

La prohibición de concurrencia desleal. Notas sobre la evolución legal y jurisprudencial.

por

Antonio Baylos Grau*

SUMARIO: I. Sentido y función de las normas limitativas de la competencia. II. El punto de partida: la regulación de la concurrencia en la LCT. III. El deber de no concurrencia vigente el contrato de trabajo en el ET. IV. El pacto de no concurrencia extinguido el contrato: análisis del artículo 21 ET. V. A modo de resumen.

I. Sentido y función de las normas limitativas de la competencia

El reconocimiento de la libertad de trabajo en el artículo 35. 1. de la Constitución tiene sin duda importantes consecuencias sobre los criterios a través de los cuales se han fundamentado las obligaciones de abstención de concurrencia o competencia derivadas del contrato de trabajo y sobre el propio alcance de esas obligaciones de abstención una vez extinguido dicho contrato.

No obstante, un correcto planteamiento de esta cuestión no puede olvidarse que tales obligaciones son sólo una modalidad específica del régimen jurídico de la protección de la competencia, conectado, a su vez, con la defensa de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, reconocida como derecho constitucional en el artículo 38, por lo que sólo a través de una referencia previa a dicho régimen —básicamente instrumentado a través de normas jurídico-mercantiles, pero también mediante disposiciones administrativas y penales— puede valorarse adecuadamente la especialidad que se produce en el marco de la relación de trabajo.

La propia noción de competencia y, por tanto, la de concurrencia, que, pese a las diferencias semánticas evidentes¹, se utiliza aquí como equivalente a la primera requiere algunas precisiones. Dentro de una concepción amplia, la competencia supone siempre una situación de oposición o contienda entre determinados sujetos para el logro de sus fines económicos, en la medida en

* Profesor Titular de Derecho del Trabajo en la Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid.

que éstos aparecen como coincidentes en su ámbito de actuación y mutuamente excluyentes². La competencia así definida constituye un elemento organizativo fundamental de la sociedad capitalista en su definición liberal clásica, y debe, por tanto, ser garantizada normativamente frente a las desviaciones que, por defecto o por exceso, se producen en la práctica, aunque dentro de la relatividad que para esa protección se deriva de las tendencias de concentración y centralización del capital y de las nuevas formas de consumo de masas y publicidad. De ahí que el tratamiento de esta materia por parte de la doctrina mercantilista se centre, fundamentalmente, en la delimitación entre formas lícitas y formas ilícitas de competencia y así Garrigues, tras señalar que la concurrencia mercantil es una manifestación del principio de libertad de actuación económica en virtud del cual las empresas pueden actuar independientemente para conseguir cada una de ellas en el mercado el mayor número de contratos de una misma clientela, destaca que la concurrencia mercantil es relevante para el Derecho cuando se conecta con las normas necesarias para su protección³. Estas se clasifican tradicionalmente en dos grupos relativos, respectivamente, a las disposiciones que integran la normativa sobre las prácticas restrictivas de la competencia, que tratan de debilitar el juego de ésta mediante actuaciones colusorias o a través del abuso de una posición de predominio en el mercado, y las disposiciones que tienden, por el contrario, a moderar el juego exacerbado de la competencia, tipificando y sancionando formas de comportamiento ilícitas en este campo, en cuanto que éstas pueden implicar un "fenómeno opuesto de degeneración en la lucha de la competencia", si bien debe tenerse en cuenta la lógica tendencia de los empresarios a "calificar como actos desleales a simples actos de competencia"⁴.

Esta última modalidad de la acción normativa frente a la competencia, que es la que, en definitiva, interesa a efectos de este trabajo, presenta, a su vez, una doble caracterización, según se refiera a una prohibición de competencia absoluta en sentido subjetivo o configure prácticas objetivamente desleales vinculadas al medio utilizado para concurrir, que el Convenio de la Unión de París define en su artículo 10.b) como "las contrarias a los usos honestos en materia industrial y comercial". En España este tema se regula en los arts. 131 y 132 de la Ley de Propiedad Industrial de 16 de mayo de 1992. La prohibición (subjetiva) de competir, sea legal o contractual en su origen, prescinde de ese elemento de ilicitud objetiva para configurar un mandato de abstención puro. En los supuestos de prohibición de origen legal, se detecta, sin embargo, claramente que la ley parte de una calificación ideal de ilicitud de la conducta practicada por determinadas personas ligadas a la empresa con la que compiten por un vínculo de sociedad o de dependencia, y que por su conocimiento de la organización y de la esfera de actuación de aquélla, se encuentran en una posición ventajosa para competir⁵, por lo que el desarrollo de acciones concurenciales en estas circunstancias constituiría una conducta agraria a la buena fé contractual.

Así, y por lo que se refiere a las relaciones de carácter asociativo, los artículos 136 y 137 del Código de Comercio establecen, con distinto alcance, según la determinación del objeto social, prohibiciones de este carácter con respecto a los socios de sociedades colectivas, que revisten una mayor intensidad

respecto al socio industrial, el cual no podrá ocuparse de negociaciones de especie alguna (artículo 138)⁶. Por su parte, el artículo 83 de la Ley de Sociedades Anónimas prevé que "los administradores que lo fueren de otra sociedad competidora y las personas que bajo cualquier forma tuvieran intereses opuestos a los de la sociedad cesarán en su cargo a petición de cualquier socio y por acuerdo de la Junta General". El artículo 12 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada señala que los administradores no podrán dedicarse, por cuenta propia o ajena, al mismo género de comercio que el que constituye el objeto de la sociedad. En cuanto a las relaciones de dependencia, el artículo 288 del Código de Comercio prevé que los factores no pueden "traficar por cuenta particular, ni interesarse, en nombre propio o ajeno, en negociaciones del mismo género de las que hicieren por cuenta de sus principales" y el artículo 300.2 del mismo Código considera causa especial para que el comerciante pueda despedir a sus dependientes el que éstos realicen alguna negociación de comercio por cuenta propia.

El examen de los preceptos anteriores muestra que las relaciones basadas en la cooperación (asociativas) o en la subordinación (prestación de servicios por cuenta ajena) tienden a excluir la incidencia de acciones concurrenciales paralelas por los motivos ya indicados, si bien hay que tener en cuenta que dichos preceptos limitan la vigencia de esta prohibición a la duración de la respectiva relación de base, sin extenderla al período posterior a la extinción de aquélla. Con todo, se advierte cómo la prohibición se amplía en los casos en que resulta implicada una prestación de trabajo. Ello ocurre tanto en el caso de relaciones asociativas, cuyo objeto es la aportación de una actividad (socio industrial), como en las de dependencia (auxiliares del comerciante) respecto de las que no opera el límite del objeto coincidente o del interés objetivamente opuesto que modula su alcance en el caso de los socios colectivos o los administradores sociales. De ahí que la prohibición de concurrencia en estos supuestos, son cláusulas de interdicción más propias de la "plena dedicación", no trate ya sólo de prevenir formas competitivas, sino también, muy especialmente, de incrementar la subordinación a la empresa creando lo que algún sector doctrinal califica como una dependencia constante y total vinculada a "la obligación de poner a disposición del principal... toda la energía de trabajo y en el deber de procurar *exclusivamente* el interés de la empresa"⁷.

Esta conclusión reviste un especial interés a la hora de contemplar la funcionalidad de estas prohibiciones desde una perspectiva valorativa constitutiva, en la medida en que la defensa de la libertad de empresa, en cuanto garantía de la proyección efectiva de ésta en un mercado no trabado por prácticas desleales (artículo 38 de la Constitución) debe hacerse a costa de una reducción del ámbito de la libertad de trabajo (artículo 35), al limitar la libertad de emplearse en actividades concurrentes.

Las prohibiciones subjetivas de concurrir constituyen, por tanto, un supuesto típico de colisión entre derechos constitucionales⁸, en el que vuelve a ponerse de relieve la relatividad de éstos, su carácter no absoluto, en expresión de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981, y la necesidad de que la Ley establezca las correspondientes limitaciones que, con garantía del contenido esencial de los derechos afectados, permitan lograr un

cierto equilibrio en su ejercicio. El problema reside en determinar cuándo estas limitaciones constituyen restricciones razonables frente a un ejercicio que invade otras esferas de protección constitucional y cuándo operan fuera de este ámbito actuando, en realidad, como un elemento arcaico de intensificación de la subordinación del trabajo al capital⁹.

II. El punto de partida: la regulación de la concurrencia en la Ley de Contrato de Trabajo

La recepción de este sistema mercantil de prohibiciones de competencia en el ordenamiento laboral se produce en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931¹⁰, que con algunas modificaciones pasa a la Ley de Contrato de Trabajo de 26 de enero de 1944 (en adelante LCGT), que, en sus artículos 73 y 74, distinguirá entre el deber de no concurrencia durante la vigencia de la relación laboral y la subsistencia de esa obligación una vez extinguida aquélla. Por su parte, el artículo 77 consideraba, en su apartado g), como causa justa de despido el hacer negociaciones de comercio o de industria por cuenta propia o de otra persona sin autorización del empresario¹¹; precepto que reitera el apartado h) del artículo 33 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo.

La obligación de no concurrencia durante la vigencia del contrato parecía configurarse técnicamente como una prohibición absoluta en el artículo 73 de la LCT, a tenor del cual “el trabajador está obligado a no hacer concurrencia a su empresario, ni a colaborar con quienes se la hagan”. La redacción de la norma llevaba a pensar que no se trata de una mera declaración de ilicitud de la competencia desleal con el empresario, calificada en función del medio empleado para competir, sino de una auténtica prohibición subjetiva de toda forma de concurrencia. La prohibición se extiende además tanto a las actividades por cuenta propia realizadas por el trabajador como a la prestación de trabajo por éste para un competidor del empresario. Sin embargo, el carácter problemático del término concurrencia y el hecho de que no toda actividad laboral es idónea para producir un efecto competencial real y, por tanto, auténticamente lesivo para la empresa, llevó a algún sector de la doctrina científica a matizar el alcance de la prohibición, especialmente a la vista de que el párrafo segundo del artículo 74 contenía otra prohibición relativa en este caso a la realización de obras o trabajos complementarios (para otros empresarios, se entiende). Tal prohibición se limitaba, sin embargo, por la doble exigencia de que esas actividades complementarias pertenezcan a la rama industrial o comercial de la empresa (condición sin la que, por lo demás, no existe concurrencia propiamente dicha) y de que perjudiquen a aquélla. Con fundamento en este precepto, Rodríguez Piñero consideró que la prohibición incondicionada del párrafo primero del artículo 74, afectaba exclusivamente a la actividad concurrencial por cuenta propia del trabajador o a “la realización de trabajos de especial importancia y relieve” para un empresario de la competencia, de forma que el trabajador mediante la realización de estas tareas concurrenciales cualificadas se convirtiera virtualmente en un competidor de su

empresario, mientras que la interdicción de la actividad concurrencial complementaria se subordinaba a que la misma fuese susceptible de producir un perjuicio real al empleador, que éste debe probar¹¹.

La jurisprudencia no sólo no incorporó estas matizaciones, sin duda importantes para reducir la prohibición a sus justos límites, sino que realizó una interpretación claramente extensiva del alcance de ésta. Para ello, en primer lugar, procedió a calificar sin más toda actividad concurrente como competencia desleal, con la consiguiente sanción de ésta en cuanto quiebra del “deber de fidelidad” y estableció, además, una presunción “iuris tantum” de la existencia de perjuicio para la empresa por la mera realización de trabajos objetivamente concurrentes por cuenta propia y ajena. En este sentido, las Sentencias del TCT de 29 de octubre de 1980 (Ar. 5429), 19 de noviembre de 1980 (Ar. 5966) y 29 de enero de 1981 (Ar. 516) identifican los conceptos de “actividad concurrente” y “competencia desleal”, y la Sentencia del mismo Tribunal de 7 de julio de 1981 (Ar. 4761) considera que por concurrencia desleal hay que entender “toda actividad competencial de carácter económico que persiga la colocación en el mercado del mismo producto o la oferta de bienes y servicios de igual o similar naturaleza que los producidos por el empresario contra el que se compete”. Esta asimilación entre actividad concurrente y competencia desleal permite en la práctica aplicativa hacer abstracción de que las actividades desarrolladas por el trabajador para otra empresa sean efectivamente relevantes para el efecto competitivo desplegado por ésta. Desde esta perspectiva, se destaca incluso en determinados pronunciamientos relativos a actividades marginales desarrolladas, en sus “horas libres”, por los trabajadores para otra empresa, que no les da de alta en el correspondiente régimen de la seguridad social, el claro perjuicio (que) para la empresa se deriva de esta actuación, pues “soportando las cargas sociales del trabajador y aún el abono de los períodos legales de inactividad... mal puede competir con otras que ilegalmente obtienen el fruto del trabajo sin tan onerosas contraprestaciones” (Sentencias del TCT de 4 de noviembre de 1980, Ar. 5587, y 14 de octubre de 1981, Ar. 5836). De esta forma, las infracciones imputables al empresario concurrente se convierten en un elemento de agravación del incumplimiento del deber de fidelidad del trabajador.

El mero desarrollo de una actividad laboral para una empresa concurrente, con independencia de las características de dicha actividad, es suficiente, por tanto, para estimar la existencia de una infracción de la obligación establecida en el artículo 73 de la LCT, ya que esta identificación conceptual entre mera concurrencia (directa o indirecta) y competencia desleal se completa, en la interpretación jurisprudencial, con una extensión similar de la noción de perjuicio. Este se concibe de manera que cualquier actividad concurrential resulte, salvo prueba en contrario, perjudicial para la empresa con independencia de que haya causado o no una lesión apreciable al interés económico de aquélla. Así la jurisprudencia señala que el concepto de perjuicio debe entenderse “en sentido muy amplio, por lo que no se exige que sea material, ni que se haya consumado, debiendo aplicarse la presunción “iuris tantum” de que todo trabajo en actividad idéntica o análoga produce perjuicio”, especialmente cuando se da una coincidencia de ámbitos territoriales (Sentencia del TCT

de 24 de noviembre de 1981, Art. 6850). No obstante, esta jurisprudencia se modera, al exigirse una actuación real y específica y no un mero propósito o intención de concurrir. Las negociaciones concurrentes deben ser, según la Sentencia del TS de 18 de mayo de 1970, Art. 2610, "actuales, sin que la intención, el propósito ni aún las gestiones encaminadas a ponerse en situación de realizar aquéllas o (de) establecerse por su cuenta, sean suficientes" para estimar la existencia de una causa de despido, pues la "simple intención o propósito de una futura posible competencia es expresión de una pretensión de mejoramiento económico y social que no va contra el derecho" (Sentencia del TCT de 29 de septiembre de 1980, Art. 4649).

A través de estas dos vías interpretativas la prohibición del artículo 73 de la LCT queda reforzada frente a cualquier planteamiento de flexibilización, mientras que, por otra parte, esta línea claramente expansiva en la proyección del deber de fidelidad actúa también ampliando su ámbito de aplicación, de forma que éste acaba por comprender los supuestos de suspensión del contrato de trabajo como la excedencia (Sentencia del TCT de 26 de febrero de 1980, Art. 1089) y el servicio militar (Sentencia del TCT de 6 de julio de 1978, Art. 3793).

En cuanto a la concurrencia para después de extinguido el contrato de trabajo, su regulación se contenía, también en términos bastante confusos, en el artículo 74 de la LCT, a tenor del cual, "la prohibición de concurrencia para después de terminado el contrato de trabajo caducará transcurridos dos años para los trabajadores y cuatro años para los empleados técnicos, o cuando el empresario se haya negado a pactar con el trabajador o el empleado la oportuna indemnización durante los citados años o, una vez convenida, dejare de pagarle y, en todo caso, cuando no justifique el empresario un efectivo interés industrial o comercial en el asunto".

La dicción del precepto introducía la idea de una obligación contractual, cuya vigencia se mantenía una vez extinguido el contrato de base sin que, por tanto, fuese necesario un nuevo pacto estableciendo un deber de abstención para el antiguo trabajador. Ese deber se condicionaba a la existencia de un auténtico interés de empresa en esa abstención y al abono de la correspondiente compensación económica por parte de aquélla. Dándose estas dos circunstancias el trabajador estaba obligado a no concurrir y esta obligación se configuraba claramente como una consecuencia natural del contrato de trabajo extinguido en el sentido precisado en el artículo 1258 del Código Civil cuando extingue la obligatoriedad de los contratos "a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley".

Por otra parte, esa obligación se configuraba de forma absoluta sin condicionarse, por tanto, al eventual desarrollo de prácticas competenciales ilícitas por parte del trabajador en el sentido, ya precisado, de las conductas constitutivas de una deslealtad objetiva.

Esta fue la construcción mayoritariamente aceptada por la doctrina científica, para la cual, concebida la abstención de competencia como un deber de lealtad general del trabajador, el precepto contenido en el artículo 74 se limitaba a dotar de eficacia post-contratual a ese deber aclarando así su alcance temporal¹². Sólo desde alejñ sector minoritario, se promusó una interpretación

ción más favorable a la libertad de trabajo, destacando que el artículo 74 no contenía una prohibición de la concurrencia del trabajador, sino que, por el contrario, venía a garantizar la libertad de éste frente a posibles presiones empresariales, al establecer unas condiciones mínimas para la validez del pacto de no concurrencia. No existía así una obligación de abstenerse de realizar actividades de competencia con respecto al anterior empleador, derivada "naturalmente" del contrato de trabajo extinguido, sino que tal obligación debía de pactarse expresamente y este pacto, respetar las condiciones previstas en el artículo 74¹³.

La jurisprudencia coincidió con la construcción que se ha calificado como mayoritaria, y así la Sentencia del TCT de 26 de febrero de 1980 (Ar. 1089) continua afirmando, tras el reconocimiento de las libertades de trabajo y de empresa como derechos constitucionales, que "esa obligación genérica esencial a la relación laboral (el deber de lealtad)... declarado en (el) artículo 73 subsiste incluso después de terminado el contrato por los plazos de caducidad que señala el artículo 74 de dicha Ley... y sólo puede quedar enervada por el conocimiento y consentimiento del empresario". La Sentencia del TCT de 25 de marzo de 1981 (Ar. 2091) insiste en estimar que el artículo 74 "impone al trabajador la prohibición de hacer concurrencia al empresario". La prohibición nace de la ley que viene de esta forma a aclarar y a condicionar un deber que surge en el seno de la relación laboral anterior y en el mismo sentido la Sentencia del TS de 8 de junio de 1981 (Ar. 2702) pone especial énfasis en el carácter legal de la prohibición, aunque conectándola funcionalmente a que "el empresario, como obligación recíproca a tal prohibición, asuma la de satisfacerle la oportuna indemnización por la limitación profesional que la Ley impone a aquél". Es el interés de la empresa el que prima en esta construcción sobre la libertad de trabajo y, si bien ese interés debe quedar suficientemente acreditado, como recuerda el propio TS en su Sentencia de 23 de octubre de 1982 (Ar. 6239), para evitar restricciones abusivas, el mismo se impone en caso de conflicto aún cuando la concurrencia que pueda realizar el trabajador no pueda calificarse objetivamente como desleal.

III. El deber de no concurrencia durante la vigencia del contrato de trabajo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET)

El art. 21.1 ET supone un cambio significativo e importante respecto del régimen que imponía el art. 73 LCT. Frente a la prohibición absoluta de hacer concurrencia al empresario y colaborar con quienes se la hagan, la referencia literal en el ET a la concurrencia desleal contiene una "substancial diferencia de planteamiento" como ha reconocido la doctrina laboralista¹⁴. Esta especial cualificación de la conducta concurrente se derivaría además del reconocimiento constitucional del derecho al trabajo, e implicaría la utilización de un criterio restrictivo a la hora de interpretar el art. 21.1 ET "cuyo efecto limitador de la libertad individual de contratación es obvio"¹⁵. A través de este precepto se estaría introduciendo la noción doctrinal de "competencia diferencial" como específica adaptación de lo desleal al ámbito de la relación

nes de trabajo, que se caracteriza por el hecho de que se ejercita desde el interior del organismo productivo, abarcando así conductas que son ilícitas justamente por realizarlas el trabajador no siéndolas si las desarrolla un tercero ajeno a la empresa¹⁶. En síntesis, se puede entender que, a partir del ET, la actividad del trabajador competitiva con la de su empresario sólo resulta prohibida "en aquellos supuestos en que por sí misma sea una competencia desleal con arreglo a la normativa específica mercantil o bien porque la situación del trabajador en la empresa le permita situarse en una posición de ventaja en la competencia que realiza a su empresario por las posibilidades de desviación de clientela en su favor o por el aprovechamiento de sus conocimientos acerca de las técnicas productivas y organizativas y de la situación financiera y comercial de la empresa"¹⁷.

Este es, pues, el contenido de la concurrencia desleal del trabajador del art. 21.1 ET, que incluye tanto el trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena del mismo, siempre que reúna estas notas definitorias. Por esta vía, es también defendible una necesaria interpretación restrictiva de la prohibición de competencia en aquellos supuestos en los que la prestación del trabajador no se produzca, es decir, en los casos de suspensión del contrato de trabajo, y especialmente en los casos de excedencia forzosa o voluntaria del trabajador¹⁸. Al igual que ocurría bajo el ámbito de la LCT, se requiere también la coexistencia de determinados requisitos para que la prohibición de concurrencia desleal alcance sus efectos. Resumidamente, se refieren, en primer lugar, a la entidad o importancia de las actuaciones que integran la competencia desleal del trabajador, a la producción de un perjuicio al empresario mediante la misma, y, en último lugar, a que dicha actividad del trabajador no haya sido autorizada por la empresa o, en su caso, consentida por ésta. Se trata de notas configuradoras que siguen teniendo importancia en la nueva regulación normativa de la prohibición de concurrencia desleal a las que ya se ha hecho referencia.

La regulación de las relaciones de trabajo de carácter especial suministra también ejemplos que confirman el cambio normativo que se ha producido en el ET en esta materia. Así, en lo que respecta al **personal de alta dirección** el art. 8.1 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, establece para este colectivo una situación más gravosa que la prevista para el resto de los trabajadores: la celebración del "contrato especial de trabajo" por parte de los trabajadores que desempeñen funciones de alta dirección, lleva consigo una prohibición absoluta de realizar otro trabajo por cuenta ajena salvo pacto en contrario o autorización del empresario; ésta se presume cuando la vinculación a otra empresa fuera pública y no se hubiese hecho expresa exclusión de ella en el contrato. Al margen de la indeterminación en que deja dicho Real Decreto al trabajo por cuenta propia concurrente, parece que en estos supuestos, la norma ha partido del dato de que el trabajador directivo está en condiciones óptimas, por su estratégica posición interna en la unidad productiva, de producir los efectos de desviación de clientela o de favorecimiento del empresario competidor por sus conocimientos técnico-organizativos, financieros y comerciales, etc. En consecuencia, ha estimado más cómodo y eficaz establecer una prohibición absoluta en la línea del antiguo art. 73 LCT, con las matices

cones aludidas. Esta especialidad respecto del régimen general prescrito en el art. 21.1 ET parece fundamentarse en la "recíproca confianza" y en las particulares "exigencias de la buena fe" que rigen la relación laboral del personal de alta dirección, según el art. 2.º del citado Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto.

Durante la vigencia de la LCT, los representantes de comercio, quedaron exceptuados de lo preceptuado por el art. 73 de aquella. Interpretando el Decreto 2412/1962, de 20 de septiembre, la doctrina entendió que, a salvo de la existencia de un pacto expreso que contuviera la prohibición de colaboración con empresas competidoras, sólo les estaba vedada la realización de actividades empresariales competidoras por cuenta propia¹⁹. Por su parte, el art. 8.1 del Real Decreto 2033/1981, de 4 de septiembre, consideraba causa de extinción del contrato la "actuación desleal" y la "competencia indebida", con lo que se ampliaba el ámbito de la prohibición. El Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, desarrolla, sin embargo, con más precisión el tema en su art. 9.º principalmente: según éste, el representante de comercio debe "desarrollar su actividad de promoción de manera correcta, evitando cualquier actuación que pueda suponer competencia desleal con otras empresas o que pueda perjudicar al prestigio o a los intereses del empresario, circunstancias éstas cuya prueba corresponde al empresario" (apartado b); además está obligado a "no prestar servicios a empresas competidoras" (apartado f) y a "dar a conocer al empresario las otras empresas a las que presta sus servicios, y a obtener la autorización de aquél para asumir nuevos compromisos con otras empresas si así se hubiese pactado" (apartado g). Esta regulación especial de la no concurrencia, busca, en un lado, reducir la "actividad libre" del representante²⁰ pero, de otro, supone una mayor determinación del mandato general del artículo 21.1 ET que se puede tener en cuenta, de forma análoga, para interpretar dicho artículo en su aplicación a supuestos concretos.

Sin embargo, todas estas apreciaciones no han tenido reflejo en la jurisprudencia. Se trata de un hecho ya conocido y señalado por la doctrina²¹ pero no por ello menos sintomático; se corresponde con una precisa concepción ideológica y valorativa de la empresa y de las relaciones de trabajo que se siguen manteniendo pese a la reforma legislativa verificada, y al nuevo orden de valores que se deriva de la Constitución.

Así, las últimas decisiones del TCT siguen manteniendo las constantes que la jurisprudencia pre-estatutaria había venido marcando, ignorando o trivializando expresamente el cambio normativo realizado por el ET. Algunas de ellas hacen hincapié en la sorprendente tesis de la subsistencia del art. 73 LCT por la vía de la Disposición Final Cuarta del Estatuto de los Trabajadores (Sentencias de 15 de febrero de 1983, Ar. 1242, 15 de noviembre de 1983, Ar. 9654 y 17 de mayo 1985, Ar. 3197), que viene a suponer que el deber de no concurrencia no ha sido regulado en dicho texto legal, o que, regulado, reproduce en sus mismos términos lo prescrito por el art. 73 LCT, lo que, como se ha visto al analizar el art. 21.1 ET, no puede mantenerse dadas las innovaciones que éste introduce²². Estas decisiones hacen expreso el continuismo jurisprudencial en esta materia que, por otra parte, se evidencia, sin necesidad de dicha apoyatura legal, en otras sentencias.

Para la doctrina mayoritaria sostenida por el TCT, que sigue en este punto los criterios ya examinados en el epígrafe 2 de este trabajo, es concurrencia desleal la simple dedicación a las actividades laborales de la misma naturaleza y rama que las que se están ejecutando en virtud el contrato de trabajo, sin autorización del empresario. Se continúa exigiendo la existencia de un perjuicio al empresario, pero éste se presume "iuris tantum" por el hecho de tratarse de un trabajo en análoga o idéntica actividad, y máxime si se desarrolla en la misma ciudad²³. Puede ser ilustrativa la cita textual de alguna Sentencia: según la de 19 de mayo de 1983 (Ar. 4475) puede el operario trabajar en otro empleo "pero con la condición de que en este segundo no se incida en concurrencia desleal, es decir, no vaya en perjuicio de los intereses industriales y comerciales de la empresa principal; y como el perjuicio se presume "iuris tantum" si se trabaja en actividad idéntica y para empresa ubicada en el mismo municipio... aunque no existe lucro personal... sin que la liberalidad se presume nunca... y no siendo necesario por último acreditar operación tras operación de las realizadas por el trabajador en desleal concurrencia, bastando la sorpresa "in fraganti" en la última realizada...". En el mismo sentido, la de 17 de mayo de 1985 (Ar. 3197).

Desde estos parámetros, parece coherente que el hecho de haber trabajado para otra empresa del mismo sector estando en situación de excedencia voluntaria, concuile el deber de no hacer concurrencia desleal que continúa vigente durante la suspensión del contrato de trabajo (Sentencia del TCT de 10 de enero de 1984, Ar. 116, aunque es doctrina modificada en S. de 23 de mayo de 1985, Ar. 3355). A la misma conclusión se llegará en el caso de trabajadores por cuenta propia: "si se produce concurrencia por el hecho de ser trabajador de otra empresa dedicada a la misma actividad, con mayor motivo existirá si se es empresario en las mismas circunstancias"; más aún, en este caso el TCT teoriza sobre la oposición entre el derecho a la libre empresa del art. 38 de la Constitución y el deber de trabajar del art. 35 de dicho Texto fundamental: "...que se reconozca la libre empresa como uno de los derechos dimanantes de tal norma fundamental, nada tiene que ver con los deberes laborales del trabajador procedentes del art. 35 del mismo texto, los cuales suponen precisamente en el extremo comentado una salvaguarda del buen fin de la Empresa" (Sentencia de 11 de enero de 1984, Ar. 143). De esta forma, la prohibición absoluta de concurrencia con el empresario encontraría su encaje constitucional en el deber de trabajar del art. 35, deber que se traduce en lograr el buen fin de la empresa, es decir, el beneficio del empresario. Sin embargo, y desde otro aspecto, la imputación al trabajador de actuaciones de competencia con su empresa realizadas por terceras personas que tienen alguna relación de parentesco con él, solo puede realizarse en los supuestos comprobados de su intervención o coautoría, sin que esta pueda presumirse (Sentencia de 17 de septiembre de 1985, Ar. 5171).

La jurisprudencia del TS mantiene esta tendencia interpretativa, aunque en su conjunto resulta algo más matizada que la del TCT. Para el TS, con la nueva regulación estatutaria nada ha cambiado respecto de la anterior, los arts. 73 y 74 LCT han sido recibidos por los artículos 5 y 21 del ET como "forma de expresión de la lealtad que recíprocamente se deben empleadores y

empleados" (Sentencias de 17 de enero de 1984, Ar. 57 y 14 de noviembre de 1985, Ar. 5779); no es necesario que se dé un ánimo de lucro en la actividad concurrente (S. 14 de septiembre de 1985, Ar. 4305) y para su transgresión basta con que se den determinados requisitos: "a) actividad por cuenta propia o de otra persona del género que desempeña la empresa a la que pertenece, b) que cause perjuicio a la empresa si bien no es necesario que sea material ni se haya consumado, ya que todo trabajo en actividad análoga produce perjuicio y c) que se realice sin autorización del empresario" (Sentencias de 25 de enero de 1984, Ar. 94 y 11 mayo 1985, Ar. 2696); esto supone, desde luego, una falta a los deberes de lealtad y fidelidad a la empresa a la que se presten servicios (Sentencias 7 febrero 1984, Ar. 847 y 11 febrero 1985, Ar. 629), deberes que están absolutamente vigentes también en las relaciones especiales de trabajo como las de representantes de comercio, pese a la posibilidad de trabajar por cuenta de uno o varios empresarios (S. 12 de junio 1985, Ar. 3390).

Por otra parte, el hecho de que el trabajador no intervenga formalmente en la constitución ni dirección de empresas dedicadas a la misma actividad, es también indiferente en tanto exista una participación real en la misma (Sentencias de 14 septiembre 1985, Ar. 4305 y 6 noviembre 1985, Ar. 5728), puesto que la actividad desarrollada en su empresa "no puede verificarse con el mismo interés que la que pueda desarrollarse en la compañía de la que es socio y ostenta cargos, al proporcionarle ésta mayor ventaja" (S. 7 noviembre 1985, Ar. 5740). La lealtad recíproca, que quiebra el hecho de realizar una actividad, en horas y días libres, en empresa de análoga actividad industrial, se refuerza aún más si el trabajador en concurrencia es miembro del Comité de Empresa, puesto que por tal cualidad "está obligado a ser fiel cumplidor de las obligaciones laborales, ofreciéndose a los compañeros como ejemplo, así para exigir derechos como para cumplir obligaciones" (Sentencia 20 de marzo 1986, AL 1986, n.º 24, R. 522).

Pese a este enfoque predominantemente basado en una concepción comunitaria de la Empresa, en donde cobran una relevancia especial y exorbitante conceptos como los de lealtad y fidelidad²⁴, el TS pondera, junto a estos elementos, otros conceptos que le acercan a la noción de concurrencia desleal descrita en el art. 21.1 ET. Así, "la colaboración de forma directa, con sus conocimientos y experiencias, a la buena marcha de la empresa competidora" (Sentencias de 25 de enero de 1984, Ar. 94 y 19 julio 1985, Ar. 3820), un "elemento intencional, revelador de una premeditada conducta desleal" (S. de 17 de abril de 1984, Ar. 2105) o la "comisión del acto con consciencia" (S. 2 de julio 1985, Ar. 3658). Evidentemente el conocimiento por la empresa de la actividad concurrente del trabajador impide su concepción como desleal (Sentencia 17 julio 1985, Ar. 3792). En algunas ocasiones este componente restrictivo juega un papel mayor. Así, en la importante Sentencia de 7 de mayo de 1984, Ar. 2972, que analiza un supuesto de negativa de reintegro a una excedencia voluntaria. La cita textual es larga, pero de interés, al hacer jugar el deber de lealtad derivado del contrato de trabajo: "La Sentencia recurrida a juicio del actor infringe por violación el art. 35-1 de la Const. en relación con el art. 4-1 a) del Estatuto de los Trabajadores, motivo que debe

prosperar porque, como complemento a las apreciaciones jurídicas contenidas en las anteriores fundamentaciones de esta misma sentencia hay que poner de relieve que dicho precepto constitucional, al declarar en su ap. 1.º el deber de trabajar y el derecho al trabajo de todos los españoles, así como el de elegir libremente la profesión u oficio, está fijando ya una línea interpretativa, en orden a las situaciones controvertidas como la que es objeto de este proceso, que ha de ser perfectamente coherente con los principios ordenadores de nuestro sistema jurídico, teniendo en cuenta: 1) Que la Constitución lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que sean objeto de desarrollo por la vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento, y en cuanto tal vinculante para todos los poderes públicos y ciudadanos conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional—entre otras la sentencia de 28 de abril de 1982—; 2) El derecho al trabajo no se agota en la libertad de trabajar sino que supone también el derecho a un puesto de trabajo—S. del T. Const. de 2 de julio de 1981—; 3) En razón a la ubicación del citado art. 35 dentro del Título I de la Constitución—reconocimiento como ya se ha dicho, del derecho al trabajo de todos los españoles—, dentro de los llamados derechos y deberes fundamentales, obviamente ha de ser rechazado cualquier sentido o alcance del precepto que pueda restringir aquel derecho, sin una razón plenamente justificada que en este caso no se da, pues ni siquiera aparece acreditado que la declaración de excedencia voluntaria se condicionaría a ninguna especial obligación en el sentido limitativo de la futura actividad laboral ni en ningún otro, por lo que manteniéndose el vínculo contractual de la empresa con el trabajador aunque ciertamente suspendidos sus efectos, es evidente que el deber de lealtad, cuyos límites han sido fijados por esta Sala en Sentencias cuya enumeración por extensa y conocida, resulta innecesario recordar, no puede alcanzar la significación y relieve que la Sentencia de instancia le otorga, y 4) El Estatuto de los Trabajadores en su art. 4.1 a) tipifica de manera expresa el derecho constitucional fundamental al trabajo y la libre elección de profesión u oficio, cuya interpretación ha de hacerse en función de las consideraciones ya formuladas, por todo lo cual ha lugar a la estimación del motivo²⁵.

Esta doctrina ha sido asumida además directamente por el TCT, modificando anteriores posturas. La Sentencia del TCT de 23 de mayo de 1985, Ar. 3355, en efecto, reitera textualmente los argumentos transcritos. Además, para este Tribunal, la situación de excedencia voluntaria presenta otras peculiaridades que la eximen de una aplicación rígida del deber de no concurrer en prestaciones de la Seguridad Social, y el trabajo realizado durante la excedencia voluntaria tampoco puede influir sobre el estado físico del trabajador, como ocurre cuando se prestan servicios durante la baja por enfermedad o accidente²⁶.

De forma más general, y no referida a un supuesto concreto como el analizado, la Sentencia del TS de 19 de julio de 1985, Ar. 3520, hace girar el derecho al trabajo—la libertad de trabajo—como principio y el deber de no con-

comportamiento subjetivo que por el “conocimiento de datos de interés sobre la marcha y proyectos de la empresa, producción o clientes” o “por colocar a la competidora en una situación de ventaja al trabajar en ella en régimen de clandestinidad en cuanto a cotizaciones o retenciones” o por otra forma como una “memoria de actividad”, pudiera ser acreditado e integrar así el incumplimiento del deber estipulado en los arts. 5 d) y 21.1 del ET.

Esta jurisprudencia más matizada incorpora elementos de flexibilización más acordes con el art. 21.1 ET. No obstante, a grandes rasgos, la reorientación jurisprudencial sobre la prohibición de concurrencia desleal continúa anclada en la regulación pre-estatutaria, y niega cualquier virtualidad reformadora de dicha norma, por lo que cabe apreciar una falta de coherencia entre la evolución legal y los criterios de aplicación jurisprudencial.

IV. El pacto de no concurrencia después de extinguido el contrato de trabajo. Análisis del art. 21.2 ET

El art. 21.2 ET ofrece, también innovaciones de importancia respecto de su antecedente normativo, el art. 74 LCT. En efecto, dicho artículo prescribe que “...el pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada”.

Como puede apreciarse tras una simple lectura de la norma, frente a la prohibición de concurrencia que se contenía en la LCT, el nuevo precepto se refiere al “pacto de no competencia”, acortándose, además, de modo significativo, los topes temporales máximos y suprimiendo cualquier referencia a la “caducidad” de aquella. “Donde antes había una prohibición que se imponía, si concurrían las circunstancias precisas para ello, al trabajador, ahora se requiere un pacto entre éste y su empresario para que la libertad de trabajo del primero después de extinguido el contrato de trabajo pueda verse limitada”, como ha resumido DURAN²⁶. Esta parece ser una conclusión admitida casi unánimemente por la doctrina, que vincula genéricamente la obligación de no hacer competencia al pacto estipulado expresamente y no al conjunto de deberes derivados del contrato de trabajo, como sin embargo se teorizaba con anterioridad²⁷. En la jurisprudencia del TS se detecta también esta tendencia; la Sentencia de 7 de mayo de 1984 (Ar. 2972) diferencia también esta tendencia; la Sentencia de 7 de mayo de 1984 (Ar. 2972) diferencia también esta tendencia; “el deber básico” recogido en el art. 5.º ap. d) ET del “pacto de no competencia” regulado en el 21.2 de dicha norma.

Esta conclusión está justificada por el impacto que sobre este tema tiene el reconocimiento, en el art. 35 de la Constitución y en el art. 4.1 a) del ET, del derecho al trabajo²⁸. El fin o término del contrato de trabajo permite a cada parte y desde luego al trabajador, recuperar su libertad contractual, de forma que es plenamente lícito que éste busque un nuevo empleo, concluya un nuevo contrato de trabajo o se establezca por su cuenta. El empresario no puede

exigir, a salvo de la conclusión del pacto de no concurrencia, y a salvo de la ilicitud de aquellas prácticas que puedan objetivamente configurarse como desleales, una limitación de esta libertad²⁹. Esta es también la orientación que se aprecia en la regulación de algunas relaciones laborales de carácter especial; para altos cargos y representantes de comercio, la no concurrencia post-contratual requiere pacto expreso.

Esta configuración normativa obliga a atender prioritariamente a las estipulaciones concretas que se contengan en el pacto individual suscrito entre trabajador y empresario. La exigencia del art. 21.2 de que el empresario tenga un "efectivo interés" en éste podría interpretarse en el sentido de entender que el contenido de dicho pacto ha de limitarse a establecer la obligación de abstención, por parte del trabajador, de aquellas actividades, por cuenta ajena o por cuenta propia, que impliquen concurrencia desleal con su antiguo empresario en el sentido y con las notas caracterizadoras que se han señalado en el apartado anterior, y que integran la noción doctrinal de la concurrencia "diferencial"³⁰.

El pacto de no concurrencia puede celebrarse vigente el contrato de trabajo, o al extinguirse aquél; su duración, de 6 meses a 2 años depende de la cualificación profesional de los trabajadores³¹; el art. 8.3 del R.D. 1382/1985 de 1 de agosto y el art. 10.4 del R.D. 1438/1985, de 1 de agosto, fijan también el plazo máximo de dos años para altos cargos y representantes de comercio respectivamente. La compensación económica que se determine en dicho pacto tiene, para la doctrina, carácter indemnizatorio no salarial³², y para su fijación parece imprescindible acudir a lo que determinen las partes, y siempre para su interpretación, no para su establecimiento, puede intervenir el Magisterio de Trabajo. El módulo de su cuantía venía siendo calculado sobre el salario que percibía el trabajador en la empresa, criterio que sigue manteniéndose en alguna relación laboral de carácter especial como la de representantes de comercio. El art. 10.4 del citado R.D. 1438/1985, de 1 de agosto, entiende que se ha cumplido el requisito de satisfacer la "compensación económica adecuada", cuando se hubiera indemnizado al trabajador por la clientela conseguida por él en los términos que prescribe el art. 11 de dicha norma. En este precepto y como criterio general, se estipula que el importe de dicha indemnización se calcula sobre el importe medio del total de las comisiones percibidas por el representante durante los últimos tres años o período inferior en su caso. La doctrina, sin embargo, mantiene que también debería formar parte del cálculo de dicha compensación económica, la "ocasión de ganancia", de la que debe abstenerse el trabajador³³.

Hay, sin embargo, alguna norma específica que pondera de manera especial la contribución del antiguo empresario a la personalidad profesional del trabajador, lo que se traduce en una indemnización por cuenta del nuevo empresario del trabajador al primero. Así lo estipulaba, para los deportistas profesionales, el art. 9 b) del Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero, denominándolo "derecho a una indemnización de preparación o formación". El vigente art. 14.1 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, mantiene esta indemnización pero como materia reservada a la pactación en convenio colectivo.

El TCT ha precisado el sentido y la función de este precepto. En su Sentencia de 3 de marzo de 1985, Ar. 2255, anuló los pactos entre la AFE y los Clubs de Fútbol celebrados en 1979 y 1981 sobre la prórroga forzosa de los contratos al carecer éstos del carácter normativo de los convenios; la Sentencia de 7 de marzo de 1986 (AL 1986, n.º 17, R. 378), anula unos acuerdos celebrados por la Liga Profesional de Fútbol Profesional en 1985 sobre la indemnización por formación al club de procedencia en la medida en que tal indemnización sólo es posible mediante su pactación en convenio colectivo y no por decisión unilateral de los clubs o por acuerdos "interempresas"; ello encuentra su justificación en el hecho de que "aun cuando el jugador, una vez extinguido su contrato laboral por expiración del plazo convenido con el club anterior, lograse llegar a un acuerdo para contratar sus servicios con un segundo club, el hecho de estar éste obligado a pagar al de procedencia una importante cantidad... puede muy bien retraerle e impedir la realización del contrato, con lo que en definitiva, se coarta la libertad de contratación y se viola el principio de libre elección de empleo proclamado en el art. 35.1 de la Constitución", lo que viene a suponer, además, la resurrección del sistema de prórrogas forzosas de los contratos de dichos jugadores.

El requisito, por último, de la justificación técnica o comercial para la validez del pacto de no concurrencia puede también tener virtualidad, como se ha señalado³⁴ para limitar posibles exigencias abusivas del empresario de celebración de dicho pacto como condición para la contratación.

Y. A modo de resumen

La evolución jurisprudencial sobre la prohibición de concurrencia desleal permite concluir que en general, no se han incorporado los elementos novedosos que aporta la reforma de este aspecto de las relaciones de trabajo en el ET. La jurisprudencia sigue anclada en una concepción rígidamente comunitaria de la empresa, y otorga un valor excepcional a la lealtad como rasgo definidor típico de la relación de trabajo. Esta constatación, incluso en las últimas decisiones tanto del TCT como del TS, debe ser criticada por cuanto no parece compatible con el esquema conceptual del que parte el propio ET. La adecuación de la interpretación jurisprudencial a los esquemas cambiantes del contrato de trabajo, sin adherencias personalistas y con mayor atención a los elementos objetivos que contextualizan la relación de trabajo, puede resultar una pretensión oportuna.

Desde luego que existen ya algunas decisiones que darían pie a una corrección de estas tendencias y a redimensionar de forma más adecuada este tema. Así, se pueden apreciar dos líneas coincidentes en esta misma finalidad: en primer lugar, la que introduce como límite y guía interpretativa en esta cuestión el derivado del art. 35 CE, el derecho al trabajo y la libertad de elección de profesión u oficio. Es de destacar que este límite es utilizado por la jurisprudencia con más facilidad en supuestos en los que la incorporación real del trabajador a la empresa no se da o se halla extremadamente debilitada, como en los de la excedencia voluntaria, o en aquellos que afectan al pacto de no

concurrencia para después de extinguido el contrato, como en el de los futbolistas profesionales. Pero es un argumento a desarrollar y profundizar también en otros casos en los que la relación laboral sigue "viva", con plena vitalidad y despliegue de efectos. Para ello puede constituir una buena ayuda la segunda de las vías que aparecen en algunas de las decisiones comentadas, las que hacen hincapié en la necesidad de una conducta subjetiva específica del trabajador, en la valoración del contexto en el que se produce la competencia y la posición del trabajador en la empresa, o en fin, en el posible daño que se origina a ésta como elementos constitutivos de la competencia desleal. Ponderando e impulsando estos argumentos, por el momento minoritarios en la interpretación jurisprudencial, se lograría situar en sus justos términos el tema, adecuando así la aplicación judicial al texto legal y armonizando con excepciones defensoras de un exorbitante interés de empresa que, interpretado unilateralmente, subsume en él al trabajador y sus potencialidades de trabajo impidiéndole cualquier posibilidad de trabajo por cuenta propia o ajena en esa misma actividad que no sea autorizada por el empresario.

NOTAS

1. La distinción entre competencia y concurrencia se establece en función de que la primera "marca su acento en el hecho de la lucha entre los empresarios..., mientras que la concurrencia quiere destacar la circunstancia de que los empresarios ejercían una actividad paralela", *cf.* F. SANCHEZ CALERO, "Institución de Derecho Mercantil", Madrid, 1982, pp. 85-86. Para un análisis de la diferenciación, *cf.* SENEN DE LA FUENTE y otros "comentario a la legislación española sobre represión de las prácticas restrictivas de la competencia", Madrid, 1964. En el mismo sentido, J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, "Prohibiciones de competencia y contrato de trabajo", Madrid, 1977, p. 115.
2. Sobre las distintas construcciones doctrinales de la competencia, J. GARRIGUES, "La defensa de la competencia mercantil", Madrid, 1964, desde la doctrina inabordable, J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, págs. 118-123.
3. J. GARRIGUES, "Curso de Derecho Mercantil", Tomo I, Madrid, 1982, p. 223.
4. F. SANCHEZ CALERO, *op. cit.*, p. 86 y 91.
5. J. GARRIGUES, *op. cit.*, p. 239.
6. *Cf.* M. VERGEZ SANCHEZ, "El socio industrial", Madrid, 1972.
7. J. GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 663 y 670. *Vid.* M. RODRIGUEZ PIÑERO "Límites a la concurrencia y contrato de trabajo" en RPS, n.º 116, 1977, p. 9, para quien "asegurar una «dedicación mayor»... es quizá la idea central a la que se acompaña la de la posible rivalidad comercial".
8. Para una colisión similar en relación con las normas limitadoras del pluriempleo, *vid.* T. SALA FRANCO, "El régimen jurídico del pluriempleo en el ordenamiento español", Madrid, 1985, págs. 18 y 19.
9. M.R. ALARCON CARACUEL, "Derecho al trabajo, libertad profesional y deber de trabajar", en RPS n.º 121, 1979, p. 36.
10. Sobre los antecedentes históricos de esta recepción, *cf.* J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, págs. 51-87.
11. M. RODRIGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, págs. 16 y 18. Por su parte, J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 177, entendía que el ordenamiento "debería limitarse a proteger a los empresarios de todo aquello que suponga competencia desleal, de todo acto contrario a los usos honestos en materia industrial o comercial".
12. Una síntesis de esta construcción en J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, p. 185 y RODRIGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, pp. 21-24.
13. Esta posición en CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, pp. 187-190 y RODRIGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, pp. 24-26.
14. *Cf.* F. DURAN LOPEZ, "Pacto de no concurrencia", en AA.VV. "El Estatuto de los Trabajadores", tomo V, Madrid, 1985, pág. 161.
15. *Cf.* M.ª F. FERNANDEZ LOPEZ, "Competencia desleal: el cambio normativo y la posición de la jurisprudencia", RPS, n.º 142, 1984, pág. 249.
16. *Cf.* M.ª F. FERNANDEZ LOPEZ, *op. cit.*, pág. 253-254; sobre la noción de competencia diferencial, M. RODRIGUEZ PIÑERO, *op. cit.*, pág. 10, incorporada de la elaboración doctrinal italiana.
17. F. DURAN LOPEZ, *op. cit.*, pág. 163.
18. *Cf.* Las consideraciones críticas, vigente en la LCT, sobre este particular que efectúa J. CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, pág. 159-162.
19. *Cf.* CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *op. cit.*, págs. 164-165.
20. *Cf.* Las consideraciones, al respecto, de G. DIEGUEZ CUERVO, "Lecciones de Derecho del Trabajo", vol. I, Madrid, 1984, pág. 75-76.
21. Ese es justo el sentido del trabajo de M.ª F. FERNANDEZ LOPEZ, *cit.*; por su parte, F. DURAN LOPEZ insiste a lo largo de su comentario al art. 21.1 ET en la necesidad de "corregir" las líneas jurisprudenciales al respecto, de "revisarlas".
22. *Cf.* La crítica a esta posición jurisprudencial en M.ª F. FERNANDEZ LOPEZ, *op. cit.*, pág. 248.
23. *Cf.* Ss. TCT 15 febrero 1983, Ar. 1242, 21 de marzo de 1983 (Ar. 2218); 4 de mayo de 1983, Ar. 3909; "el perjuicio puede ser meramente potencial, al no ser preciso que haya sido consumado"; 19 de julio de 1983, Ar. 7121; 15 de noviembre de 1983 (Ar. 9654), etc.
24. *Cf.* para una crítica a estas concepciones, A. MARTIN VALVERDE, "Ideologías jurídicas y contrato de trabajo", en AA.VV. "Ideologías jurídicas y relaciones de trabajo", Sevilla, 1976, págs. 75-100.
25. Un comentario a la citada Sentencia del TS de 7 de mayo de 1984 en J. CRUZ VILLALON "La doctrina jurisprudencial en materia de excedencia voluntaria" RPS 145, 1985, pág. 226.
26. F. DURAN LOPEZ, *op. cit.*, pág. 194.
27. Así, M. ALONSO OLEA "Derecho del Trabajo", 9.ª ed., Madrid, 1985, pág. 248 aunque matizadamente. Más tajante, G. DIEGUEZ, *op. cit.*, pág. 206 "la no concurrencia post-contratual no deriva del contrato de trabajo sino de un pacto, en realidad otro contrato".

28. Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, "Pleno empleo, derecho al trabajo, deber de trabajar en la Constitución española", en AA.VV., "Derecho del trabajo y de la seguridad social en la Constitución", Madrid, 1980, pág. 203. También M.º F. FERNÁNDEZ LOPEZ, op. cit., pág. 249.
29. "Únicamente existirá el límite general de lo que pueda considerarse competencia desleal desde la perspectiva mercantil y ante la cual el empresario puede reclamar ante la jurisdicción civil (y, en su caso, la penal)". F. DURAN LOPEZ, op. cit., pág. 195.
30. Cfr. A. MARTÍN VALVERDE, "Pleno empleo..." cit., pág. 203, sobre la base de una "delimitación rigurosa" del ámbito de licitud del pacto. En contra F. DURAN LOPEZ, op. cit., pág. 196; "alcanza a todas las actividades competitivas".
31. Sobre el momento de celebración del pacto y cómputo de su duración, cfr. F. DURAN LOPEZ, op. cit., pág. 196-197.
32. "Salario de inactividad" para M. RODRÍGUEZ PIÑERO, op. cit., pág. 29; "que haga las veces del subsidio de desempleo" para A. MARTÍN VALVERDE, "Pleno empleo..." cit. pág. 203.
33. Cfr. F. DURAN LOPEZ, op. cit., págs. 198-199.
34. F. DURAN LOPEZ, op. cit., pág. 200.

Cooperativas y relaciones industriales de la crisis: primeras notas a la Ley de 27 de Febrero de 1985, núm. 49*

por

Marco Biagi**

SUMARIO: I. Cooperativas y proyectos de reestructuración: el Título I de la Ley. II. Las denominadas cooperativas de salvamento: composición y objeto. III. Modalidad de la acción de saneamiento. IV. La formación del capital social del nuevo organismo. El papel de las financieras. V. Desempleados como cooperativistas de trabajo. VI. *Continua*. El pago de la prestación de desempleo como contribución a fondo perdido. VII. Ley Marcoa y democracia industrial.

I. Cooperativas y proyectos de reestructuración: el Título I de la ley

El cuadro institucional de las relaciones industriales delineadas a partir más o menos de la mitad de los años 70 se ha desarrollado, si bien de modo no siempre armónico, bajo el tope de una crisis económica y ocupacional que incluso hoy está muy lejos de ser superada. Se trata de un cúmulo de intervenciones de no ágil sistematización teórica donde el Derecho del trabajo constituye sólo una y, quizás, ni siquiera entre las más importantes, de las ramas del ordenamiento jurídico implicadas. Este mosaico se ha enriquecido recientemente con una nueva ordenación, con una ulterior intervención que asigna a la sociedad cooperativa un papel central: ésta es asumida como instrumento

* La traducción del presente ensayo ha sido realizada por Manuel Pérez Pérez, Profesor Titular de Derecho del Trabajo. El presente estudio, cuyo original en italiano aparece en la *Revista italiana di diritto del lavoro*, Parte I-1985, constituye, con la adición de algunas notas esenciales, una parte de la Ponencia desarrollada por el autor sobre el tema "Empresa cooperativa y relaciones industriales" con ocasión del Congreso convocado por el Centro Nacional de Estudios de Derecho del Trabajo Domenico Napoleano, celebrado en Fuggi del 26-28 de abril de 1985 y dedicado a "Trabajo y Cooperación".

** Profesor Titular en la Universidad de Módena.