a recibir la prestación del auxiliar. El asegurar una «dedicación mayor» es quizá la idea central a la que se acompaña, claro está, pero en menor grado por la «menor peligrosidad» del auxiliar, la de la posible rivalidad comercial. Se habla de «conocimiento» y licencia, no ya de autorización expresa, con lo que, para el simple empleado, el deber se convierte en un deber de informar de la intención de hacer negociación por cuenta propia, que es lícita en tanto no se oponga a ella el principal. Tampoco para el Código resulta ilícito el trabajo del auxiliar con otro comerciante, incluso del ramo del principal, pues esto no constituye el supuesto de negociar por cuenta propia que es el único previsto en la norma.

Este planteamiento de nuestro Código de Comercio respondía no sólo al momento socioeconómico preindustrial y paleocapitalista de empresa de reducida dimensión, sino también a una ideología liberal y una perspectiva patrimonial en la que se admite la plena licitud de todas las conductas externas al trabajo que no incidan negativamente con la propia prestación; se garantiza así además el respeto a la libertad de trabajo y de iniciativa económica del individuo. Estos intereses —de respeto a la vida privada y a la libertad industrial y de trabajo del trabajador— priman sobre toda otra consideración, siempre que sean compatibles, primero, con las obligaciones laborales del propio trabajador (no debe olvidarse que los horarios de trabajo alargados de la época harían más difícil la posibilidad de actividades fuera del trabajo), y, en segundo lugar, con la esfera patrimonial del empleador que el ordenamiento juzga digna de tutela. Sólo aquí y secundariamente la limitación de otra actividad que sea competencial responde a la misma preocu-

pación por la limpieza y honradez del mercado que ha llevado a vedar la competencia desleal. Es la protección de las expectativas normales y razonables del empleador frente a posibles desviaciones de clientela, esa llamada competencia diferencial, la que puede considerarse limitada, s decir, una actividad personal directa que supone entrar en el mercado en pugna con el empleador y por ello perjudicarlo actual o potencialmente (8).

En el Código de Comercio no hay una reducción directa de la esfera profesional o una consagración de un deber de exclusiva del trabajador; en el artículo 300 del Código de Comercio no se veda otro trabajo sino más exactamente una actividad mercantil sin licencia. Todo ello sin perjuicio de que socioeconómicamente lo normal en la época sea la efectiva dedicación exclusiva del auxiliar.

### 3. LA RECEPCION LABORAL DE LA LIMITACION

A lo largo de nuestro siglo se va a desarrollar una línea de tendencia ampliatoria de las prohibiciones de actividades del trabajador fuera del contrato de trabajo. Aunque el Código de Trabajo no estimó ampliable a todos los trabajadores la prohibición indirectamente establecida por el artículo 300 del Código de Comercio a todos los trabajadores y por ello no incluyó dentro de las justas causas de despidos esta causa específica, aunque expresamente previó la aplicación de tal precepto del Código de Comercio «respecto a las personas en él determinadas» (9). Pero dicha ampliación tiene lugar por la Ley de Contrato de Trabajo de 21 de noviembre de 1931 que en su artículo 89, 6, reitera y amplía la causa de despido que ya figuraba en el Código de Comercio. La ampliación se produce primeramente por la extensión a todos los trabajadores, es decir, no sólo a los auxiliares del comerciante, de la causa de despido prevista originariamente para éstos; en segundo lugar, por venir a incluirse en la causa de despido no sólo las negociaciones por cuenta

(8) Sobre la competencia diferencial, véase, por todos, FABRIS: *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*. Una crítica de la misma en nuestra doctrina en CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, 1977.

(9) Artículo 23 Código del Trabajo. Véase sobre la cuestión, ALARCÓN Y HORCAS: *Código de Trabajo*, Madrid, 1927, t. I, págs. 243 y sigs. Que a la sustancia del contrato de trabajo común no corresponda una prohibición de competencia es una afirmación constante en los ordenamientos en los que no existe una disposición legal que la imponga, cfr. RAAFLAUB: *Die Treupflicht des Arbeitnehmers beim Dientsvertrag*, Winthertur, 1959, pág. 42 y bibliografía allí citada.

propia, sino también por cuenta ajena como ya ocurría en el caso del factor. La utilización de la expresión «por cuenta» de otra persona es correcta, pues contempla *strictu sensu* los fenómenos de representación, es decir, de actividad mercantil por cuenta de otro; sin embargo, producirá equívocos, pues la expresión por cuenta ajena se utiliza en el campo laboral en un sentido extensivo y diverso desde la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900, pero con mayor frecuencia en época reciente para mencionar precisamente al trabajo asalariado. Ello abre una vía de confusión y de interpretación incorrecta que la prohibición no es de actividad mercantil por cuenta de otro, sino de trabajo por cuenta ajena al servicio de quien ejerce una actividad mercantil que supone competencia con el empleador. Por último, el artículo citado añade la mención «industria» para evitar la confusión de quien entendería literalmente las negociaciones de comercio, como incluyendo sólo a las comerciales.

Lo cierto es que, pese a esos problemas terminológicos, la lógica de la prohibición indirecta del artículo 89, 6 parece continuar la línea trazada en el artículo 300 del Código de Comercio: se partía de la permisión de todo tipo de actividades fuera del trabajo y sólo se estimaban vedadas las que pudieran tener un influjo pernicioso sobre la prestación contractual o contra el interés del empleador al beneficio. Por ello la doctrina de la época entiende que se impiden sólo las actividades que supongan competencia, es decir, participación directa en el tráfico, ya sea en nombre propio o por cuenta de otro, tanto se trate de una actividad de carácter industrial, comercial o de servicios (10). La lógica sigue respondiendo al deseo de proteger el interés privado del empresario contra la competencia de personas ligadas a él por contratos de trabajo. En esta época prima ya la preocupación por el tema de la competencia, más que por el de la dedicación efectiva. La honradez y limpieza del mercado es el valor que aparece en primer término: se trata de proteger a la empresa de los peligros que puedan derivarse de la posición privilegiada del trabajador que por conocer por dentro el negocio, tiene una extremada facilidad de aprovecharse de esa circunstancia, para, sin mucho esfuerzo, atraer para sí una actividad o negocio que potencialmente iba para su principal, incluso aprovechándose de la imagen y prestigio de ese principal (p. ej., el sastre que trabaja por su cuenta aprovechando el prestigio que le da el ser el cortador de una afamada sastrería). Esto no es sólo contrario a la buena fe, a la probidad, a la honbría de bien que ha de esperarse del trabajador, sino a la corrección y limpieza que debe exigirse a la

(10) HINOJOSA FERRER: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1932, pág. 255.

competencia en el mercado. Por eso quien aprovechándose de esas circunstancias realizara un «negocio» violaría la buena fe, sería «infiel» a la confianza depositada. No sólo viola un deber contractual, sino que también realiza una competencia que habría de calificarse como desleal (11). Como una reacción *a posteriori* es siempre difícil, y muchas veces irreparable, para salvaguardar el interés del principal de impedir actividades que pueden constituir un peligro potencial, se impone la comunicación al empresario para que éste, mediante la concesión o denegación de la licencia, vele adecuadamente por su propio interés, y prohíba o permita, en cada caso, esa posible competencia.

Pero al mismo tiempo el artículo 85 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 (12), influido excesivamente, según se ha dicho por el modelo alemán (13), establece en su artículo 85 una prohibición directa y expresa de actividades competitivas que no sólo no responde en modo alguno a la tradición española, sino que responde a una lógica diversa a la de la prohibición indirecta que se acaba de examinar. El artículo 85 responde a la idea del deber de fidelidad a la empresa (art. 82) del que derivarían como manifestaciones específicas, entre otras, la prohibición de la utilización, incluso para actividad profesional propia de los secretos de la empresa (art. 84) y la prohibición de ciertas actividades fuera del trabajo (art. 85) (14). Los artícu-

(11) Sobre la diferencia entre concurrencia ilegal, concurrencia desleal y concurrencia anticontractual, véase, por todos, Y. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, París, 1970, págs. 7 y sigs. Un catálogo de actos competitivos contrarios al deber de fidelidad (*rectius* a la buena fe) del trabajador (el hacerse con la lista de clientes y precios para utilizarla en beneficio propio, etc.) en RAAFLAUB: *Die Treupflicht*, cit., páginas 49 y sigs.

(12) «Los trabajadores están obligados, en general, a no hacer concurrencia a sus patronos ni a colaborar con quienes se la hagan.

No podrán realizar obra o trabajo complementario de los que figuren en su contrato si el trabajo complementario perteneciera a la rama industrial o comercial del patrono y perjudicara a su empresa.

No obstante, el trabajador podrá obtener el consentimiento del patrono para entender o colaborar en trabajos que le hicieren concurrencia. Se presumirá el consentimiento si, conocedor el patrono de los negocios particulares del trabajador semejantes a los suyos, no se hubiera pactado por escrito la renuncia del trabajador.

Si a pesar de la oposición del patrono, el trabajador no renunciare a sus negocios o industria, el patrono podrá poner término al contrato.»

(13) Cfr. HINOJOSA FERRER: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 255. Sobre las disposiciones del citado proyecto en esta materia, véase CASTIÑEIRA: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, cit.

(14) La doctrina laboral de la época no concedió especial atención al tema, cfr., por todos, GALLART FOLCH: *Derecho español del trabajo*, Barcelona, 1936, pág. 67.



los 72, 73 y 74 de la vigente Ley de Contrato de Trabajo de 1944 recogen en sustancia el contenido de los tres artículos anteriores, mientras que el artículo 77 g) reitera la causa de despido (15).

#### 4. ALCANCE Y SENTIDO DE LA LIMITACION DE LA COMPETENCIA

Con este complejo panorama positivo se encuentra el estuudio actual; la falta de coherencia, por responder a lógicas y a puntos de partida diversos, es la primera dificultad que hay que vencer. El examen histórico permite comprobar que las primeras normas sobre la materia, recogidas por la Codificación Mercantil, no han hecho otra cosa que recibir en el marco de la ley los usos y prácticas del tráfico mercantil (16). A su vez la primera normativa laboral recoge esa normativa claramente pro-empresarial. Una nueva intervención legal, la supuesta por la Ley de Contrato de Trabajo, no podría tener el sentido de agravar aún más la situación del trabajador respecto a la prevista en el Código de Comercio; aún más cuando el propio desarrollo capitalista hace cada vez más difícil una competencia efectiva del trabajador al empleador, pues al ampliarse las dimensiones de la empresa se acentúa la necesidad de un mayor capital. Por ello debe verse en la nueva regulación de 1931 el deseo de establecer una regulación progresiva en favor del trabajador, estableciendo límites a las pretensiones desorbitadas del empleador (17).

Se trata no sólo de evitar límites a las posibilidades de trabajo en el tiempo libre del trabajador, sino también de responder a una práctica frecuente del «pluriempleo», que es una lógica respuesta a la insuficiencia de los salarios que fuerza al trabajador a la búsqueda de otra ocupación lucrativa que le permita cubrir sus necesidades. Además, la tendencia a reducción progresiva del horario y de ampliación de los descansos favorece la posibilidad de ese otro empleo. Lo que la Ley de Contrato de Trabajo hace es establecer de forma rigurosa el marco de los límites máximos a la libertad de traba-

(15) Incluida hoy en el artículo 33, f) del D. L. de Relaciones de Trabajo de 4 de marzo de 1977.

(16) Cfr. CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, págs. 55 y sigs.

(17) También FABRIS habla refiriéndose al ordenamiento italiano, de que siendo una norma laboral debe estimarse orientada la *voluntas legis* hacia la enucleación de una disciplina dirigida a acentuar la protección de los intereses del trabajador, *Il patto di non concorrenza*, cit., págs. 35 y sigs.

jo (18). Si se admite que la razón de ser de la normativa legal es ahora la tutela del interés del trabajador, frente al interés contrario del empleador, pueden y deben someterse a rigurosa crítica las tendencias observables en nuestro sistema jurídico a ampliar el círculo de actividades externas prohibidas al trabajador. Desde luego la normativa sectorial que arbitrariamente ha propendido a ampliar tales restricciones a la libertad de trabajo, no sólo debe ser denunciada, sino que deben entenderse como nulas por *contra legem* todas aquellas disposiciones contenidas en reglamentaciones y ordenanzas laborales, convenios colectivos y, desde luego, en los reglamentos de empresa, que intentan ampliar tales límites (19).

La jurisprudencia, y en buena parte la doctrina, han llevado a cabo una lectura del artículo 73 de la Ley de Contrato de Trabajo que amplía considerablemente el círculo de actividades prohibidas al trabajador. La razón de esto puede ser de tipo práctico: una de las causas de despido cuya prueba judicial es más fácil es esta de realizar trabajos fuera y, por ello, se utiliza con alguna frecuencia como cobertura para legitimar decisiones de despido, posiblemente basadas en otras motivaciones. Lo cierto es que, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se llega a unas conclusiones que suponen vedar al trabajador no sólo la competencia directa, sino también el trabajar con un competidor, aplicándose esto indiscriminadamente a cualquier prestación de trabajo. Lo que en la práctica para muchas especialidades laborales significa impedir el ejercicio de la propia especialidad profesional, o sea, consagrar de forma indirecta un deber de exclusiva, lo que contradice, según vamos a ver, el espíritu de la propia Ley de Contrato de Trabajo. La línea general de una tesis que podemos llamar mayoritaria consiste en una interpretación conjunta de los dos primeros párrafos del artículo 73 que lleva a estimar como «desleal» (*rectius* ilícita o prohibida), no sólo la competencia que el trabajador haga a su empleador, sino el trabajo por cuenta ajena con un empresario que haga competencia a ese empleador (20).

---

(18) Véase sobre este planteamiento, GUGLIELMINETTI: *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, 1961, págs. 113 y sigs.; BENANTI: «Il patto di 'non concorrenza' con il lavoratore subordinato», *Riv. Giur. Lav.*, 1966, I, págs. 32 y sigs.; FAFRIS: *Il patto di non concorrenza*, cit., págs. 76 y sigs.; CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*.

(19) Sobre el tratamiento del tema en la normativa sectorial, véase CASTIÑEIRA: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*.

(20) «Sin que sea dado establecer sutiles distinciones entre las palabras *concurrentia comercial e industria* y *competencia de un lado, y negociación y actividad de otro*, utilizadas sin duda con idéntico significado y sentido» (S. T. S., 8-IV-65, Ar. 2674). Cfr. ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, 4.ª ed., 1976, pág. 180; ALONSO GARCÍA:

Desde una perspectiva crítica se han puesto en duda tales conclusiones insistiéndose en que de la lógica del contrato de trabajo como contrato de cambio no deberían derivarse límites especiales a la competencia, sino sólo en la medida que esa competencia reuniera la nota desleal, es decir, si el trabajador se aprovechara de los conocimientos adquiridos y de las relaciones en la empresa para desviar a su favor la clientela real o potencial del empleador (21). Pero tal crítica, aunque fundamentada, se formula *de lege ferenda*, dando por sentada la certidumbre de la interpretación extensiva del artículo 73 que hacen doctrina y jurisprudencia. El problema no está sólo en si el artículo 73 es o no adecuado y debe ser modificado, sino también en comprobar si ha sido correctamente interpretado y aplicado. Desde el punto de vista teórico es claro que sólo deberían limitarse al trabajador actividades fuera del trabajo (la prohibición de actividades dentro del trabajo responde a una lógica diversa) (22) que fueran contrarias a la buena fe y corrección, pero ya hemos dicho que la peligrosidad de estas conductas justifica la existencia de medidas preventivas precisamente para evitarlas, dejándose en el empleador la decisión última sobre la materia precisamente en aquellas actividades que el propio legislador presume incorrectas.

##### 5. LA COMPETENCIA PROHIBIDA AL TRABAJADOR

Una primera lectura del artículo 73 permite comprobar la existencia de dos párrafos diferenciados en los que literalmente se está aludiendo: en el primero, a la obligación de no hacer «concurrencia», y en el segundo, a la prohibición de ciertos trabajos «complementarios». La dicción «por cuenta de otra persona» del artículo 77 ha favorecido la fácil conclusión de que lo que se prohíbe es tanto la competencia directa como el trabajo para la competencia y que, por ende, ambos párrafos del artículo 73 no hacen sino reiterar la misma prohibición. Incluso cuando la jurisprudencia intenta delimitar ambos supuestos, habla de meras matizaciones diferenciando una prohibición general o absoluta y una prohibición relativa (23), también la doc-

---

*Derecho del trabajo*, 5.ª ed., Barcelona, 1975, págs. 440 y sigs.; BAYÓN y PÉREZ BOTTIA: *Manual de Derecho del trabajo*, 10.ª ed., Madrid, 1977, v. II, págs. 473-474; MONTOYA MELGAR: *Derecho del trabajo*, Murcia, 1976, t. III, pág. 67.

(21) Cfr. CASTIÑEIRA: *loc. cit.*, págs. 171 y sigs.

(22) «Se trataría de un incumplimiento de deberes de prestación y rendimiento» (ALONSO GARCÍA, curso, cit., pág. 491).

(23) Véase S. T. S. 17-II-1960.

trina cuando ha apreciado que se trata de «dos supuestos de diferente conceptualización», un supuesto de concurrencia y otro de incompatibilidades, estima que ambas normas «tienen una evidente zona de contacto» «a través del término colaborar» (24).

Sin embargo, en la Ley de Contrato de Trabajo hay bases suficientes para sostener una conclusión contraria. La lógica de esa ley responde a un amplio reconocimiento de la libertad del trabajador fuera del trabajo, en lo que se incluye la propia libertad de trabajo: la referencia en el artículo 36 a derechos civiles y políticos, el dejar fuera de los poderes de la empresa la conducta del trabajador fuera del trabajo que no afecte a éste (art. 69), el prever como situación normal y no patológica que el trabajador obtenga ganancias en otros empleos (art. 47), el vedar expresamente trabajos que contraríen la finalidad del permiso durante las vacaciones (art. 35, 5), etc.

La regla, pues, es la posibilidad de ocupación del trabajador fuera del trabajo, en sus ratos libres, en contraste y como excepción al principio, los artículos 72 y 73 establecen límites específicos a esas actividades fuera del trabajo. Por un lado, desde la perspectiva del secreto que impide pendiente del contrato de trabajo la utilización en beneficio profesional propio de los secretos relativos a la explotación y negocio de la empresa (25). La violación de este deber supondría, como es claro, un supuesto específico de competencia desleal (26), al margen de la valoración penal de esa conducta (27).

(24) Así, HERNÁNDEZ MARTÍN: *loc. cit.*, págs. 177-178.

(25) Artículo 72 LCT que permite dentro de ciertos límites una extensión del deber de secreto incluso después de la extinción del contrato de trabajo, precisamente cuando no sea exigencia de la profesión del trabajador. En la LCT predomina clara y acertadamente el interés profesional del trabajador sobre el interés del empleador al mantenimiento de la reserva. Sobre la «necesidad de utilización de los conocimientos adquiridos en la empresa», véase FABRI: *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, Milán, 1976, págs. 215 y sigs.

(26) Cfr. O. BARASSI: *Il diritto del lavoro*, Milán, 1957, I, págs. 270 y sigs.; MANCINI: *La responsabilità contrattuale*, Milán, 1957, págs. 141 y sigs.; MAZZONI: *Manuale di diritto del lavoro*, Milán, pág. 585.

(27) Artículos 497 y 498 Código penal. Sobre los mismos, véase, GÓMEZ SEGADÉ: *El secreto industrial*, Madrid, 1974; LANDROVE DÍAZ: *Descubrimiento y revelación de secretos*, Santiago de Compostela, 1976; PUIG PEÑA: *Descubrimiento y revelación de secretos*, N. E. J. Seix, t. VIII, Barcelona, 1955; RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*, parte especial, 6.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1976, págs. 289 y sigs.; MUÑOZ CONDE: *Derecho penal*, parte especial, Sevilla, 1976, págs. 120-121.

En la doctrina comparada, GUIDOTTI: «La tutela del segreto d'ufficio e delle notizie attinenti alla azienda», *Dir. Lav.*, 1952, I, págs. 302 y sigs.; CRESPI: «Tutela penale del segreto e concorrenza sleale», en *La repressione penale della concorrenza sleale*, Milán, 1965; ZUCALA: *L'infedeltà del diritto penale*, Padova, 1961.

Pero además se trata al trabajador con un mayor rigor de como si se tratara de un tercero respecto a otras actividades competitivas, no estrictamente desleales, y tal es la función del párrafo primero del artículo 73. La dicción del mismo es especialmente clara en lo que se refiere a la prohibición de una actividad directamente competencial por cuenta propia. La actividad competencial debe ser de carácter económico, tratarse de actos destinados a la sucesiva colocación sobre el mercado del bien o el producto, que supongan la oferta de bienes y servicios iguales o similar naturaleza a los propios de la empresa una clientela hipotéticamente igual, y que por ello sea susceptible de ocasionar un perjuicio al empleador (28). Del artículo 73, 1 se deduce una prohibición legal de hacer competencia al propio empleador, una obligación de abstención de competencia, es decir, de actividades económicas que entren en el círculo comercial del empleador por pertenecer al mismo círculo actual o potencial de clientes de los bienes o servicios de la empresa, lo que es susceptible de producir un daño específico a ese empleador, que el precepto intenta evitarle. Lo característico de la concurrencia directa es el traficar, el «hacer negociaciones» personalmente, siendo indiferente, a efectos de la prohibición, que esa negociación sea en nombre propio o por cuenta de otro. La expresión utilizada por el artículo 77 de la Ley de Contrato de Trabajo se mueve en la misma línea que el artículo 288 del Código de Comercio, y no tiene nada que ver con el sentido extensivo de «trabajo por cuenta ajena» que utiliza nuestra legislación laboral.

## 6. LA COLABORACION CON EL COMPETIDOR

Cuando el artículo 73 emplea el término colaboración, lo más probable es que quiera pasar de un examen formal del tema (existencia o no de representación) a un examen material o fáctico, que prescindiendo de los aspectos formales permita deducir una actividad competitiva. La expresión «colaborar con quienes la hagan» es desde luego equívoca y ha permitido una,

---

Sobre la eficacia y suficiencia de esta protección penal de la reserva existen, sin embargo, serias dudas, cfr. Y. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, París, 1970, página 80.

(28) Que puede ser meramente potencial (véase S. T. S. 27-VI-59). Cfr. ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, pág. 180; CARLO IGELMO: *El despido justo*, Barcelona, 1957, página 521; CASTIÑEIRA apunta, con razón, que esta doctrina debe aplicarse cuidadosamente puesto que la afirmación de que no hace falta perjuicio material ni consumación puede llevar a una interpretación excesivamente extensiva del ámbito de la prohibición (*loc. cit.*, pág. 138).

aunque cerrada, interpretación extensiva (29). En nuestra tradición laboral el término colaboración no se equipara sin más a cuál sea su servicio de trabajo, sino que alude a una actividad muy clarificada. O sea, la expresión colaboración no puede entenderse aquí como atributo normal del trabajo dependiente (30), sino como un criterio de individualización de ciertas actividades, de cierto tipo de funciones o tareas que suponen la colaboración mediata y directa con el competidor, el ser un *alter ego* de éste.

Colaborar parece referirse a una actividad conjunta realizada en pie de igualdad; sólo puede estimarse como colaboración la realización de trabajos de especial importancia y relieve, como es el caso del trabajo directivo. La realización de tareas de este tipo convierte virtualmente a ese trabajador en un competidor de su empleador (31), y por ello el artículo 73 lo prohíbe. Es decir, no se exige, para la existencia de competencia prohibida del trabajador, que necesariamente éste actúe en su propio nombre como empresario, sino que se incluye también su actuación en el mercado por cuenta de otro, apareciendo directamente en este mercado, y no sólo como factor, apoderado o comisionista, sino en cualquier forma de actividad que pueda influir directamente en ese mercado y suponga así efectiva competencia con su empleador. En cambio, tratándose de otros trabajos o actividades no tan cualificados, de puestos meramente ejecutivos, tal posibilidad no existe y por ello quedan fuera de la prohibición legal. Se insiste, pues, que en el artículo 73 al emplear la expresión colaboración se sigue moviendo en la línea del artículo 288 del Código de Comercio y en la del propio artículo 77; lo que se acentúa es ahora el aspecto material o económico por encima del formal: se prescinde del título jurídico o de la fórmula utilizada para llevar a cabo esa actividad competitiva.

#### 7. LIMITACION EXCEPCIONAL DE TRABAJOS COMPLEMENTARIOS

Si se acepta una interpretación restrictiva del artículo 73, 1 como la que acaba de formularse, es claro que el párrafo segundo de ese artículo está haciendo referencia a un supuesto diverso, de un empleo o trabajo complementario o accesorio, no estrictamente competitivo, por ello lícito en principio, salvo que incurra en las notas que dicho párrafo establece. Un ejemplo

(29) Así, SAGARDOY: *El despido laboral y los expedientes de crisis*, Bilbao, 1969, página 97; HERNÁNDEZ MARTÍN: *loc. cit.*, pág. 178.

(30) Cfr. TOSI: *Il dirigente d'azienda*, Milán, 1974, pág. 21.

(31) RAAFLAUB: *Die Treuepflicht*, cit., pág. 47.

ya clásico nos puede servir de aclaración, el del pintor «de brocha gorda». Si un oficial pintor al servicio de una empresa de pintura se dedica en sus horas libres a pintar por su cuenta a particulares, existe el peligro de una desviación de clientela, pues hace competencia a su empresa, por ello entra claramente esa actividad dentro de la prohibición contenida en el artículo 73, 1. Sin embargo, si en la parte del día que tiene libre contrata sus servicios con otra empresa del ramo, donde es uno más dentro del personal de esa empresa, no podemos afirmar que se trate de una competencia mediata, de una «colaboración» con un competidor, ya que no es susceptible ese trabajo de producir una desviación de clientela. No entra, pues, en la prohibición del artículo 73, 1, pero sí podría entrar, si se dieran los requisitos muy estrictos contenidos en el mismo, en la prohibición que establece el párrafo segundo del artículo 73.

El texto de dicho párrafo dista mucho de ser claro, pues se habla de no realizar «obra o trabajo complementario de los que figuren en su contrato»; se alude aquí, sin duda, a la especialización profesional del trabajador en contraste con la expresión «colaborar» que utiliza el párrafo anterior. Aquí no se está haciendo ya referencia al fenómeno de la concurrencia, sino al del empleo de la capacidad profesional del trabajador fuera de la empresa y fundamental, aunque no únicamente, en forma asalariada. Por eso se ha querido ver aquí una conexión con el tema de las incompatibilidades (32), es decir, estimar incompatibles para el trabajador ciertas actividades profesionales fuera del trabajo. Desde luego, la lógica de las incompatibilidades, propia del Derecho público y que en buena parte tiende a proteger a los administrados garantizando la rectitud independiente del funcionario, poco tiene que ver con la problemática laboral de la cuestión (33), pero la sugerencia tiene al menos el mérito de indicar cómo estamos fuera ya del tema estricto de la prohibición de competencia.

Aquí nos enfrentamos con actividades autónomas no competitivas y, sobre todo, con prestaciones laborales asalariadas no constitutivas de «colaboración» con un competidor, en el sentido que le acabamos de dar a esa expresión. Insistimos que nuestro Derecho del trabajo parte de la plena libertad de realizar otros trabajos fuera del propio horario, de trabajos incluso en empresas de la competencia, ya que la especialidad profesional del trabajador lógicamente forzará a buscar un trabajo correspondiente a esa espe-

(32) Cfr. PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, Madrid, 1945.

(33) Así, CASTIÑEIRA: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, cap. I, 3, A).

cialidad y por ello en una empresa del ramo dada la conexión que existe entre especialidad profesional y tipo de empresa. Sin embargo, de la buena fe, de ese deber de fidelidad que denomina nuestra Ley de Contrato de Trabajo, derivan ciertos límites, de forma que algunas actividades que no constituyen competencia en sentido propio ni colaboración, sin embargo, al trabajador se le prohíben por lesionar directamente los intereses de su empleador. Es ese perjuicio concreto el que se estima incompatible con los deberes contractuales y por eso se prohíben al trabajador actividades laborales que en sí mismas, por el hecho de su realización, *por hacerlas ese trabajador y no otro*, ocasionen un perjuicio directo al empleador. Tal es el sentido de la prohibición contenida en el párrafo segundo del artículo 73.

Ese perjuicio no responde sólo a la lógica de la protección de la clientela, que es el fin fundamental de la competencia prohibida, sino que tiene un fundamento más amplio que en su origen se relaciona con la represión de los llamados trabajos clandestinos o «negros», es decir, trabajos lucrativos en el tiempo de descanso para un tercero que es competidor en la misma rama que el empleador de ese trabajador. Aquí se trata no sólo de velar por el objeto del descanso, sino de prohibir «Nebenbeschäftigungen, die gegen die Interessen des Betriebe gerichtet sind», es decir, empleos complementarios que lesionen los intereses de la empresa (34).

El precepto legal es claro: se trata de vedar actividades del trabajador, fundamentalmente de carácter asalariado, que como tales actividades efectivamente ocasionen un perjuicio al empleador. Se tiene que tratar de un perjuicio real, efectivo, actual y ocasionado precisamente por ser el trabajador el que realice ese trabajo, lo cual sólo en casos muy especiales es posible, pues como recuerda Raaflaub «no puede producirse un perjuicio económico directo al trabajador en los casos en los que es empleado en una empresa de la concurrencia sólo en funciones inferiores» (35). En el ejemplo antes citado del pintor es obvio que estaríamos ante un tipo de trabajo que no podría ocasionar por sí mismo perjuicio al empleador. Otro podría ser el caso del cocinero prestigiado, su propia actividad como tal podría perjudicar al empleador si trabajara como tal en su tiempo libre en otro restaurante.

Las condiciones exigidas por el artículo 73, 2 para salirse de la regla general de libertad de actividades fuera del trabajo son especialmente rigurosas: se veda al trabajador ocasionar un perjuicio a su empleador al realizar esas actividades, pero sólo en el caso que las mismas pertenezcan al círculo

---

(34) ENG: «Die rechtliche Behandlung der Schwarzarbeit», Berna, 1957, pág. 58

(35) RAAFLAUB: *Die Treuepflicht*, cit., pág. 45.



de actividades propias de la empresa. Y es además una medida típicamente preventiva, se trata de una prohibición bajo reserva de autorización, lo que permite al empleador cuidar de sus propios intereses denegando o concediendo en cada caso la autorización. Precisamente porque toda esta cuestión está conexas a la idea de buena fe puede derivarse un deber de comunicación del trabajador de aquellas actividades que perteneciendo al propio círculo de producción de la empresa tengan alguna posibilidad de ser susceptibles de lesionar los intereses del empleador (36). También corresponde a la buena fe que el empleador que conozca de tales actividades llame la atención al trabajador; por eso, si no lo hace se estima la existencia, en base a su conducta concluyente, de una autorización tácita o presunta que convierte en lícita la actividad complementaria del trabajador (37).

Las consecuencias de la violación de los deberes establecidos por el artículo 73, 1 y 2, están previstas en la Ley de Contrato de Trabajo sólo desde la perspectiva del despido, solución que muchas veces puede ser contraproducente para el propio empleador. Incluso faltan previsiones similares a las establecidas en los artículos 70 y 71 de la misma Ley, disposiciones que no se pueden aplicar extensivamente a este supuesto, como tampoco lo puede ser el artículo 288 del Código de Comercio. Habrá que aplicar los principios comunes del Derecho privado sobre la posibilidad de un derecho de oposición a esa actividad, tanto frente al trabajador como al tercero, de un resarcimiento de perjuicios, etc. (38).

#### 8. LA LIMITACION DE COMPETENCIA UNA VEZ EXTINGUIDO EL CONTRATO DE TRABAJO: PLANTEAMIENTO

El artículo 74 hace referencia a la competencia una vez extinguido el contrato de trabajo. En la interpretación de dicho artículo la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria han completado el círculo de tendencia ampliatoria de las prohibiciones de actividades externas iniciada con la interpretación extensiva del artículo 73. En síntesis, la corriente doctrinal y jurisprudencial estima en el artículo 74 una eficacia prorrogada del artículo anterior;

(36) Cfr. artículo 3 D. 20-IX-62, sobre régimen laboral especial de los representantes de comercio.

(37) Artículo 73, 3 LCT.

(38) Sobre la «técnica sancionatoria de la obligación de no concurrencia», véase ampliamente, Y. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, cit., págs. 184-199; Y. TASSEL: «L'obligation de non reembauchage», *Droit Social*, 1977, págs. 191-193.

es decir, una prohibición *ex lege* de competencia para el tiempo sucesivo a la extinción del contrato de trabajo (39); según ésto una vez extinguido ese contrato y durante cierto tiempo el trabajador estaría obligado a no hacer competencia a su anterior empleador. La explicación de esta paradójica conclusión está, por un lado, en haberse caído en la trampa de la interpretación sistemática y en una lectura superficial del bastante confuso artículo 74. Pero también se debe a la tendencia a desorbitar la sujeción del trabajador y en especial los deberes de fidelidad. Aún predomina bastante la imagen de la construcción corporativa de la relación de trabajo con una relación jurídico personal y comunitaria que en contraste con la real contraposición de intereses lleva a ampliar desproporcionadamente el contenido de la buena fe exigida al trabajador. El «servicio fiel» supone que el trabajador debe velar por los intereses de la empresa, incluso sacrificando sus legítimos intereses propios, entre ellos el del ejercicio de su propia actividad profesional, y ello incluso luego de extinguida la relación de trabajo, ya que sus efectos, y en particular los del deber de fidelidad, se estiman prorrogados más allá de la duración del propio contrato de trabajo (40).

Una consideración detenida de los intereses reales en presencia debe llevar a una solución distinta, más congruente con la propia esencia del contrato de trabajo, y con el sentido de corrección y buena fe que debe darse, según se ha indicado, al deber de fidelidad. Pero es que además en este punto concreto está en juego un valor fundamental, como es el ejercicio de la libertad de trabajo. Por eso la idea básica a la que se llega en el Derecho comparado es que el fin del contrato de trabajo permite a cada parte, y desde luego al trabajador, recobrar enteramente su libertad. Como sintetiza Lyon Caen, «siendo la regla la libertad de trabajo, el trabajador puede buscar libremente un nuevo empleo, concluir un nuevo contrato de trabajo o establecerse por su cuenta. El empleador no puede exigir ya nada. La nueva actividad del ex trabajador puede constituir perfectamente competencia en relación con su anterior empleador» (41). Es claro que esta libertad tiene el límite general de todo el ordenamiento, es decir, que la competencia que haga el trabajador no incurra en los caracteres de la competencia desleal (42). Pero ello no resulta de ninguna obligación o deber laboral espe-

(39) PÉREZ BOTIJA: *El contrato de trabajo*, cit., pág. 233; ALONSO OLEA: *Derecho del trabajo*, pág. 180; BAYÓN y PÉREZ BOTIJA: *Manual...*, cit., pág. 474.

(40) MONTOYA MELGAR: *Derecho del trabajo*, III, cit., pág. 67.

(41) «Les clauses restrictives de la liberté du travail (clauses de non concurrence ou de non réembauchage)», *Droit Social*, 1963, págs. 81 y sigs.

(42) El antiguo trabajador —nos dice YVES SERRA— deberá mostrarse de una

cífico; aún más, la única regla laboral aplicable en la materia tiene un claro fin de protección al trabajador, tal la del artículo 72 que establece la licitud de la utilización de secretos cuando fuese exigencia justificada de la profesión habitual del trabajador. Es decir, en la colisión de intereses entre el de la profesionalidad del trabajador y el de la limitación de competencia del empleador, prima acertadamente el primero, en un tratamiento claramente más favorable para el trabajador que el que hubiera resultado del Derecho común. No tiene, pues, fundamento el sostener limitada la libertad de trabajo, la posibilidad de ejercicio y promoción de la profesionalidad del trabajador, una vez finalizado el contrato de trabajo, ni tampoco del contexto de la Ley de Contrato de Trabajo parece derivarse el reconocimiento al empleador del derecho de impedir la competencia de su anterior trabajador, sino todo lo contrario. ¿Cuál puede ser entonces el sentido del artículo 74?

La preocupación del empleador de no exponerse a acciones desleales de sus ex dependientes podría ser la razón por la que se intente pasar de una «situación de libertad con la condición de no abusar de ella por acciones desleales» a la de una limitación convencional de la libertad (43). La admisión de tales pactos, en cuanto suponen restricciones a la libertad de trabajo constitucionalmente protegida, y como tal regla de orden público, se ha puesto seriamente en duda. Ya a finales del siglo pasado Lotmar estimó tales pactos contrarios a la moral, tesis que adquirió especial relevancia en la formulación de Straffa, que dio lugar a una polémica que se hizo célebre con Rava (44).

Llama la atención que los autores que defendieron la licitud de los límites convencionales a la competencia lo hacían estableciendo previamente requisitos especialmente rigurosos, en base a cuyos requisitos se podía justificar

---

extrema prudencia velando por no emplear medios desleales, por no ejercer una concurrencia desleal (*L'obligation de non concurrence*, cit., pág. 86). Esto no contradice el principio según el cual el ex trabajador no está vinculado a ninguna obligación de no hacer concurrencia a su antiguo empleador. Cfr. HUECK NIPPERDEY: *Lehrbuch des Arbeitsrecht*, 6.ª ed., t. I, págs. 227 y sigs.; BRUN: «L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports du travail», *Melanges Roubier*, t. II, Paris, 1961, páginas 371-372.

(43) Así, SARAMITO: «Les clauses dites de 'non concurrence'», *Droit Ouvrier*, 1972, página 424.

(44) Sobre esta polémica véase, MONTUSCHI: «Patto di non concorrenza concluso dopo l'estinzione del rapporto di lavoro», *Riv. Trim. Dir. Proc. civile*, 1965, págs. 797 y sigs.; FABRIS: *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro*, cit., págs. 14 y sigs.; PAGLIARO: «Il patto di non concorrenza del prestatore di lavoro», *Riv. dir. ind.*, 1960, páginas 214 y sigs.

precisamente esa licitud, o sea, la aceptación de límites o restricciones, que no supresión, de la libertad de trabajo. A lo que se llega es a un compromiso entre el interés del empleador a mantener su clientela y evitar la competencia de su antiguo trabajador, y el interés y derecho de éste, como cualquier persona, de poder ejercer libremente la actividad profesional que le es propia, compromiso que se traduce en la admisión del sacrificio de ese segundo interés, cuando concurren circunstancias especiales que hagan válido ese pacto. Por eso se habla más bien de una «validez condicionada» de ésta (45). Pero incluso esta admisión condicionada y limitada, que permite una cierta preferencia, aunque compensada, del interés económico del empresario, se somete recientemente a crítica. Benanti estima el pacto de no concurrencia inconciliable con los principios de la vigente Constitución italiana, que tiende a salvaguardar la libertad de trabajo y la dignidad humana (46). También en el ordenamiento francés Saramito sostiene que ello supone la aplicación de principios extraños propios del Derecho mercantil y someter al trabajador a un régimen jurídico restrictivo de su libertad, vedando así la facultad del trabajador de utilizar en su beneficio sus conocimientos profesionales, y por ello defiende una intervención legal que prohíba expresamente esos aspectos y disponga su nulidad (47).

En suma, el panorama comparado nos ofrece dos reglas o postulados: al finalizar el contrato de trabajo el trabajador recupera su plena libertad profesional; sin embargo, bajo ciertas condiciones y requisitos son admisibles pactos expresos que limiten la competencia o el reemplazo para luego de extinguido el contrato de trabajo.

#### 9. SIGNIFICADO DEL ARTICULO 74 DE LA LEY DE CONTRATO DE TRABAJO

De este examen comparado podemos extraer consecuencias valiosas para nuestro ordenamiento. Ya se ha insistido cómo también entre nosotros hay

---

(45) La expresión es característica de la doctrina y jurisprudencia francesa, cfr. LYON CAEN: *Les clauses restrictives de la liberté du travail*, pág. 89; TASSIEL: *L'obligation de non réembauchage*, cit., pág. 181. Sin embargo, no falta quien niega existencia de diferencias entre las clausuras de no concurrencia y «non réembauchage», así SERRA: *L'obligation de non concurrence*, París, 1970, págs. 163 y sigs.

(46) «Il patto di non concorrenza con il lavoratore subordinato», *Riv. Giur. Lav.*, 1966, págs. 34 y sigs. Más recientemente MANCINI insiste en la misma línea «Dovere e libertà di lavorare», *Politica del Diritto*, 1974, págs. 590 y sigs. En contra FABRIS: *Il patto di non concorrenza*, cit., págs. 48 y sigs.

(47) «Les clauses dites de 'non concurrence'», cit., pág. 434.

una expresa tutela de la libertad de trabajo y del interés profesional del trabajador. Del contexto de nuestra Ley de Contrato de Trabajo se confirma lo excepcional de los sacrificios exigibles al trabajador en base a la buena fe y corrección, y desde luego cómo finalizado el contrato ese sacrificio ya no es exigible. No puede ser una excepción a esta regla el artículo 74. Su texto debe ser leído desde una perspectiva de norma protectora para el trabajador respecto a las reglas normales del Derecho común. Es decir, una interpretación teleológica del precepto no puede ser otra sino de que la intención del legislador ha sido proteger especialmente al trabajador, estableciendo la «validez condicionada» de los pactos o cláusulas de no concurrencia, es decir, condicionar su validez a que se cumplan todos y cada uno de los requisitos que en el texto legal figuran (48). Afirmar ésto no es ni siquiera forzar la interpretación literal del artículo, aunque hay que reconocer que no fue muy feliz la traducción literal del parágrafo 37 del proyecto Potthoff, que al aludir a la prohibición de competencia, lo estaba haciendo en el sentido germánico equiparable al pacto de no competencia, y no en ningún caso queriendo hacer referencia a una prohibición *ex lege*. La utilización de la expresión para el lector no perteneciente al idioma en que se gestó el término puede dar lugar a confusión y es por ello criticable. Sin embargo, del contexto del propio artículo que habla de «convenido» se extrae sin mucha dificultad que la intención de la ley, y el único sentido lógico del precepto, no puede ser otro sino el de *establecer límites legales a los pactos o cláusulas de no competencia*, evitando así el que haya tenido que ser la jurisprudencia, como ha ocurrido en otros países, la que haya tenido que construir a lo largo de sucesivas decisiones los límites aplicables a esos pactos. No existe, pues, en el ordenamiento español una prohibición legal o una eficacia prorrogada del deber de no concurrencia, sino que, como se ha puesto de relieve entre nosotros (49), el sentido del artículo 74 es precisamente el contrario, intenta proteger no el interés del empleador a que no se le siga competencia, sino el interés del trabajador a que no se le limite sino muy justificadamente su libertad de

---

(48) En este sentido debe afirmarse parafraseando a FABRIS que el artículo 74 tiene un doble contenido, prohibitivo por un lado, impidiendo toda restricción que no sea la contenida en la norma, y permisiva por otro lado,, al admitir ciertos pactos siempre que se cumplan unos determinados requisitos (*Il patto di non concorrenza*, cit., página 59).

También en el plano mercantil se insiste en que para un pacto pueda prohibir válidamente a un individuo ejercer una determinada actividad profesional, deben darse determinados requisitos para impedir que sea nula por la ilicitud de su objeto, cfr. Y. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, cit., págs. 10 y sigs.

(49) Cfr. CASTIÑEIRA: *loc. cit.*, págs. 187 y sigs.

trabajo. Y para garantizar esa tutela especial del trabajador contiene una disciplina rigurosa y completa de tales pactos, similar a la existente en otros países, y centradas en tres puntos fundamentales: límite temporal, necesidad de compensación económica y limitación de las actividades vedadas a sólo aquellos en las que existe un interés económico efectivo del empleador. Con todo ello se pretende permitir al trabajador el continuar en lo posible la actividad profesional que le es propia, aunque sin competir directamente con su anterior empleador (50).

#### 10. EL CARACTER DE «PACTO»

Hemos venido hablando de pactos siguiendo la terminología comparada que alude al respecto a pactos o cláusulas. Esta terminología ha planteado en otros países la duda del ámbito de aplicabilidad de las restricciones al pacto de no concurrencia. El debate se centra, en síntesis, en decidir si los límites legales a estos pactos, son sólo aplicables a las cláusulas contenidas en un contrato de trabajo, o se aplicaría también a pactos autónomos, no ya al inicio del contrato o durante su transcurso, sino también al término del mismo, o en un período sucesivo a la extinción del contrato. Quienes han justificado la existencia de restricciones legales o jurisprudenciales a los pactos de no concurrencia, en base a un vicio implícito de voluntad, es decir, a que el trabajador pendiente de la relación de trabajo no estaría en condiciones de proteger adecuadamente sus intereses, por el *status subjectionis* o el miedo reverencial al empleador, afirman que la restricción a estos pactos sólo se aplicará mientras esté pendiente el contrato de trabajo (51). Quienes, al contrario, insisten en que lo que se protege fundamentalmente es la libertad de trabajo del trabajador y ven la razón de ser de los límites en la exigencia de garantizar la libertad de trabajo contra posibles actos de disposición por parte del titular, aun contando con una voluntad libre de toda coacción externa, mantienen la postura de que es indiferente el momento de realizar el pacto para la aplicación de dichos límites (52). Si se estima que el fin del

(50) Así, TASSEL: «L'obligation de non réembauchage», cit., pág. 189.

(51) Cfr. GUGLIELMINETTI: «Patto de non concorrenza per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro», *Dir. Ec.*, 1959, pág. 705 y *Limiti negoziali della concorrenza*, Padova, 1961, pág. 278; PAGLIARO: «Il patto di non concorrenza», cit., página 206; IZZI: «Il divieto di concorrenza del prestatore di lavoro», en *Il diritto del lavoro*, 1966, pág. 73.

(52) MONTUSCHI: «Patto di non concorrenza concluso dopo l'estinzione del rapporto di lavoro», cit., págs. 806 y sigs.; TESTI: «Sull'applicabilità dell'art. 2.125 C. c. ai

artículo 74 es tutelar al ejercicio de la libertad de trabajo, disponible sólo dentro de ciertos y muy precisos límites que impidan al trabajador pactos o convenios que limiten su posibilidad de empleo, no hay ningún motivo para entender que ésto sólo deba tener lugar dentro de los límites temporales del contrato de trabajo, salvo que se quiera llegar a la falsa conclusión de que todos los derechos laborales son disponibles una vez extinguido el contrato de trabajo (53). Por ello, siempre que la causa del convenio tenga su origen en el previo contrato de trabajo, y su objeto sea limitar el reemplazo o la concurrencia del ex trabajador, es claro que se aplica el artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo, cuyo texto es además en este punto bastante genérico y simplemente habla de «prohibición... para después», siendo pues el objeto de la prohibición y no el momento de pactarse ésta el presupuesto para la aplicación de la norma (54).

El ámbito subjetivo de la disposición, es decir, si se aplica también a supuestos que no son de trabajo subordinado, es otra pregunta que se ha formulado la doctrina. Se trata, pues, de decidir si los requisitos a los que el artículo 74 subordina la validez de los pactos de no concurrencia son exigibles también a los casos en los que el sujeto pasivo del pacto no sea trabajador subordinado, sino, por ejemplo, un contratista autónomo, un profesional libre, etc. La colocación sistemática del precepto, dentro de la Ley de Contrato de Trabajo, su sentido literal que habla de «contrato de trabajo», «trabajador», «empresario», permite entre nosotros una respuesta negativa a la pregunta, de forma que el artículo 74 sólo se aplicará a los supuestos de trabajadores subordinados y no a otros.

Dado el carácter negocial del pacto son aplicables al mismo, como condicionantes de su validez, no sólo los requisitos explicitados en el artículo 74, sino también los principios generales del derecho de los contratos, en espe-

---

patti di non concorrenza stipulati dopo la cessazione del contratto di lavoro», *Archv. Giur.*, 1967, pág. 174; FABRIS: *Il patto di non concorrenza*, cit., pág. 91.

(53) Cfr. OJEDA AVILÉS: *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid, 1971, páginas 247 y sigs.; VILLA: «El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales», *RPS*, 85, pág. 7 y sigs.

(54) Si la *ratio* de la norma es la tutela de la libertad de trabajo y trata según hemos dicho de prohibir en general la estipulación de pactos que limitan el desarrollo de la actividad profesional del trabajador, admitiendo sólo excepcionalmente la validez «conlicionada» de ciertos pactos cuando se den determinadas circunstancias legalmente previstas, no hay ninguna razón para eliminar la aplicación del precepto por la simple circunstancia de haberse extinguido el contrato de trabajo, puesto que el fundamento de la prohibición-limitación, la defensa de la libertad de trabajo, permanece. Cfr. FABRIS: *Il patto di non concorrenza*, cit., págs. 91 y 144.

cial los referentes al consentimiento, a la capacidad y a la forma, puesto que los relativos al objeto y a la causa están explicitados en el propio artículo. Respecto al consentimiento ninguna peculiaridad plantea el pacto: en materia de capacidad regirán las normas especiales aplicables al contrato de trabajo, al contrario de lo que sucede en otros ordenamientos que impiden al menor de edad pactos de este tipo (55).

Tampoco dice nada el artículo 74 sobre requisitos formales. Sin embargo, dado que hemos sostenido que la prohibición de competencia sólo puede resultar de un pacto expreso entre el trabajador y el empleador, cuya realidad debe demostrarse y no puede presumirse y ello «en razón a las precisiones que debe comportar la cláusula en cuanto a la extensión de la obligación suscrita por el trabajador» (56), cabe afirmar que aunque no se haya previsto por la ley, un acuerdo escrito será siempre necesario (57).

## 11. LOS LIMITES LEGALES AL PACTO

De los requisitos expresamente exigidos por el artículo 74 el que menos problemas plantea es el de la *duración*, ya que se fijan límites expresos y tajantes bajo la fórmula un tanto equívoca de la caducidad. Dichos límites son, desde luego, máximos, es decir, aplicables a falta de pacto que establezca una duración menor. Y el respeto de los límites no impide que en base a las exigencias del interés efectivo pueda ser solicitada la reducción de la duración del pacto, sobre todo si se tiene en cuenta que el límite temporal, en especial para los técnicos, es bastante generoso y superior a los que normalmente ofrece el Derecho comparado.

Bastante incertidumbre plantea el tema de la *compensación* a recibir por el trabajador. Que es necesaria la compensación es claro que sin la misma, e incluso sin el abono efectivo de la misma, el pacto es inválido. Pero la ley no dice nada más allá de subordinar la validez del pacto a la contraprestación. Del contexto del artículo parece deducirse que esa indemnización no deberá pagarse en forma de una prestación única al fin de los servicios, sino que la ley está pensando en la continuidad de un pago periódico durante el tiempo de vigencia del pacto, permitiendo así la variación de la cuantía en función de la duración de la prohibición. En cuanto a su fijación, el artícu-

(55) Cfr. CASTIÑEIRA: *loc cit.*, pág. 191. La mayoría de edad es exigida por los ordenamientos, alemán, holandés, italiano y francés. Cfr. TASSEL: *op. cit.*, pág. 182.

(56) SARAMITO: «Les clauses dites de 'non concurrence'», *cit.*, pág. 528.

(57) Cfr. ALONSO GARCÍA: *Curso de Derecho del trabajo*, *cit.*, pág. 491.



lo 74 se remite, y sólo, al pacto singular entre trabajador y empleador. Significa ésto que la compensación de perjuicios sufridos por el trabajador a resultas de la prohibición se deja a la autonomía de la voluntad. Sin embargo, desde la perspectiva de que se trata en buena parte de un salario de inactividad puede sostenerse la tesis de que es susceptible de corrección el resultado del acuerdo entre las partes, no sólo respecto al obvio problema de la revalorización de la indemnización pactada en un momento anterior al del efecto del pacto, sino incluso al más delicado de la posible revisión de la indemnización pactada, es decir, aceptada por el propio trabajador. El artículo 74 habla de indemnización «oportuna», este calificativo podría servir de base para admitir un poder de revisión judicial de la cuantía de dicha compensación. Hoy la tendencia comparada suele poner en conexión la indemnización en función del salario y hacerla un porcentaje del mismo (58).

La justificación por el empresario de «un efectivo interés industrial y comercial en el asunto», es el tema que afecta en el artículo 74 no sólo a la validez originaria del pacto, sino incluso a su subsistencia, ya que la influencia del ordenamiento alemán hace subordinar la validez y el mantenimiento de la prohibición a la existencia de un «interés real» del empleador (59).

Efectivamente, en interés del empleador es por lo que se limita la competencia del anterior trabajador. Pero para evitar que se trate de un mero convenio restrictivo de la libertad de competencia en perjuicio específico de ese trabajador, sólo se admite la licitud de los pactos para proteger de forma

---

(58) Cfr. LYON CAEN: «Les clauses restrictives de la liberté du travail», cit., página 95.

(59) Cfr. PIDOUX: *La prohibition de concurrence dans le contrat du travail*, Lausanne, 1969, pág. 96.

También en la doctrina francesa se afirma que «la libertad del hombre sólo puede ser alienada en beneficio de un tercero que tenga un interés legítimo» (DECOQ, citado por SERRA: *L'obligation de non concurrence*, cit., pág. 13). Para la doctrina italiana, véase, por todos, GUGLIEMETTI: *Patto di non concorrenza*, cit., pág. 703.

Precisamente por establecerse la prohibición de competencia en interés a este crédito, renuncia que no podía perjudicar al trabajador, pues así obtiene la completa libertad de trabajo; la prohibición de competencia no puede convertirse en un beneficio económico o fuente de renta del trabajo (TASSEL: *op. cit.*, pág. 196). Sin embargo, habría que matizar esta afirmación, pues aun siendo cierto que en el pacto se tutela fundamentalmente un interés empresarial, no es menos cierto la bilateralidad de ese pacto, y consecuentemente que su denuncia extemporánea puede ocasionar un perjuicio directo al trabajador que aunque recobre su libertad de trabajo puede que no encuentre una ocupación inmediata. Nuestra Ley de Contrato de Trabajo al hablar de caducidad del pacto por falta de pago de la percepción parece, no obstante, dar la razón a la opinión doctrinal citada.

efectiva al empleador de la posible competencia diferencial que podía producirle su anterior trabajador, conocedor de las interioridades de la empresa, de sus peculiaridades de fabricación y comerciales, y con un más fácil acceso a la clientela de ese empleador que cualquier tercero. A todo ello se incluye también hoy la idea del coste de formación, pues puede resultar injusto que un profesional preparado y bien formado a costa de un empleador pueda emplearse con otro empleador de la competencia que se beneficie de una capacidad profesional que él no ha costado. «Divulgación de los secretos de fabricación o de negocios, succión de la clientela, estos son los dos grandes riesgos contra los que el empleador tiene interés en protegerse por medio de una cláusula de no competencia. Existe igualmente otro riesgo que a veces puede ser considerable: suministrar a un concurrente un trabajador que haya adquirido con el primer empleador una formación especial» (60). Lo que la ley quiere es que ese interés sea un interés efectivo, y a la efectividad de ese interés se condiciona no sólo la subsistencia, sino también el alcance del pacto.

La lógica de la norma es, pues, admitir sólo los límites a la actividad del anterior trabajador imprescindibles para asegurar ese interés del empleador, es decir, para evitar el perjuicio específico que le provocaría la actividad de ese trabajador. Precisamente por estar en función de ese perjuicio el alcance del pacto puede incluir no sólo la competencia en sentido propio, es decir, la competencia hecha directamente por el anterior trabajador que se instala y compite como empresario con su antiguo empleador, sino también la participación en una empresa de la competencia y, en concreto, el trabajo para un nuevo empleador competidor del primero (61). En este sentido la expresión pacto de no competencia es una elipsis y sería más correcto hablar de pactos de no competencia y no reemplazo (62).

De la exigencia legal parece derivarse que sea cual sea el objeto de la prohibición (no competencia y no reemplazo) no puede limitarse por completo la futura actividad del trabajador, pues el objeto del pacto debe estar constituido por la prohibición de ciertas actividades al trabajador, pero no de todas, de forma que no se impida al trabajador el desarrollo de cual sea ac-

---

(60) VAUCHAMARD: *Les clauses de non concurrence dans le contrat de travail*, París, 1936, pág. 14.

(61) Cfr. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, cit., págs. 162 y sigs.; PIDOUX: *La prohibition de concurrence*, cit., pág. 42.

(62) Cfr. BRUN: «L'évolution du régime de la concurrence irrégulière dans les rapports du travail», cit., pág. 375.

tividad profesional (63). La referencia al interés del empleador sirve, pues, para circunscribirse al ámbito funcional y espacial de la prohibición, que no puede alcanzar lo que sobrepasa a ese interés.

En cuanto al límite espacial puede sostenerse que la extensión espacial del pacto sólo es admisible dentro de las fronteras del territorio en el que la empresa realiza efectivamente su actividad (64) y por ello puede extenderse a todo el territorio nacional si la empresa realiza su actividad en todo el territorio y ello responde además al interés efectivo del empleador. Es decir, no es necesario que coincida el territorio de actividad de la empresa con el límite espacial de la prohibición, puesto que al ser decisivo el interés efectivo, éste puede exigir una reducción de actividad de un menor ámbito (65).

El límite en el campo profesional es el que ha dado lugar a mayor debate en la doctrina. La idea de competencia nos puede servir aquí de punto de partida; el tipo de actividades que se prohíben al trabajador es el de las que resulten concurrencia con su anterior empleador. Ello hace referencia fundamentalmente al tipo de empresa que se cree o para la que se trabaje. El objeto de la empresa del empleador originario es el que determina así, por de pronto, el límite de la actividad prohibida del trabajador. A la doctrina más reciente esa limitación le parece demasiado genérica, ya que para muchas especialidades profesionales el cambio de rama de actividad, o sea, una movilidad horizontal, es bastante difícil (66).

Dado que el interés legítimo del empleador funciona aquí como justificador de la aceptación del pacto, pero entendido éste como excepción a la regla de la libertad del pleno ejercicio de la actividad profesional, en el contexto del artículo 74 tienen fácil cabida esas preocupaciones y, por tanto, la posibilidad de garantizar al trabajador de alguna forma el ejercicio de su actividad profesional, no colocándolo en una situación real de imposibilidad de procurarse cualquier trabajo, pues esto sería inadmisibles aun en el caso de

(63) Cfr. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, cit., págs. 155 y sigs.; FABRIS: *Il patto de non concorrenza*, cit., pág. 92.

(64) Cfr. LYON CAEN: «Les clauses restrictives de la liberté du travail», cit., pág. 91; SARAMITO: «Les clauses dites de 'non concurrence'», cit., pág. 426; PIDOUX: «La prohibition de concurrence dans le contrat de travail», cit., pág. 49.

(65) «No se puede sostener en verdad que la zona prohibida al trabajador deba necesariamente coincidir con la esfera territorial del empresario, cosa que no podrá acaecer con certeza cuando la empresa tenga dimensiones nacionales o incluso extranacionales. En tales casos la zona debe determinarse teniendo presente los respectivos intereses de las partes en el contrato y será el resultado del equilibrio de estos intereses» (FABRIS: *Il patto di non concorrenza*, cit., pág. 106).

(66) Cfr. FABRIS: *Il patto de non concorrenza*, cit., págs. 92 y sigs.

que la compensación económica que recibiera el trabajador fuera muy sustanciosa. Sería contrario al orden público como atentatorio a la libertad un pacto dirigido a impedir al trabajador, sin más, su posibilidad de reemplazo. En nuestra ley al exigirse que el interés del empleador deba ser lo suficientemente importante para justificar una limitación de la libertad de trabajo, implícitamente se está pensando en una situación de equilibrio de intereses de la que resulte no una supresión de la libertad de trabajo, sino una mera limitación de la misma. Y una vía para conseguir esto es aceptar que el límite funcional del pacto no afecta sólo a la actividad desarrollada por la anterior y la nueva empresa, de forma que no se pudiera trabajar para una empresa de la competencia, sino también a la actividad desarrollada anteriormente por el trabajador. Podríamos decir con Fabris que «el deber que grava sobre el trabajador a consecuencia del pacto de no competencia debe ser delimitado no sólo en relación con la actividad desarrollada por la empresa, sino también, y sobre todo, en relación con la actividad que el trabajador desarrollaba en el extinguido contrato de trabajo» (67). Ello significa admitir un margen residual de actividad profesional que el trabajador podría desarrollar en empresas del ramo, cuando esa actividad no coincidiera ni fuera similar con la anteriormente desarrollada, ni fuera susceptible por ello de producir una desviación de clientela basada precisamente en la actividad laboral anterior de ese trabajador, que es lo que precisamente tiende a evitar el pacto, eliminando toda posibilidad de confusión con su antigua empresa en las relaciones con la clientela (68).

Esta prohibición de no competencia incluye, como es obvio, toda forma de ejercicio de la actividad prohibida, tanto por cuenta ajena en forma de contrato de trabajo como por cuenta propia directa o indirecta (por ejemplo, a través de una sociedad).

El pacto podrá contener expresamente la descripción de las actividades prohibidas al trabajador y sus modalidades. En otro caso, habrán de deducirse las circunstancias del caso. Tanto en uno como otro caso, el art. 74 es muy elástico y deja un amplio margen de apreciación judicial, en especial en lo referente a estimar si el interés del empleador es o no digno de protección y, por ello, si debe admitirse o no la limitación de la libertad de trabajo del trabajador (69). Los amplios poderes que la Magistratura de Trabajo tiene implícitamente reconocidos en la materia le permitirán no sólo declarar

---

(67) *Il patto de non concorrenza*, cit., pág. 102.

(68) Cfr. SERRA: *L'obligation de non concurrence*, cit., pág. 166.

(69) CASTIÑEIRA: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, cit., pág. 204.

en su caso válido o inválido un pacto, sino también, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, reducir los límites de actividad o de tiempo, e incluso revisar la indemnización pactada (70). Esta elasticidad y este amplio margen de apreciación permite hablar del «carácter pragmático de la obligación de no reemplazo», que es rebelde a fórmulas teniendo el juez la constante preocupación de mantener el equilibrio entre los intereses contradictorios de las partes, de forma que la limitación de la extensión de esta obligación ha de verse más como una condición de validez que como una medida de aplicación (71).

Nada dice el artículo 74 de las consecuencias del incumplimiento del pacto por parte del trabajador, mientras que, al contrario, se explicita, y con bastante rigor, las consecuencias de la falta de abono por el empleador de la indemnización convenida. Precisamente en el Derecho comparado, mucha de la jurisprudencia existente en la materia ha nacido de litigios derivados de contratos concluidos con presunta violación del pacto. Esa práctica comparada permite comprobar la dificultad de establecer sanciones efectivas, diferentes a la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, que supone la suspensión del pago de la indemnización para garantizar el cumplimiento de una obligación de no hacer como la que resulta del pacto. Precisamente por ello no faltan experiencias de pactos expresos de cláusulas penales que acompañan a los pactos de no competencia y cuya licitud ha sido admitida con algunas reservas (72). En cualquier caso, la solución obvia es la exigencia de una indemnización de los daños y perjuicios que la violación del pacto haya ocasionado al empleador, y en tanto además dure la actividad prohibida.

La ejecución forzosa del pacto, de forma que impida directamente la actividad del trabajador, resulta bastante difícil no sólo por su difícil coercibilidad ni por el efecto relativo del pacto, que carece en principio de efectos hacia terceros, sino también porque faltan entre nosotros sanciones típicas para la concurrencia desleal, que pudieran aplicarse analógicamente a estas hipótesis de concurrencia anticontractual. Es evidente, como señala Fabris, que la declaración sobre la violación del pacto trae consigo necesariamente, teniendo por objeto la violación de una obligación de no hacer inexigible coactivamente, la inhibición de la continuación de tal actividad. En el caso

---

(70) Cfr. PIDOUX: «La prohibition le concurrence dans le contrat du travail», cit., página 51.

(71) TASSEL: «L'obligation de non réembuchage», cit. pág. 190.

(72) Así, LYON CAEN: «Les clauses restrictives», cit., pág. 99. En favor de la validez, TASSEL: *loc cit.*, pág. 193; SERRA: *L'obligation...*, cit., pág. 189; FABRIS: *Il patto...*, cit., página 134.

que el anterior trabajador emprenda por cuenta propia una actividad empresarial el juez podrá condenarle al cierre del establecimiento, empresa, etc., además de la eventual indemnización del daño (73). Si la violación del pacto se canaliza a través de la constitución de una nueva relación de trabajo en nuestro ordenamiento faltan fundamentos para afirmar la nulidad de ese contrato de trabajo y en base a ello imponer su cesación, como defienden algunos en la doctrina comparada (74). El contrato de trabajo en violación del pacto resulta así perfectamente válido, puesto que el pacto sólo tiene efectos entre las partes que lo celebraron. Aún más a menos que la actividad del nuevo empleador pueda ser constructiva por sí misma de desleal el que emplea a un trabajador que viola el pacto de no competencia, ni siquiera actúa el mismo ilícitamente (75). Por todo ello, puede afirmarse que «el tema del incumplimiento se suele reconducir al de indemnización de daños y perjuicios» (76).

MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO

---

(73) *Il patto...*, cit., págs. 135-140.

(74) TASSEL: «L'obligation...», cit., págs. 194 y sigs.

(75) Cfr. LYON CAEN: «Les clauses restrictives», cit., pág. 99; FABRIS: *Il patto di non concorrenza*, cit., pág. 139.

(76) CASTIÑEIRA: *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, cit., pág. 205.