



El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo

Jordi García Viña

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.

UNIVERSITAT DE BARCELONA

DEPARTAMENT DE DRET MERCANTIL, DRET DEL TREBALL
I DE LA SEGURETAT SOCIAL



**EL PRINCIPIO GENERAL DE LA BUENA FE EN EL
CONTRATO DE TRABAJO**

JORDI GARCIA VIÑA

BARCELONA, SEPTIEMBRE DE 2000.

2.4.2.- CLIENTES

En segundo lugar, el colectivo de personas que no son propiamente el empresario y que más comúnmente quedan perjudicadas por los actos del trabajador, son los clientes o usuarios de la empresa en la que éste presta sus servicios²³⁷. Así lo entendió el Tribunal Supremo en una sentencia de cierta antigüedad en la que declaró que *"al público para quien se presta el servicio, se deben los máximos respetos, que al no ser guardados, y más son infringidos con violencias, claman porque no quede el infractor en condiciones de incidir, cualquiera otra vez, en lo mismo"*²³⁸.

El fundamento para la calificación de una conducta que lleva a cabo un trabajador y que produce unos determinados perjuicios a un cliente de la empresa en la que presta servicios es, igual que en el caso, anterior, que supone, aunque de manera indirecta, un daño para el empresario, que lo sufrirá por represalia a la conducta transgresora de la buena fe contractual²³⁹.

²³⁷ Respecto a esta materia, entre las sentencias del Tribunal Supremo véase la STS 31 de mayo de 1948 (Ar. 925). Ponente Excmo. Sr. D. Ildefonso Bellón Gómez, STS 10 de marzo de 1981 (Ar. 1335). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, STS 29 de marzo de 1984 (Ar. 1623). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand y STS 17 de diciembre de 1987 (Ar. 8968). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. De la misma manera, entre las decisiones del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 29 de noviembre de 1974 (Ar. 5100). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 20 de octubre de 1976 (Ar. 4602). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 27 de junio de 1977 (Ar. 3712). Ponente Ilmo. Sr. D. Ricardo Bernáldez Avila, STCT 20 de octubre de 1981 (Ar. 5987). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 30 de junio de 1981 (Ar. 4537). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López y STCT 5 de noviembre de 1982 (Ar. 6057). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan. De la misma manera, entre las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ La Rioja de 23 de marzo de 1992 (Ar. 1178). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie, STSJ Madrid 5 de febrero de 1998 (Ar. 414). Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Fernández Otero, STSJ Castilla-La Mancha 31 de marzo de 1998 (Ar. 1285). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Rentero Jover, STSJ Cataluña 1 de abril de 1998 (Ar. 2363). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos y STSJ Cantabria 1 de diciembre de 1998 (Ar. 4369). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sainz.

²³⁸ STS 11 de noviembre de 1942 (Ar. 1352).

²³⁹ En este tema véase, entre las sentencias del Tribunal Supremo la STS 14 de enero de 1946 (Ar. 83) y STS 13 de mayo de 1963 (Ar. 2112). Ponente Excmo. Sr. D. Isidoro Díez-Canseco y de la Puerta, STS 19 de enero de 1968 (Ar. 192). Ponente Excmo. Sr. D. José Bernal Algora, STS 13 de octubre de 1980 (Ar. 3987). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 10 de marzo de 1981 (Ar. 1335). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, STS 8 de junio de 1988 (Ar. 5251). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López y STS 17 de octubre de 1990 (Ar. 7929). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. De la misma manera, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo hay que observar la STCT 23 de septiembre de 1975 (Ar. 3851). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 6 de abril de 1976 (Ar. 1958). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 16 de noviembre de 1978 (Ar. 6220). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 31 de mayo de 1979 (Ar. 3662). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 5 de junio de 1979 (Ar. 3777). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 28 de junio de 1979 (Ar. 4517). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 11 de marzo de 1980 (Ar. 1494). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 22 abril de 1980 (Ar. 2237). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 12 de junio de 1980 (Ar. 3478). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 17 de septiembre de 1980 (Ar. 4406). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 31 de marzo de 1981 (Ar. 2242). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 16 de febrero de 1982 (Ar. 899). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 9 de diciembre de 1982 (Ar. 7125). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan y STCT 23 de diciembre de 1982 (Ar. 7720). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez. Igualmente, entre las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ Madrid de 18 de junio de 1992 (Ar. 3446). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza, STSJ Cantabria de 14 de octubre de 1992 (Ar. 4761). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego, STSJ Baleares de 2 de febrero de 1993 (Ar. 699). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Wilhelmi Lizaur, STSJ Castilla y León/Valladolid de 20 de abril de 1993 (Ar. 2105). Ponente Ilmo. Sr. D. Lope del Barrio Gutiérrez, STSJ Cataluña de 17 de enero de 1996 (Ar. 859). Ponente

En otras ocasiones este concepto de cliente no está tan definido, y no tiene por qué limitarse a los clientes directos de la empresa en la que presta servicios, sino que puede ampliarse a otras personas, en su calidad de hipotéticos futuros clientes de la misma, o sencillamente, porque el hecho de afectar a una colectividad genérica puede acabar produciendo perjuicios en última instancia. Así, por ejemplo, puede afirmarse en un supuesto en el que el perjuicio se produce, no sólo en el orden interno y en relación con los demás trabajadores de la empresa, sino también ante terceros, lo que determina una clara voluntad de causar tales perjuicios a la empresa, cuando se propagan rumores o noticias falsas en su perjuicio incompatible con la lealtad debida a la empresa²⁴⁰.

Incluso en alguna ocasión se llega a producir el perjuicio de manera totalmente indirecta, ya que proviene de un acto cuya finalidad era, precisamente, evitar los perjuicios directos al empresario. Esto sucede, por ejemplo, cuando el trabajador, camarero de un restaurante, carga en una factura 13.944 pesetas, que es el importe de las consumiciones y los gastos de unos clientes que se habían marchado sin pagarlas, a otro cliente, sin que correspondiera satisfacerlas a aquella persona. Es evidente que el objetivo de este trabajador era intentar que no resultase perjudicado económicamente el hotel en el que prestaba servicios. Sin embargo, entiende el Tribunal, no tiene en cuenta el trabajador que no sólo pueden existir perjuicios monetarios, sino que también puede alcanzar al crédito de una entidad, y evidentemente desprestigia atentando contra el buen nombre comercial, el empleado que, con conciencia de su acto, falsea la realidad, atribuyendo en la forma en que lo hizo, gastos a quien no los efectuó, en detrimento de su patrimonio, con lo que, al ser conocido tal proceder, necesariamente hace desconfiar de la seriedad de la entidad hotelera que lo permitiera, con la lógica repulsa de la clientela, e incluso, envolviéndola en posibles responsabilidades de otra índole, con lo que no puede merecer disculpa una actuación que usa indebidamente en un encargo encomendado, de la confianza que en él se depositó, pretendiendo ocultar deficiencias que pudieran ser subsanadas en forma correcta mediante la reclamación dirigida a quien corresponda²⁴¹.

Es evidente que las variantes de esta teoría general son numerosas, ya que a veces el destinatario no es un cliente tan directo, sino que lo pueden ser la salud de los consumidores en general²⁴². De la misma manera, aunque el supuesto más usual es que el cliente sea una persona física, también cabe incluir en este apartado los que son personas jurídicas; por ejemplo, cuando un trabajador solicita cobrar una cantidad en concepto de una comisión a un concesionario de la empresa en la que presta sus servicios²⁴³.

En este tema se debe señalar que existen toda una serie de clientes de determinados tipos de empresas en los que el comportamiento según los parámetros de la buena fe contractual se debe llevar a cabo por parte del trabajador de una manera que bien puede denominarse especial. Entre estas organizaciones van a destacarse los siguientes tres tipos.

Ilma. Sra. D^a. Lourdes Arastey Sahún, STSJ La Rioja de 29 de marzo de 1996 (Ar. 489). Ponente Ilma. Sra. D^a. María Victoria Rubio Lerena, STSJ Cataluña 28 de diciembre de 1998 (Ar. 4707). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez, STSJ Castilla y León/Valladolid 7 de septiembre de 1998 (Ar. 4774). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Álvarez Anlló y STSJ Madrid 23 de abril de 1999 (Ar. 1345). Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Fernández Otero.

²⁴⁰ STCT 28 de septiembre de 1976 (Ar. 4090). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

²⁴¹ STS 7 de diciembre de 1987 (Ar. 8846). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González. De la misma manera, STCT 12 de diciembre de 1977 (Ar. 6376). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

²⁴² STCT 28 de febrero de 1980 (Ar. 1192). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomàs Pereda Amán.

²⁴³ STS 8 de julio de 1983 (Ar. 3746). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand.

Primero, tal y como se ha visto anteriormente, las entidades de crédito, como ya se reflejó en una temprana sentencia del Tribunal Supremo²⁴⁴. Segundo, los hoteles, en cuanto que existe una total confianza respecto a los objetos depositados en las habitaciones por parte de los clientes de los mismos. Por esta razón, declaran los tribunales, una camarera o limpiadora de piso de un hotel tiene el deber profesional consistente en el más completo respeto a las ropas, utensilios y objetos propiedad de los clientes y que ellos dejan en sus respectivas habitaciones. De manera que si la citada trabajadora, ejerciendo tareas de su oficio, se detuvo en el dormitorio de un huésped procediendo a registrar un chaquetón que se hallaba en otra butaca y una bolsa de plástico que se hallaba en el suelo, aunque no sustrajera nada, es claro que su despido es procedente, pues tal conducta no puede ser consentida por una empresa hostelera ya apercibida y sancionada por la Autoridad administrativa precisamente por denuncias de clientes a causa de haberles sido sustraídos efectos de su propiedad en las habitaciones ocupadas en dicho hotel²⁴⁵. Tercero, las compañías que se dedican al transporte de pasajeros, ya que concretamente los conductores de estos servicios, *"no sólo ponen en peligro la vida e integridad de las personas que transporta y la de terceros, sino que atenta contra la estima, competencia y profesionalidad de la empresa para la que trabaja"*²⁴⁶. Pero no sólo en cuanto puede suponer peligro para la vida de los pasajeros, sino también cuando el trabajador agredió a un viajero y trató de forma descompuesta y descortés a otros que le recriminaron por su conducta, ya que, según el Tribunal Supremo, *"el destino de conductor en aludido servicio lleva delegada la confianza de la empresa para el buen comportamiento con el público y cuando a éste se le falta de palabra u obra se abusa de aquella confianza sin la cual no se concibe el desempeño del cometido peculiar en la gestión confiada"*²⁴⁷.

De la misma manera, hay dos tipos de colectivos que la jurisprudencia protege especialmente, declarando sin ningún tipo de duda la procedencia del despido cuando existe algún tipo de conducta que, aunque levemente, infrinja la buena fe contractual.

El primer grupo se refiere a los alumnos de centros educativos, de los cuales el Tribunal Supremo declaró que en cuanto tienen el mismo resultado de quebrantar el orden laboral que debe reinar, tanto en el aspecto interno como respecto de terceros, máxime cuando esos terceros son los destinatarios directos de una actividad educativa, por lo que son acreedores a recibir no sólo doctrina y conocimientos sino educación, especialmente puesta de manifiesto a través del testimonio del buen ejemplo, al menos en las actividades que se desarrollan de cara a ellos, esto es teniéndolos como espectadores directos²⁴⁸.

El segundo grupo incluye a todas aquellas personas que son menores de edad. Sobre estas personas suelen cometerse conductas variadas que tienen en común que pueden incluirse dentro de los denominados en el Código Penal abusos sexuales. Caben destacar cuatro supuestos. En el primero, el tribunal declara que es un atentado a la pudicia de las menores que fueron reconocidas por el trabajador, sin aparecer necesidad alguna de tales acciones que por comprometer el recato de las trabajadoras afectadas, examinando el bajo vientre y órganos genitales de alguna de ellas, siendo tales actos pudendos, una falta de respeto que afecta gravemente, cuando no existe consentimiento o éste se encuentra viciado por creer se trata de un

²⁴⁴ STS 26 de junio de 1916. Ponente Excmo. Sr. D. Ramiro Fernández de la Mora.

²⁴⁵ STCT 3 de febrero de 1981 (Ar. 687). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 1 de diciembre de 1982 (Ar. 6925). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera.

²⁴⁶ STSJ Andalucía/Málaga 9 de enero de 1995 (Ar. 178). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

²⁴⁷ STS 31 de mayo de 1948 (Ar. 925). Ponente Excmo. Sr. D. Ildefonso Bellón Gómez y STS 9 de diciembre de 1989 (Ar. 9195). Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar.

²⁴⁸ STS 30 de enero de 1981 (Ar. 570). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos.

facultativo médico, al respecto que se debe a la persona; a la vez hace un mal uso de la facultad que como ayudante técnico sanitario le confió la empresa²⁴⁹. En el segundo existe un comportamiento denominado lascivo por el tribunal del trabajador en su trato con varias niñas pequeñas, que eran hijas de los copropietarios de la casa en la que prestaba él sus servicios de portero²⁵⁰. En el tercero, se produjo una ofensa de modo grave al pudor de una hija de un cliente, de doce años de edad, en ocasión de acudir al domicilio del mismo para llevar a cabo un trabajo contratado por el dueño de la casa con el empresario para el que prestaba servicios²⁵¹. En el cuarto, un vigilante que aprovecha la circunstancia de sorprender, en la función encomendada por la empresa, a unas menores sustrayendo objetos para someterlas a tocamientos ofensivos a su pudor y dignidad²⁵².

Entre las conductas que más regularmente sufren los clientes de la empresa, al menos por el número de sentencias que los analizan, cabe citar los siguientes tres supuestos.

En el primer caso, aquellas conductas que pueden incluirse dentro del concepto de hurtos en el patrimonio del clientes o usuario del empresario para el que presta los servicios el trabajador que los lleva a cabo. Entre los supuestos cabe citar el “*contraer deudas con algunos abonados diciéndoles que eran por cuenta de la fábrica, dando lugar a que éstos pretendieran descontar de los recibos el importe de esos créditos contra el actor*”²⁵³, dar lugar a una situación desairada de la empresa en la que prestaba servicios, respecto a un cliente que le pidió las oportunas explicaciones sobre reclamación de una factura que tenía abonada²⁵⁴, apropiación de una paga y señal, sin que la empresa tuviese conocimiento de los hechos hasta que tiempo después la misma cliente fuese a quejarse por el no cumplimiento del encargo a pesar del anticipo abonado²⁵⁵, así como la sustracción de bienes²⁵⁶, normalmente llevada a cabo en la vivienda donde estaba realizando su trabajo por cuenta de la empresa²⁵⁷, o el hurto de dinero²⁵⁸.

En el segundo caso, también los clientes pueden verse afectados por conductas llevadas a cabo por el trabajador cuando, en utilización del servicio que presta la empresa para la que presta sus servicios dicha persona, ésta les insulta o utiliza frases desproporcionadas. Se debe advertir una diferencia muy clara según la entidad de las expresiones utilizadas por el trabajador. No existe ningún tipo de duda a la hora de declarar la transgresión de la buena fe

²⁴⁹ STCT 26 de noviembre de 1973 (Ar. 4778). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

²⁵⁰ STCT 9 de febrero de 1978 (Ar. 810). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

²⁵¹ STCT 9 de marzo de 1982 (Ar. 1475). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

²⁵² STS 20 de noviembre de 1987 (Ar. 8037). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.

²⁵³ STS 2 de agosto de 1939 (Ar. 257).

²⁵⁴ STCT 21 de abril de 1973 (Ar. 1796). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón.

²⁵⁵ STCT 28 de junio de 1979 (Ar. 4517). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera.

²⁵⁶ STCT 9 de junio de 1975 (Ar. 3008). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

²⁵⁷ STCT 28 de marzo de 1981 (Ar. 2180). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STCT 28 de abril de 1981 (Ar. 2819). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez-Morales de Castilla.

²⁵⁸ Entre las innumerables sentencias que tratan este asunto, véase, en cuanto al Tribunal Supremo, la STS 15 de junio de 1988 (Ar. 5395). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García. Igualmente, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo, véase la STCT 7 de mayo de 1982 (Ar. 2707). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 8 de junio de 1982 (Ar. 3466). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 28 de septiembre de 1982 (Ar. 5029). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 5 de octubre de 1982 (Ar. 5207). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Linares Lorente, STCT 11 de noviembre de 1982 (Ar. 6202). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso y STCT 23 de noviembre de 1982 (Ar. 6579). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso. En el mismo sentido, entre las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, véase la STSJ Cataluña 21 de octubre de 1992 (Ar. 5136). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego y STSJ Cantabria 8 de abril de 1996 (Ar. 1320). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego.

2.4.6.- SINDICATOS

En sexto lugar, también pueden ser objeto del daño causado por el trabajador los sindicatos a los que están afiliados, y que normalmente presentan también la calidad de representante de los trabajadores, de acuerdo con todo lo analizado en el capítulo dedicado al estudio de este régimen jurídico. Como ejemplo cabe citar el caso de los trabajadores son despedidos porque quemaron documentos de la sección sindical de la empresa a la que pertenecían²⁷³.

2.4.7.- VECINOS DEL CENTRO DE TRABAJO

En séptimo lugar, surgen de la misma manera terceros, que si bien no tienen ningún tipo de relación con la empresa en la que el trabajador presta sus servicios, sí que presentan un elemento de proximidad con el centro de trabajo en cuestión; son los vecinos de la empresa, que también pueden verse perjudicados por determinados actos llevados a cabo por los trabajadores²⁷⁴.

2.4.8.- SEGURIDAD SOCIAL

En octavo lugar, tal y como se verá más detenidamente posteriormente, el problema del destinatario del perjuicio ocasionado por el trabajador se complica en un supuesto como el del trabajador que durante el período de baja por incapacidad temporal realiza cualquier actividad que implique retraso en su restablecimiento. La jurisprudencia ha fundamentado esta calificación, además del resto de personas, en el daño causado a la seguridad social en virtud, principalmente, de dos argumentos. En primer lugar, la Seguridad Social "*le abona el correspondiente subsidio por tal contingencia*"²⁷⁵, por lo que, por supuesto, cualquier tipo de

²⁷³ STS 5 de octubre de 1982 (Ar. 6219). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén y STS 4 de julio de 1985 (Ar. 3682). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García.

²⁷⁴ STCT 9 de julio de 1973 (Ar. 3211). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón.

²⁷⁵ Respecto a este asunto, entre las innumerables sentencias del Tribunal Supremo véase la STS 12 de junio de 1978 (Ar. 2326). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 4 de octubre de 1978 (Ar. 3016). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 26 de diciembre de 1979 (Ar. 4567). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 11 de octubre de 1980 (Ar. 3985). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 23 de junio de 1982 (Ar. 4074). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, STS 22 de marzo de 1983 (Ar. 1176). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Ruiz, STS 3 de diciembre de 1983 (Ar. 6167). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres, STS 25 de octubre de 1984 (Ar. 5332). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres, STS 24 de abril de 1986 (Ar. 2242). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 18 de septiembre de 1986 (Ar. 4995). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 25 de febrero de 1988 (Ar. 951). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STS 23 de junio de 1988 (Ar. 6031). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González y STS 28 de junio de 1988 (Ar. 5485). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández. De la misma manera, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 4 de julio de 1973 (Ar. 3112). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Cancio Morenza, STCT 27 de octubre de 1973 (Ar. 4152). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 6 de noviembre de 1973 (Ar. 4345). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 23 de noviembre de 1973 (Ar. 4733). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 4 de mayo de 1974 (Ar. 2107). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 13 de diciembre de 1974 (Ar. 5420). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 21 de enero de 1975 (Ar. 266). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 28 de mayo de 1975 (Ar. 2793). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de marzo de 1976 (Ar. 1191). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de junio de 1976 (Ar. 3003). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 10 de mayo de 1977 (Ar. 2605). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 10 de noviembre de 1977 (Ar. 5453). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 24 de febrero de 1978 (Ar. 1214). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 3 de mayo de 1978 (Ar. 2599). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 15

fraude que se lleve a cabo “*incide en la economía de la Seguridad Social*”²⁷⁶. En segundo lugar, le presta la asistencia sanitaria que requiere para lograr su restablecimiento²⁷⁷.

2.4.9.- LA SOCIEDAD EN SU CONJUNTO

Finalmente, en algunos casos los tribunales han estimado que, por supuesto, además del empresario, la conducta llevada a cabo por el trabajador también puede afectar a colectividades mayores, y para lo cual utiliza expresiones como “*nación*”²⁷⁸, “*país*”²⁷⁹, o más limitada “*toda la sociedad*”²⁸⁰. Los supuestos analizados son los dos siguientes.

En el primer caso, referido a la realización de actividades contradictorias al proceso curativo durante el período de incapacidad temporal, el tribunal entendió que dedicarse el trabajador a realizar trabajos por cuenta propia o ajena hallándose en situación de baja, constituye un acto transgresor a la buena fe contractual no solo para la empresa en la que presta sus servicios, sino incluso para la seguridad social, ya que tales trabajos si no agravan, en ningún caso pueden favorecer el proceso de curación, prolongándolo en todo caso innecesariamente, por lo que tal conducta debe ser sancionada con el despido, pues de no estimarlo así, se favorecería el absentismo laboral que tan funestas consecuencias acarrea, no solo al desarrollo y productividad de las empresas, sino a la economía de las instituciones de la seguridad social y en definitiva a la de la Nación²⁸¹.

En segundo lugar, afirma el Tribunal Supremo, el contrabando de mercancías cometida por un comandante de vuelos internacionales y prevaliéndose de esa condición constituye abuso de confianza que ha depositado en él, no sólo la empresa a la que presta los servicios, sino en cierto modo, al país a cuya bandera pertenece la aeronave del que, de alguna manera, es imagen en el exterior²⁸².

de abril de 1980 (Ar. 2121). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 23 de abril de 1980 (Ar. 2271). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 17 de junio de 1980 (Ar. 3581). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amán, STCT 24 de setiembre de 1980 (Ar. 4563). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 30 de octubre de 1980 (Ar. 5474). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 25 de noviembre de 1980 (Ar. 6115). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 8 de enero de 1981 (Ar. 11). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez-Morales de Castilla, STCT 12 de junio de 1981 (Ar. 4041). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 20 de octubre de 1981 (Ar. 5995). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 28 de octubre de 1981 (Ar. 6208). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 11 de noviembre de 1981 (Ar. 6570). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 16 de noviembre de 1982 (Ar. 6374). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 30 de noviembre de 1982 (Ar. 6820). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amann, STCT 13 de diciembre de 1982 (Ar. 7252). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Francisco Armas Andrés, Igualmente, STSJ Cataluña 14 de octubre de 1998 (Ar. 4197). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.

²⁷⁶ STCT 13 de mayo de 1975 (Ar. 2393). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

²⁷⁷ STS 16 de julio de 1982 (Ar. 4630). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo y STS 22 de noviembre de 1984 (Ar. 5881). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo. En el mismo sentido, STCT 18 de octubre de 1978 (Ar. 5329). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso.

²⁷⁸ STCT 12 de enero de 1974 (Ar. 74). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 19 de mayo de 1976 (Ar. 2651). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua.

²⁷⁹ STS 4 de mayo de 1988 (Ar. 3550). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

²⁸⁰ STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 16 de diciembre de 1994 (Ar. 3281). Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel Celada Alonso.

²⁸¹ Sobre este tema véase la STCT 12 de enero de 1974 (Ar. 74). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 19 de mayo de 1976 (Ar. 2651). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua. Igualmente, STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife 16 de diciembre de 1994 (Ar. 3281). Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel Celada Alonso.

²⁸² STS 4 de mayo de 1988 (Ar. 3550). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

2.4.9.- DOBLE PERJUICIO

Existen situaciones donde se llega a producir un doble perjuicio para el empresario, ya que por una parte sufre un daño de manera directa, y de otro lado, de manera indirecta. En estas ocasiones, además, la diferencia entre ambos perjuicios presenta dos notas fundamentales. Primero, existe una distinción temporal, ya que el primero se desarrolla en un momento anterior y el segundo aparecerá posteriormente. Segundo, el perjuicio directo es el causado de manera inmediata por el trabajador al empresario, mientras que el daño indirecto va a provenir de futuras reclamaciones de terceros por haber sufrido conductas incorrectas desarrolladas por el trabajador.

En la mayoría de estos supuestos se refleja esta estructura, de manera que el empresario sufre unos daños causados por el trabajador, que usualmente se refieren a apropiaciones dinerarias, y otros por las reclamaciones efectuadas por los clientes de la empresa. En este caso, son dos las categorías a relatar.

Primero, en algunas ocasiones el trabajador está encargado de realizar una reparación por cuenta del empresario, y no sólo hurta la cantidad percibida por el cliente por dicha actividad, sino que al haberla realizado de manera defectuosa, el cliente reclama frente a la empresa en la que presta los servicios. Véase los siguientes dos ejemplos. En el primer caso, el Tribunal Supremo entendió que había perjuicio cuando el trabajador intervino por su cuenta en la reparación de un aparato calentador de agua por la que percibió una determinada cantidad de dinero, realizando deficientemente la reparación, por lo que a consecuencia de tal reparación el propietario de tal aparato entabló una reclamación ante la empresa en la que presta servicios por la deficiencia en el servicio²⁸³. En el segundo caso, el trabajador realizó trabajos de mantenimiento en máquinas de escribir, y colocó cintas que no eran de las facilitadas por la empresa en la que prestaba sus servicios y sí adquiridas fuera de la misma; además, no lo hizo constar en la hoja de trabajo y exigió a dichos clientes su pago inmediato sin dar factura. Por supuesto, el conflicto se origina cuando, dada la mala calidad de las cintas y no ser de la marca necesaria para el buen funcionamiento de las citadas máquinas de escribir, motivó sendas reclamaciones a la casa por parte de dichos clientes. De esta manera el empresario sufrió un doble perjuicio, ya que no vendió las cintas propias, por lo que dejó de ingresar unas determinadas cantidades, no cobró las cuantías percibidas por el trabajador, ya que se trataba de cintas extrañas, y, además, el cliente reclamó frente al mal servicio recibido por el citado trabajador²⁸⁴.

Segundo, también se dan supuestos de doble perjuicio para el empresario, participando en estas operaciones los clientes de la empresa, cuando surge, por un lado, un daño económico, por la retención de un dinero cobrado directamente al cliente al que se le han prestados los servicios y otro comercial, consistente en girar letras de cambio por parte de la empresa que desconocía el anterior pago, para el cobro de cantidades que ya estaban satisfechas, con la consiguiente devolución de dichos efectos y el posible enfrentamiento o creación de desconfianza respecto a este cliente²⁸⁵.

²⁸³ STS 4 de febrero de 1944 (Ar. 196). De la misma manera, STS 15 de enero de 1942 (Ar. 135).

²⁸⁴ Entre la sentencias que tratan este tema véase la STCT 26 de mayo de 1973 (Ar. 2395). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 28 de febrero de 1979 (Ar. 1317). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castillo, STCT 23 de marzo de 1979 (Ar. 1840). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso y STCT 31 de marzo de 1981 (Ar. 2243). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

²⁸⁵ STS 12 de diciembre de 1972 (Ar. 5547). Ponente Excmo. Sr. D. Eugenio Mora Régil.

Sin embargo, en alguna ocasión, la segunda parte del doble perjuicio que sufre el empresario no proviene de los clientes, sino de las personas que prestan sus servicios en la empresa. Concretamente, en un rocambolesco supuesto analizado por el Tribunal Supremo, el trabajador no entregó las letras de cambio y los cheque que había percibido de la empresa cliente por los productos que se le habían suministrado, y al no estar este dinero en el patrimonio del empresario, impidió hacer anticipos a los trabajadores, compañeros de trabajo del que se había apropiado de tales cantidades, por cuyo motivo se declararon en huelga²⁸⁶.

2.5.- CUANTIA DEL DAÑO

Visto que todas las conductas que puede llevar a cabo el trabajador que se pueden incluir en la categoría de transgresoras de la buena fe contractual pueden producir unos daños de varios tipos en la persona o en el patrimonio del empresario, se debe analizar en este momento, qué relación existe entre este perjuicio y la cuantía del mismo. O dicho de otra manera, si la cuantía del daño ocasionado al empresario es relevante a la hora de calificar la citada conducta que lo produce como transgresora o no.

En principio hay que afirmar que en el Estatuto de los Trabajadores no se regula ninguna disposición que permita relacionar ambos conceptos. Si se acude a otros sectores del Ordenamiento Jurídico, la solución al conflicto tampoco es nada clara. Concretamente en el Código Civil, cada vez que se refiere a la fijación de cuantías en caso de indemnización de daños y perjuicios, por ejemplo en el art. 1106 o en el art. 1124, nada se dice respecto a esta materia. Por tanto, en esta norma civil, la cuantía del daño causado no es un elemento fundamental a la hora de decretar el incumplimiento de la obligación, sino sólo un parámetro para determinar el valor de la indemnización. En el Código Penal, salvando las distancias y si se puede importar algún concepto de esta norma a la regulación laboral, la cantidad apropiada no es un ingrediente constitutivo que permita calificar una determinada conducta como hurto o robo, ya que hay que recordar que el art. 237 CP regula que son reos del delito de robo *“los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder al lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas”*. Dos únicas referencias aparecen en este tema. En primer lugar, a la hora de determinar la pena en el delito de hurto, ésta se verá aumentada a la prisión de uno a tres años, según el art. 235.3 CP, *“cuando revista especial gravedad, atendiendo al valor de los efectos sustraídos, o se produjeran perjuicios de especial consideración”*. En segundo lugar, el hurto será considerado como una falta, según el art. 623.1 CP, *“si el valor de lo hurtado no excediera de cincuenta mil pesetas”*.

Por esta razón, se puede concluir que cuando se analiza una determinada conducta para comprobar si hubo o no los elementos que permitan calificarla como transgresora de la buena fe contractual, no se precisa que el daño producido presente una cifra o cuantía determinada²⁸⁷, ya que, según ha entendido el Tribunal Supremo, los perjuicios que devienen para la empresa en la que el trabajador presta sus servicios no tiene que ser necesaria y únicamente cuantificados, en cuanto cabe se den daños de una mayor significación, no

²⁸⁶ STS 9 de mayo de 1988 (Ar. 3578). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno.

²⁸⁷ Sobre este tema véase la STCT 14 de febrero de 1974 (Ar. 752). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 12 de mayo de 1977 (Ar. 2681). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 25 de junio de 1977 (Ar. 3671). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 1 de julio de 1977 (Ar. 3858). Ponente Ilmo. Sr. D. Higinio Bartolomé Sanz, STCT 26 de septiembre de 1978 (Ar. 4722). Ponente Ilmo. Sr. D. Alenjandro Corniero Suárez, STCT 23 de enero de 1979 (Ar. 346). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García, STCT 2 de julio de 1980 (Ar. 4014). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STCT 21 de enero de 1981 (Ar. 281). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

mensurables en el acto pero sí perceptibles con arreglo a los más elementales criterios de la lógica²⁸⁸.

Sin embargo, esta afirmación relativa a la escasa o nula relevancia de la cantidad concreta del daño no permite descubrir si existe algún tipo de reacción jurídica concreta cuando el daño es grave o, en el sentido opuesto, si los perjuicios son de escaso valor.

Se produce una doble circunstancia, que de alguna manera puede llegar a considerarse como contradictoria. Por un lado, la jurisprudencia remarca aquellas situaciones en las que la conducta del trabajador ha producido, o puede llegar a ocasionar, cuantiosos daños en el patrimonio del empresario. En este caso, parece que utiliza estas importantes cantidades para justificar la calificación de procedencia para el despido del trabajador. En cambio en otros supuestos, y son los que aquí interesan más, los tribunales suelen entender que no es exigible que “*tenga una determinada entidad el perjuicio sufrido por el empresario*”²⁸⁹. Como puede comprobarse, si existe especial perjuicio se alega, y si no existe, se declara que no es necesaria su presencia.

Quizás la única nota fundamental que se puede detectar cuando el daño producido por el trabajador es relevante, por ejemplo porque se puede traducir en importantes cantidades de dinero, es que la empresa no sólo suele utilizar, como respuesta jurídica a esta conducta, la vía laboral del despido disciplinario, sino que también acude a la jurisdicción penal. Sin embargo, no es éste un procedimiento comúnmente utilizado, porque la fundamental preocupación del empresario es deshacerse del trabajador que transgredió la buena fe contractual, y porque en determinadas circunstancias, la interposición de una querrela criminal contra uno de sus trabajadores podría llegar a suponer consecuencias aún más perjudiciales para la buena imagen de la empresa.

Siguiendo la línea argumental del párrafo anterior, en la mayoría de sentencias que se pueden analizar que enjuician casos semejantes, se afirma que es indiferente, en el momento de enjuiciar la conducta llevada a cabo por el trabajador, la cuantía insignificante del daño producido²⁹⁰. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al declarar que el abuso de confianza,

²⁸⁸ STS 10 de marzo de 1981 (Ar. 1335). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos.

²⁸⁹ Respecto a esta materia véase la STS 14 de enero de 1946 (Ar. 83), STS 10 de noviembre de 1954 (Ar. 2550). Ponente Excmo. Sr. D. Ildelfonso Alamillo Salgado, STS 13 de marzo de 1978 (Ar. 985). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 22 de mayo de 1978 (Ar. 2090). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 16 de mayo de 1985 (Ar. 2717). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García, STS 10 de julio de 1985 (Ar. 3726). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, STS 16 de octubre de 1986 (Ar. 5836). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 21 de julio de 1986 (Ar. 4530). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, STS 25 de mayo de 1987 (Ar. 3867). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres y STS 22 de noviembre de 1989 (Ar. 8230). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López. Asimismo también se ha expresado el Tribunal Central de Trabajo en la STCT 21 de marzo de 1973 (Ar. 1338). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García, STCT 21 de mayo de 1973 (Ar. 2187). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 25 de septiembre de 1973 (Ar. 3469). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, STCT 3 de marzo de 1978 (Ar. 1410). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis y STCT 6 de abril de 1979 (Ar. 2264). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García.

²⁹⁰ Así se han pronunciado en muchas ocasiones el Tribunal Supremo, entre cuyas sentencias cabe destacar la STS 29 de septiembre de 1947 (Ar. 1080), STS 14 de junio de 1973 (Ar. 2820). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Jimeno Gamarra, STS 7 de noviembre de 1983 (Ar. 5578). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García Murga Vázquez, STS 14 de marzo de 1985 (Ar. 1337). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna, STS 29 de marzo de 1985 (Ar. 1452). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna, STS 7 de marzo de 1985 (Ar. 1290). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez, STS 27 de abril de 1987 (Ar. 2800). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, STS 5 de mayo de 1987 (Ar. 3234).

aún manifestándose sobre cosas de escasa valía económica, tiene una gran importancia para la valoración de los actos²⁹¹.

Esta doctrina se ha aplicado especialmente en supuestos de hurtos y apropiaciones de bienes o dinero del patrimonio del empresario, en los que normalmente se suele utilizar la expresión “*sin que a ello obste la escasa cuantía de la apropiación efectuada, habida cuenta de que no es ésta la que caracteriza la falta que se cometió*”²⁹², que es la que refleja la opinión de la cuantiosa jurisprudencia existente en esta materia; ya que en todo caso, no es la cuantía de la apropiación realizada la característica de esta falta, sino el simple hecho de la apropiación²⁹³.

Los supuestos analizados por la jurisprudencia son muy variados, pero tienen la característica común que, excepto en algún caso muy concreto, la mayoría tiene como consecuencia jurídica la calificación por parte de los tribunales del despido como procedente. A los efectos de este apartado se han agrupado en dos grandes bloques, según se refieran a bienes o dinero.

A) Sustracción de bienes

En cuanto a la sustracción de bienes de la empresa, hay que distinguir, a la vez, cuatro categorías, según el tipo de bienes objeto de la apropiación.

Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 27 de mayo de 1987 (Ar. 3897). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio García-Murga y Vázquez y STS 30 de octubre de 1989 (Ar. 7462). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde. En el mismo sentido, y respecto a las decisiones del Tribunal Central de Trabajo cabe citar la STCT 22 de diciembre de 1973 (Ar. 5397). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 3 de febrero de 1976 (Ar. 540). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 31 de marzo de 1976 (Ar. 1807). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 15 de febrero de 1978 (Ar. 952). Ponente Ilmo. Sr. d. Eduardo Pardo Unanua y STCT 10 de mayo de 1979 (Ar. 3161). Ponente Ilmo. Sr. D. Alenjandro Corniero Suárez.

²⁹¹ STS 27 de febrero de 1978 (Ar. 718). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán.

²⁹² Así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la STS 29 de octubre de 1953 (Ar. 2657). Ponente Excmo. Sr. D. Ildefonso Alamillo Salgado, STS 21 de mayo de 1966 (Ar. 2718). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros, STS 27 de enero de 1986 (Ar. 312). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 13 de julio de 1988 (Ar. 5817). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand y STS 8 de octubre de 1988 (Ar. 7550). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand. En este mismo sentido, en cuanto al Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 24 de septiembre de 1976 (Ar. 4006). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 24 de septiembre de 1976 (Ar. 4007). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 18 de febrero de 1978 (Ar. 1049). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 19 de septiembre de 1979 (Ar. 5005). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 27 de octubre de 1981 (Ar. 6155). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 22 de febrero de 1982 (Ar. 1039). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 4 de marzo de 1982 (Ar. 1354). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 11 de mayo de 1982 (Ar. 2766). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 11 de mayo de 1982 (Ar. 2771). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 3 de julio de 1982 (Ar. 4149). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 20 de julio de 1982 (Ar. 4492). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 10 de noviembre de 1982 (Ar. 6147). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 19 de noviembre de 1982 (Ar. 6464). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Francisco Armas Andrés y STCT 21 de diciembre de 1982 (Ar. 7540). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

²⁹³ Véase, en este tema, la STS 18 de febrero de 1982 (Ar. 826). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Alvarez y STS 21 de febrero de 1983 (Ar. 789). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García Murga Vázquez. Igualmente, STCT 11 de enero de 1977 (Ar. 3). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García. Así como la STSJ Cantabria de 28 de agosto de 1996 (Ar. 2748). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz, STSJ País Vasco de 30 de septiembre de 1996 (Ar. 3599). Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto Iruretagoyena Iturri y STSJ Galicia de 13 de diciembre de 1996 (Ar. 4573). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

En primer lugar, aparecen los casos relativos a hurtos de materia prima que utiliza la empresa²⁹⁴, entre los que cabe destacar un supuesto en el que un trabajador utilizó en la confección de un pantalón de su propiedad una pequeña porción de tela de forro perteneciente a la empresa a la que prestaba servicios²⁹⁵, o en otro caso, en el que la trabajadora, que prestaba servicios como mujer de la limpieza en la empresa, cogió dos trazos de carda de muy pequeñas dimensiones para ponerlas de plantillas en las zapatillas cuyas suelas tenían sendos agujeros, para no hacerse daño en los pies y seguir trabajando²⁹⁶. Sin embargo, en otras ocasiones, no se trata tanto de bienes utilizados por la empresa para su proceso productivo, sino de materiales que se encuentran en el centro de trabajo, normalmente, porque se están realizando determinadas reparaciones. Así, por ejemplo, cuando el trabajador se apropia de un poco de hormigón que se está utilizando en la ampliación del edificio que es el centro de trabajo para uso particular²⁹⁷ o de 36 kilogramos de hilo de cobre proveniente de un cambio de instalaciones que estaban realizando en la empresa en la que presta sus servicios²⁹⁸.

En segundo lugar, si el daño se produce respecto a elementos que se utilizan en el proceso productivo, no ya como materia prima, sino como instrumentos que se integran en el sistema. Este caso se da, por ejemplo, cuando la trabajadora ha retirado de la empresa en la que presta sus servicios patrones de confección que eran el fruto de una actividad creadora desarrollada por la empresa con el concurso de todos sus trabajadores; por lo que, entendió el Tribunal Central de Trabajo, *“lo que resulta indudable es que eran patrimonio industrial y medio de la actividad de la empresa, siendo indiferente su valor económico concreto”*²⁹⁹. De la misma manera, también cabe aplicar la misma doctrina cuando el trabajador sustrae documentos del laboratorio que contienen información que ya no se usa en la empresa por haber quedado obsoleta³⁰⁰.

En tercer lugar, los daños también pueden afectar a los productos o bienes finales de la empresa. En este grupo cabe incluir los siguientes tres tipos de artículos. Primero, los que han sido elaborados por la propia empresa, como por ejemplo, si el trabajador se intenta apoderar de un paquete de jerseys, pese al escaso valor de los mismos³⁰¹, o cuando, solicitados por sus propios compañeros de trabajo algunos vasos o materiales para su uso personal, se los daba, no pudiendo entenderse que sea de suficiente entidad la falta cometida por el trabajador, ya que el valor de los vasos solamente podría alcanzar unas 150 pesetas³⁰². Segundo, bienes que son vendidos por la empresa en la que el trabajador presta sus servicios, normalmente porque su actividad se incluye en el sector servicios, entre los que cabe destacar las siguientes conductas que fueron calificadas como transgresoras de la buena fe contractual, por haber sustraído unas botellas de vino³⁰³, porque al ser interrogados por el dueño del establecimiento sobre si eran portadores de pan, exhibieron siete panecillos pequeños que se llevaban según ellos para su consumo personal³⁰⁴, por haberse apropiado de una sencilla bombilla eléctrica³⁰⁵,

²⁹⁴ Entre las múltiples sentencias que tratan este tema véase la STS 20 de mayo de 1987 (Ar. 3754). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisen. Igualmente, STCT 16 de febrero de 1982 (Ar. 873). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso.

²⁹⁵ STCT 27 de noviembre de 1974 (Ar. 5027). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

²⁹⁶ STS 4 de junio de 1956 (Ar. 2180). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera.

²⁹⁷ STSJ Andalucía/Málaga de 18 de abril de 1994 (Ar. 1676). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres.

²⁹⁸ STSJ País Vasco de 30 de septiembre de 1996 (Ar. 3599). Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto Iruretagoyena Iturri.

²⁹⁹ STCT 10 de junio de 1976 (Ar. 3192). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³⁰⁰ STS 27 de noviembre de 1954 (Ar. 2796). Ponente Excmo. Sr. D. José Félix Huerta Calopa.

³⁰¹ STS 11 de julio de 1989 (Ar. 5451). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres.

³⁰² STCT 30 de marzo de 1976 (Ar. 1764). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

³⁰³ STS 12 de junio de 1942 (Ar. 858).

³⁰⁴ STS 25 de junio de 1942 (Ar. 889).

de una botella de champú³⁰⁶, de un simple refresco, ya que no se realizó el correspondiente ticket que acreditaba la consumición, como era costumbre en la empresa³⁰⁷, por haberse quedado varios revistas³⁰⁸ o incluso por haber retenido diez sobres o paquetes de azúcar³⁰⁹. Tercero, también cabe incluir en este grupo aquellos productos que carecen de valor, ya que no tienen posibilidad de venta ya que están destinados a obsequiar a los clientes del establecimiento³¹⁰, como por ejemplo, los bonos de productos de promoción de la empresa³¹¹.

En cuarto lugar, y último, también se debe hacer referencia a materiales sobrantes que en principio la empresa ya no utiliza, por ejemplo, en un supuesto en el que, infringiendo las expresas órdenes de la empresa de reintegrar a la misma todos los materiales sobrantes o sustituidos, en lugar de hacerlo así el trabajador los retenía sin devolverlos, guardándolos en el arca de la que tenía la llave³¹². O, en un caso en el que el trabajador cogió del cesto de recortes que deja la guillotina, un puñado de tiras de papel de tres centímetros de ancho, que sólo sirven para apuntaciones de régimen interior. Respecto a esta conducta el Tribunal Supremo entendió que no cabría la calificación de procedencia de dicho despido porque se trataba de desperdicios, sin que se pudiera acreditar su número, peso y además, por el escasísimo valor que pudieran tener en el caso de ser vendidos³¹³.

B) Apropiación de dinero

En lo relativo a la apropiación de dinero del patrimonio de la empresa, hay que distinguir, a la vez, dos categorías, según si se trata de un modo de actuar directo o indirecto.

En el primer caso, el trabajador hurta una cantidad de dinero, y los tribunales han considerado que dicha actitud es suficientemente grave, aunque la cuantía de lo apropiado sea muy reducida. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo declaró que tampoco supone nada en contra la poca importancia económica de la defraudación, no ascendente a más de 200 pesetas, ya que la misma, por su carácter y con independencia de su cuantía, es una conducta desleal³¹⁴. La misma consideración ha tenido cuando el trabajador ha hurtado 540 pesetas³¹⁵, si un cajero sustrae 1120 pesetas³¹⁶, en caso de un vendedor de billetes de transporte público que se apropia de 4790 pesetas³¹⁷, o incluso cuando un trabajador sustrae la cantidad de 5000 pesetas³¹⁸.

En el segundo caso, no existe una apropiación directa, sino que se realiza de manera torticera, porque el trabajador suele aprovechar su puesto de trabajo para ir realizando pequeñas sustracciones, que además dificulta el control por parte del empresario. Así, los

³⁰⁵ STS 12 de enero de 1944 (Ar. 13).

³⁰⁶ STSJ Galicia 15 de febrero de 1999 (Ar. 199). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Jesús Outeiriño Fuente.

³⁰⁷ STSJ Galicia de 3 de marzo de 1993 (Ar. 1341). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis F. de Castro Fernández.

³⁰⁸ STCT 24 de septiembre de 1974 (Ar. 3679). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

³⁰⁹ STCT 7 de marzo de 1975 (Ar. 1291). Ponente Ilmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando.

³¹⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 24 de febrero de 1998 (Ar. 780). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Alvarez Anlló.

³¹¹ STSJ Galicia 22 de enero de 2000 (Ar. 59). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Cabanas Gancedo.

³¹² STCT 21 de mayo de 1973 (Ar. 2186). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

³¹³ STS 10 de mayo de 1961 (Ar. 2939). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Tormo García.

³¹⁴ STS 27 de diciembre de 1968 (Ar. 5930). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra.

³¹⁵ STCT 26 de septiembre de 1977 (Ar. 4349). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

³¹⁶ STSJ Andalucía/Málaga 9 de marzo de 1998 (Ar. 1804). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

³¹⁷ STSJ Extremadura 9 de febrero de 1998 (Ar. 917). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez.

³¹⁸ STSJ Andalucía/Granada 31 de julio de 1998 (Ar. 3750). Ponente Ilma. Sra. D^a. M^a Cristina Giménez Moreno.

supuestos son muy variados, y por sólo destacar algunos cabe citar la apropiación de algunos vales de compra de la empresa en la que presta sus servicios³¹⁹, contable que se apropia de la cantidad correspondiente a las retenciones que le hace la empresa en concepto del pago del impuesto de la renta de las personas físicas³²⁰, la utilización del teléfono para llamadas telefónicas particulares³²¹, la no justificación de pequeños gastos durante un viaje³²², la no liquidación de una parte de las comisiones³²³, o incluso, y éste es un caso más reiterado, la sustracción de pequeñas cantidades de las liquidaciones diarias que se realizan a la empresa, normalmente nunca superiores a 3.000 pesetas³²⁴.

Por tanto, de todo lo que se ha afirmado hasta este momento se puede extraer la primera conclusión: a la hora de delimitar si una conducta es transgresora de la buena fe o no lo es, en palabras literales de los propios tribunales, “no es la cuantía lo que caracteriza la falta³²⁵”; o si se prefiere una expresión de la doctrina, “la cuantía insignificante o el escaso valor del bien son indiferentes en el momento de enjuiciar la conducta³²⁶”. Esto se debe, principalmente, a que la realidad y naturaleza de la falta no puede venir determinada solamente por el mayor o menor perjuicio causado al patrono³²⁷, sino que han de tenerse en cuenta otros elementos, tanto o más

³¹⁹ STSJ Canarias/Las Palmas de 1 de diciembre de 1992 (Ar. 6042). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Alvarez Macías.

³²⁰ STSJ Cataluña 22 de enero de 1998 (Ar. 653). Ponente Ilmo. Sr. D. José Quetcuti Miguel.

³²¹ STSJ Madrid 26 de octubre de 1999 (Ar. 3325). Ponente Ilma. Sra. D^a. Virginia García Alarcón.

³²² STSJ Cantabria de 28 de agosto de 1996 (Ar. 2748). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz.

³²³ STSJ Galicia de 3 de marzo de 1993 (Ar. 1341). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis F. De Castro Fernández.

³²⁴ STSJ Navarra de 7 de diciembre de 1993 (Ar. 5251). Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo, STSJ Cataluña de 9 de mayo de 1995 (Ar. 1952). Ponente Ilmo. Sr. D. Pons Feliu Llansà y STSJ Cataluña de 14 de marzo de 1996 (Ar. 636). Ponente Ilmo. Sr. D. Angel de Prada Mendoza.

³²⁵ Entre las innumerables sentencias del Tribunal Supremo que han tratado este tema véase la STS 11 de noviembre de 1942 (Ar. 1352), STS 21 de mayo de 1943 (Ar. 660), STS 12 de enero de 1944 (Ar. 13), STS 4 de marzo de 1947 (Ar. 303), STS 10 de junio de 1955 (Ar. 2005). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Ruiz López y Báez de Aguilar, STS 21 de mayo de 1966 (Ar. 2718). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros, STS 23 de enero de 1973 (Ar. 255). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra, STS 17 de octubre de 1973 (Ar. 3829). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra, STS 28 de septiembre de 1976 (Ar. 3822). Ponente Excmo. Sr. D. Julián González Encabo, STS 23 de enero de 1979 (Ar. 218). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 7 de febrero de 1980 (Ar. 676). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 15 de julio de 1981 (Ar. 3187). Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Hernandez Gil, STS 12 de noviembre de 1985 (Ar. 5764). Ponente Excmo. Sr. D. José María Alvarez de Miranda y Torres, STS 29 de noviembre de 1985 (Ar. 5886). Ponente Excmo. Sr. D. José María Alvarez de Miranda y Torres, STS 11 de diciembre de 1985 (Ar. 6095). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisen, STS 24 de junio de 1986 (Ar. 3722). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Alvarez, STS 15 de julio de 1986 (Ar. 4141). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, STS 1 de junio de 1987 (Ar. 4083). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STS 6 de junio de 1987 (Ar. 4133). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand y STS 17 de julio de 1989 (Ar. 5484). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. De la misma manera, en cuanto a las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 7 de marzo de 1973 (Ar. 1094). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 16 de octubre de 1973 (Ar. 3871). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 7 de marzo de 1974 (Ar. 1189). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 19 de noviembre de 1975 (Ar. 5144). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 8 de febrero de 1977 (Ar. 667). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 4 de abril de 1977 (Ar. 2014). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 18 de octubre de 1977 (Ar. 5201). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 8 de julio de 1982 (Ar. 4288). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez y STCT 23 de diciembre de 1982 (Ar. 7733). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³²⁶ GONZALEZ ENCABO, "Fraude, deslealtad y abuso de confianza", *Dieciséis lecciones sobre causas de despido*, Madrid, (Universidad de Madrid), 1969, pág. 150. En el mismo sentido, DIEGUEZ CUERVO, *La fidelidad del trabajador en LCT*, Pamplona, (Ediciones Universidad de Navarra, SA), 1969, págs. 29-30.

³²⁷ En este tema véase la STCT 27 de noviembre de 1974 (Ar. 5027). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 6 de febrero de 1978 (Ar. 738). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 2 de octubre de 1979 (Ar. 5329). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 5 de diciembre de 1979 (Ar. 6874). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 27 de enero de 1981 (Ar. 450). Ponente

importantes que este perjuicio, ya que, según el Tribunal Supremo, “*cualquier quebranto o atentado a dicho valor, al margen de su intensidad, o calidad, ha de ser severamente sancionado*”³²⁸.

Segunda conclusión, y más importante, si se considera que la cuantía no es un elemento que sirva para analizar la conducta del trabajador, para determinar si ésta es suficientemente grave y culpable como para ser declarado el despido procedente, el factor que ha elegido la jurisprudencia para enjuiciar en los supuestos concretos ha sido similar desde hace más de cincuenta años, aunque con la evolución normal derivada de las diferentes normas laborales que se han aplicado a esta materia y los cambios jurisprudenciales que se ha experimentado a la hora de interpretar dichas leyes. Así, en una primera época, el Tribunal Supremo entendió que “*no es la cuantía lo que caracteriza la falta, sino el acto desleal y el abuso de confianza que supone de aprovecharse de efectos de la empresa, contraviniendo las órdenes de ésta*”³²⁹. En una segunda época, y que de alguna manera aún conserva el Tribunal Supremo en sus sentencias se hace referencia a que el engaño y el abuso de confianza son vicios que aún manifestándose sobre cosas de escasa valía económica tienen gran importancia para enjuiciar los actos realizados³³⁰. Este proceso evolutivo finaliza con la jurisprudencia que están manteniendo las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia, según las cuales, ya que poco más o menos, todas utilizan las mismas expresión, el abuso de confianza y la deslealtad no están en directa relación con el perjuicio económico ocasionado a la empresa ni con el lucro personal del trabajador, siendo indiferente la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues “*basta para ello el quebrantamiento de los deberes de buena fe implícitos en toda relación laboral*”³³¹.

Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso y STCT 9 de abril de 1981 (Ar. 2597). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez-Morales de Castilla.

³²⁸ Entre la infinidad de sentencias del Tribunal Supremo que han utilizado esta expresión véase la STS 14 de diciembre de 1981 (Ar. 5083). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García Murga Vázquez, STS 8 de julio de 1983 (Ar. 3746). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 3 de diciembre de 1985 (Ar. 6041). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, STS 2 de octubre de 1986 (Ar. 5367). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García, STS 25 de septiembre de 1986 (Ar. 5168). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 9 de diciembre de 1986 (Ar. 7294). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 19 de enero de 1987 (Ar. 67). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete, STS 3 de marzo de 1988 (Ar. 1847). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 19 de abril de 1988 (Ar. 2992). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand. STS 24 de octubre de 1989 (Ar. 7424), Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González y STS 20 de enero de 1990 (Ar. 170). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

³²⁹ En esta primera época véase la STS 14 de enero de 1946 (Ar. 83), STS 16 de marzo de 1965 (Ar. 1259). Ponente Excmo. Sr. D. José Bernal Algorta y STS 6 de mayo de 1966 (Ar. 2244). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Menéndez-Pidal y de Montes.

³³⁰ Esta es una expresión que utiliza el Tribunal Supremo en la STS 27 de junio de 1977 (Ar. 3431). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 27 de febrero de 1978 (Ar. 718). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 9 de octubre de 1979 (Ar. 3524). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 13 de octubre de 1980 (Ar. 3987). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 30 de abril de 1983 (Ar. 1898). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STS 27 de febrero de 1986 (Ar. 948). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, STS 26 de mayo de 1986 (Ar. 2689). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, STS 16 de noviembre de 1987 (Ar. 7982). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete y STS 19 de octubre de 1989 (Ar. 7300). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García. Igualmente se ha expresado el Tribunal Central de Trabajo en la STCT 11 de junio de 1976 (Ar. 3227). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 2 de diciembre de 1976 (Ar. 5780). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

³³¹ En este tema véase la STSJ Canarias/Las Palmas de 1 de diciembre de 1992 (Ar. 6042). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Álvarez Macías, STSJ Galicia de 3 de marzo de 1993 (Ar. 1341). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis F. De Castro Fernández, STSJ Madrid de 27 de abril de 1993 (Ar. 1998). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan, STSJ Extremadura de 23 de septiembre de 1993 (Ar. 4086). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez, STSJ Navarra de 7 de diciembre de 1993 (Ar. 5251). Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo, STSJ Andalucía/Málaga de 18 de abril de 1994 (Ar. 1676). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres, STSJ Cataluña de 9 de mayo de 1995 (Ar. 1952). Ponente Ilmo. Sr. D. Pons Feliu Llansà, STSJ Cataluña de

2.6.- ¿EXISTEN CIRCUNSTANCIAS ATENUANTES DEL DAÑO?

En algunas ocasiones, los tribunales, olvidando esta línea de interpretación tan extremadamente rígida de la relación entre el daño y la conducta transgresora de la buena fe contractual, han entendido que determinados actos del trabajador, aunque pudieran llegar a suponer un cierto perjuicio para el patrimonio del empresario, si se dan determinadas circunstancias, pueden llegar a ser disculpados o, castigados con una sanción inferior. Este supuesto se puede hallar sobre todo cuando la acción que lleva a cabo el trabajador tiene la finalidad de ayudar a una tercera persona, y siempre y cuando, por supuesto, el daño causado al empresario sea irrelevante.

Concretamente, se puede establecer un doble grupo de sentencias de esta materia, según el destinatario de la ayuda que ofrece el trabajador que aparentemente comete la transgresión, bien se trate de un propio compañero de trabajo o de un tercero, sin ninguna relación, al menos directa, con la empresa en la que presta servicios el trabajador infractor.

En el primer grupo, cabe incluir aquellos casos en los que el trabajador realiza un acto que supone una ayuda a un compañero de la empresa en la que está prestando servicios, en cuyo caso, y por supuesto, dependiendo de las circunstancias concretas de cada supuesto, que serán lo suficientemente rígidas para que esta teoría se haya aplicado en escasas ocasiones, en palabras del Tribunal Supremo, aunque la conducta sea censurable "*dentro de un estricto deber de fidelidad a la empresa, es humanamente disculpable en el propósito y la creencia de poder salvar al compañero sin quebranto de los intereses del patrono*"³³². Esta doctrina claramente se observa en un supuesto en el que el trabajador tuvo que coger algunas vendas y otros productos sanitarios de ínfimo valor material, para realizar una cura a un compañero de trabajo, guardando el sobrante en su cartera. Estas circunstancias, según el Tribunal Central de Trabajo, alejan el propósito de apoderarse de tales objetos, toda vez que al cogerlos en el botiquín no lo hizo con la finalidad de sustraerlos, sino con la de curar a un trabajador herido. Si bien es cierto que el sobrante lo guardó en su cartera, no lo es menos, que el hecho de no devolver unas vendas, sacadas ya de su estuche estéril, y por lo tanto sin utilidad real y económica, no puede servir de fundamento para imponer la mas grave sanción permitida en el orden laboral, ya que la naturaleza de la falta que se está examinando no viene determinada por el mayor o menor perjuicio causado al patrono³³³.

En alguno caso, incluso se produce un doble interés por parte del trabajador, que parece, según el resultado de la sentencia, que permita una justificación mayor en cuanto a la actuación. Así se entendió en un supuesto en el que se afirma que con aquella simple retirada y sustitución de unos recibos no solo se causaba ningún trastorno a la empresa, que era la Agencia ejecutiva del Ayuntamiento de Barcelona, sino que tratando de eludir el bochorno que podría caer sobre uno de sus empleados no cometía ninguna transgresión a la misma. Además, si se toma en consideración el hecho relevante de que el trabajador al que presuntamente se ayudaba con este acto era hermano de quien efectuó aquella anomalía. En conclusión, ya que este acto no tenía trascendencia crematística a la empresa en la que ambos

14 de marzo de 1996 (Ar. 636). Ponente Ilmo. Sr. D. Angel de Prada Mendoza, STSJ Cantabria de 28 de agosto de 1996 (Ar. 2748). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Saiz, STSJ País Vasco de 30 de septiembre de 1996 (Ar. 3599). Ponente Ilmo. Sr. D. Modesto Iruretagoyena Iturri y STSJ Galicia de 13 de diciembre de 1996 (Ar. 4573). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

³³² STS 22 de enero de 1958 (Ar. 653). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Marín Gutiérrez.

³³³ STCT 11 de diciembre de 1974 (Ar. 5359). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

prestaban servicios, es indudable que aquel hecho refleja una actuación que queda concretada a rescatar unos recibos provisionales de entregas a cuenta suscritos por el hermano, pero sin percibir cantidades por si ni hacer ocultación alguna en perjuicio del demandado³³⁴.

En el segundo grupo, aparecen escasas sentencias en las que se considera que no hay transgresión de la buena fe contractual, aunque se cause algún daño mínimo al empresario, cuando se pretende ayudar a un tercero. Así, por ejemplo cabe entenderlo cuando el Tribunal Supremo entendió que los hechos llevados a cabo por el trabajador no fueron realizados con ánimo de venganza y de perjudicar a la empresa, sino que obedecieron a un fin lícito³³⁵, como puede ser, ya que así expresamente lo admite este tribunal, simplemente favorecer a un amigo³³⁶.

2.7.- HAY SUPUESTOS EN LOS QUE NO HACE FALTA QUE SE PRODUZCA DAÑO

En esta línea ascendente, la jurisprudencia, tanto el Tribunal Supremo³³⁷, el Tribunal Central de Trabajo³³⁸ como varias salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia³³⁹, llega a afirmar que para que una conducta pueda ser calificada como de suficientemente grave y culpable a los efectos del despido disciplinario procedente, no hace falta que el patrimonio de la empresa sufra ningún tipo de daño. Incluso estas sentencias van más allá y delimitan las siguientes cuestiones. En primer lugar, es irrelevante que los perjuicios sean directos o no³⁴⁰. En segundo lugar, no es necesario que los daños sean reales o

³³⁴ STS 29 de septiembre de 1973 (Ar. 3464). Ponente Excmo. Sr. D. Arsenio Rueda y Sánchez-Malo.

³³⁵ STS 2 de junio de 1983 (Ar. 3038). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo.

³³⁶ STS 24 de noviembre de 1989 (Ar. 8245). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

³³⁷ Entre las sentencias del Tribunal Supremo véase la STS 29 de octubre de 1953 (Ar. 2657). Ponente Excmo. Sr. D. Ildefonso Alamillo Salgado, STS 22 de febrero de 1957 (Ar. 651). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente Tutor y Guelbenzu, STS de 4 de abril de 1960 (Ar. 1514). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera, STS 12 de mayo de 1979 (Ar. 2075). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce y Ruiz, STS 5 de julio de 1982 (Ar. 4547). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 28 de septiembre de 1982 (Ar. 5302). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 1 de octubre de 1983 (Ar. 4876). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 15 de diciembre de 1983 (Ar. 6212). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 4 de mayo de 1990 (Ar. 3958). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde y STS 8 de febrero de 1991 (Ar. 817). Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

³³⁸ Entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 6 de marzo de 1974 (Ar. 1163). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 14 de febrero de 1980 (Ar. 853). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amáñn, STCT 4 de marzo de 1980 (Ar. 1309). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amáñn, STCT 22 de marzo de 1980 (Ar. 1798). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amáñn, STCT 30 de abril de 1980 (Ar. 2446). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amáñn y STCT 14 de octubre de 1982 (Ar. 5414). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

³³⁹ Entre las innumerables sentencias de las salas de lo social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ La Rioja de 23 de marzo de 1992 (Ar. 1178). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie, STSJ Cantabria de 22 de mayo de 1992 (Ar. 2793). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez, STSJ Galicia de 27 de octubre de 1993 (Ar. 4253). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, STSJ Galicia de 11 de marzo de 1994 (Ar. 904). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Fernández Otero, STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 1994 (Ar. 3476). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol, STSJ Aragón de 21 de diciembre de 1994 (Ar. 3294). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Molins Guerrero, STSJ Galicia de 21 de octubre de 1996 (Ar. 3611). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Jesús Outeiriño Fuente y STSJ Castilla y León/Burgos de 28 de octubre de 1996 (Ar. 4262). Ponente Ilma. Sra. D^a María Teresa Monasterio Pérez.

³⁴⁰ Entre las cuantiosas sentencias que tratan este tema véase la STS 3 de octubre de 1985 (Ar. 4656). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres. De la misma manera, STCT 21 de junio de 1974 (Ar. 3109). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 13 de noviembre de 1975 (Ar. 5024). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 5 de febrero de 1976 (Ar. 584). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis. Igualmente, STSJ de Cantabria de 30 de marzo de 1992 (Ar. 1329). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Benigno Flórez Menéndez y STSJ Cataluña 18 de junio de 1998 (Ar. 3160). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.

simplemente potenciales, ya que es suficiente la existencia de una situación de riesgo de que tal cosa acaezca³⁴¹; incluso respecto a este tema surge, como se verá de manera más detenida inmediatamente cuando se analice la concurrencia desleal, que no es necesario que el daño sea material ni que se haya consumado, ya que se presume iuris tantum que todo trabajo en actividad análoga e idéntica produce perjuicio³⁴². En tercer lugar, que no hace falta que se aprecie “ningún específico y concreto perjuicio sufrido por la empresa³⁴³”. En cuarto lugar, y último, en el concepto de transgresión de la buena fe contractual no se exige que se ocasionen perjuicios ciertos³⁴⁴.

De esta manera, si se reconoce que el daño no es relevante, se ha de aportar otro elemento que haga las funciones de fundamento para que puedan considerarse que una conducta puede llegar a ser transgresora de la buena fe contractual. En esta vía ha existido una evolución muy clara y concluyente. Así, en épocas anteriores se justificaba por la mera ocultación, por ejemplo, cuando el Tribunal Supremo declaraba que “la cantidad de gasolina ocultada por el actor no caracteriza la falta sancionada, sino que es suficiente la ocultación y consiguiente minoración de sustancia tan indispensable para el servicio que al trabajador estaba encomendado³⁴⁵” o en un concepto más espiritual, si se hace referencias a las palabras de BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA al afirmar que “no es relevante el daño económico en sí, sino el agravio moral que entraña el mal comportamiento³⁴⁶”.

Sin embargo, estas justificaciones no pueden considerarse suficientes, porque son absolutamente ambiguas y o abordan el núcleo del problema que es si el daño presenta algún efecto amplificador de la conducta del trabajador, o simplemente es un dato que no hace falta tener en cuenta, ya que a la hora de valorar la incorrección en el comportamiento del trabajador se tienen en cuenta otros conceptos. Para poder conseguir esta finalidad, el Tribunal Central de Trabajo fundamentó esta relación con la siguiente expresión: “no se

³⁴¹ Sobre este tema véase la STS 22 de octubre de 1990 (Ar. 7707). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes. De la misma manera, STSJ Madrid de 6 de octubre de 1992 (Ar. 4878). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio de la Cueva Vázquez, STSJ La Rioja de 8 de febrero de 1993 (Ar. 638). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie, STSJ Comunidad Valenciana de 22 de junio de 1993 (Ar. 3076). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Cataluña de 16 de noviembre de 1993 (Ar. 4894). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos y STSJ Comunidad Valenciana de 3 de mayo de 1994 (Ar. 1856). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera. Asimismo, en cuanto a la doctrina, esta opinión también es compartida por GHIDINI, *Diritto del Lavoro*, Padua, (CEDAM), 1987, pág. 356.

³⁴² Sobre este tema, entre otras muchas, véase la STSJ Cantabria de 13 de julio de 1994 (Ar. 2987). Ponente Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tamés Iglesias y STSJ Galicia de 15 de septiembre de 1994 (Ar. 3411). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto.

³⁴³ Entre las sentencias del Tribunal Supremo que utilizan esta expresión véase la STS 14 de mayo de 1987 (Ar. 3708). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 5 de octubre de 1990 (Ar. 7530). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López y STS 2 de enero de 1991 (Ar. 44). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

³⁴⁴ Respecto a este tema véase la STS 9 de junio de 1964 (Ar. 2952). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros, STS 20 de diciembre de 1985 (Ar. 6161). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo y STS 5 de junio de 1990 (Ar. 5015). Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral. En este mismo sentido, STCT 10 de junio de 1980 (Ar. 3386). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amán, STCT 7 de julio de 1980 (Ar. 4155). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 29 de septiembre de 1980 (Ar. 4648). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 25 de noviembre de 1980 (Ar. 6123). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 28 de noviembre de 1980 (Ar. 6216). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López y STCT 28 de abril de 1981 (Ar. 2689). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla. Asimismo también lo ha declarado la doctrina, entre todos véase RODRIGUEZ SANTOS, *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Tomo III*, Valladolid, (Editorial Lex Nova), 1992, pág. 82.

³⁴⁵ STS 26 de enero de 1946 (Ar. 94).

³⁴⁶ BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Librería General Victoriano Suárez), 1958-1959, pág. 215.

*requiere que se dé como condición necesaria para su existencia la realización de actos que vayan en desprestigio o menosprecio de la empresa, sino que basta el incumplimiento de los deberes de fidelidad*³⁴⁷”.

De esta doctrina se han aprovechado las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia que se han limitado, en esta materia, a modernizar muy ligeramente esta opinión, y continuar con esta línea de argumentación cuando opinan que *“la falta se entiende cometida aunque no se acredite la existencia de un lucro personal, ni haber causado daños a la empresa, y con independencia de la mayor o menor cuantía de lo defraudado, pues basta para ello el quebrantamiento de los deberes de fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral*³⁴⁸”. Como se puede observar la evolución respecto a las declaraciones del Tribunal Central de Trabajo es mínima, ya que el fundamento sigue siendo el mismo: no es necesario que se produzca daño alguno, porque la única cuestión relevante es la infracción de la buena fe contractual.

Ahora bien, hay que decir que la doctrina jurisprudencial hasta el momento citada, sin perjuicio de ser mayoritaria, no se aplica en determinados momentos, sobre todo, cuando la gravedad de la conducta se puede deducir de otros elementos del comportamiento, como puede ser, principalmente, la actitud dolosa del trabajador que lleva a cabo la conducta transgresora. Por esta razón los tribunales han afirmado que cabe declarar la procedencia del despido *“aunque no exista daño material para la empresa pues lo que caracteriza la deslealtad es la acción dolosa o negligente*³⁴⁹”. Claramente se puede observar esta opinión en esta sentencia no precisamente reciente del Tribunal Supremo en la que se diferencia de manera expresa el valor del daño producido al patrimonio del empresario según la voluntariedad o no de la conducta del trabajador, al afirmar que *“al respecto de esa justificación, cabe tener en cuenta la entidad del daño o perjuicio, pues si no es necesario que se produzcan cuando dolosamente se falta a la lealtad o confianza, en los casos en que pueden comprenderse en el concepto de culpa, la entidad del detrimento patrimonial puede dar la medida de la justificación del despido*³⁵⁰”.

Sin embargo, entre las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia ha surgido, de un tiempo a esta parte, una línea de opinión, por

³⁴⁷ Utilizan esta expresión, entre muchas otras sentencias, la STCT 31 de enero de 1974 (Ar. 459). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 28 de febrero de 1974 (Ar. 1056). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón y STCT 4 de diciembre de 1976 (Ar. 5841). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua.

³⁴⁸ Entre todas las sentencias que usan, en términos iguales o similares esta expresión, véase la STSJ Cataluña de 5 de marzo de 1992 (Ar. 1679). Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Duplá de Vicente Tutor, STSJ Andalucía/Málaga de 7 de junio de 1994 (Ar. 2339). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres, STSJ Galicia de 18 de enero de 1995 (Ar. 143). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto, STSJ Andalucía/Málaga de 6 de marzo de 1995 (Ar. 1015). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres, STSJ Andalucía/Málaga de 3 de mayo de 1996 (Ar. 2309). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Navas Galisteo, STSJ Castilla-La Mancha de 2 de julio de 1996 (Ar. 2706). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Librán Sainz de Baranda, STSJ Andalucía/Málaga de 14 de octubre de 1996 (Ar. 4313). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres, STSJ Galicia de 28 de noviembre de 1996 (Ar. 4507). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, STSJ de Andalucía/Málaga de 27 de junio de 1997 (Ar. 2865). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu y STSJ. Madrid de 25 de septiembre de 1997 (Ar. 3002). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco José Trujillo Calvo.

³⁴⁹ Sobre este tema, entre otras muchas sentencias, véase la STS 5 de julio de 1957 (Ar. 2480). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covian Frera, STS 7 de julio de 1980 (Ar. 3002). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce y Ruiz, STS 16 de marzo de 1983 (Ar. 1164). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 27 de junio de 1983 (Ar. 3052). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández y STS 30 de diciembre de 1985 (Ar. 6192). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisen. Asimismo, STCT 23 de diciembre de 1974 (Ar. 5650). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

³⁵⁰ STS 29 de octubre de 1953 (Ar. 2657). Ponente Excmo. Sr. D. Ildefonso Alamillo Salgado.

supuesto no mayoritaria, que trata de reconducir el papel que debe asumir el daño o perjuicio en el ámbito de la conducta transgresora. Concretamente estas sentencias entienden que el daño o perjuicio patrimonial causado a la empresa en la que el trabajador presta sus servicios es uno de los factores a considerar en la ponderación del requisito de gravedad de la misma, requisito exigible en la aplicación del art. 54.2 d) TRET, por el juego de la interpretación sistemática que obliga a tener en cuenta en esta causa de despido la cláusula general del art. 54.1 de esta norma³⁵¹. De esta manera, ya no es un elemento fundamental de la transgresión, sino que pasa a modular dicha conducta.

Incluso en un supuesto, correspondiente a una sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra³⁵², se aprecia una opinión absolutamente contraria a todo lo afirmado anteriormente en la jurisprudencia. El caso en cuestión se refiere a un trabajador, camarero, que se apropia de parte de las propinas que, según el acuerdo que habían tomado todos los trabajadores del restaurante en el que prestaban los servicios, debían ser repartidas a partes iguales.

El Tribunal afirma que no desconoce “*la vieja doctrina*” atributiva de tales trascendencia y gravedad a toda sustracción de objetos propiedad de la empresa por el trabajador, con independencia de su valor, debido a la nota de confianza que se dice inherente al contrato de trabajo. Ahora bien, este criterio “*no puede ser utilizado como un axioma intangible abstraído de la ponderada atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto*”. En primer término, y desde la perspectiva de los principios de orden general, continúa el tribunal, debe reputarse prevalente el de la proporcionalidad entre la gravedad de la falta y la entidad de la sanción, sin permisible selectividad excluyente de las sustracciones. Así lo hace el propio Código Penal, y no se ve causa bastante para que en el ámbito sancionador laboral se sobrevalore más aún que en otros la protección del derecho de propiedad frente a la de bienes merecedores de superior tutela, como la dignidad o la intimidad, por ejemplo. Por lo que, concluye, “*no es exacto que la confianza sea una condición particularmente insita en el contrato de trabajo; salvo para los supuestos comúnmente denominados de confianza o que más acentuadamente la exijan, el principio rector legalmente explícito es el no concordante de la buena fe*”.

Sin embargo, tampoco esta doctrina parece la más acertada. Hay que tener en cuenta que las conductas que puede realizar el trabajador, como ya se dijo, que causen daños al empresario, y que a la vez se consideren suficientemente graves y culpables para ser motivo de despido son muchas. La solución a la hora de valorar la presencia del daño en el juicio de la procedencia puede venir de llevar a cabo una separación entre dichas conductas.

Por una parte, existe toda una serie de actos del trabajador que pueden ser considerados suficientemente grave y culpables por ellas mismas, por lo que, con la simple comisión, el trabajador estaría incumplimiento con su obligación de cumplir de buena fe. En este grupo no haría falta que la conducta tuviera otros añadidos, basta la simple ejecución. Por supuesto, si se considera la existencia de este grupo de conductas, se debe establecer cuáles son y qué motivo presentan para que el análisis que se realice de ellas sea tan simple. El motivo es simple:

³⁵¹ Entre las varias sentencias que utilizan esta argumentación véase la STSJ La Rioja de 30 de abril de 1992 (Ar. 1851). Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio Espinosa Casares, STSJ Galicia de 28 de noviembre de 1994 (Ar. 4493). Ponente: Magistrado Ilmo. Sr. D. Luís F. de Castro Fernández y STSJ País Vasco de 10 de mayo de 1996 (Ar. 3114). Ponente Ilmo. Sr. D. Jorge Blanco López.

³⁵² STSJ Navarra de 27 de septiembre de 1996 (Ar. 2793). Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo.

preservar el principio de seguridad jurídica, tanto desde el punto de vista del empresario como del trabajador.

Por esta razón, las conductas que se propone que se incluyan en este primer grupo son las contenidas en el Código Penal. En principio, el Derecho Penal actúa como última *ratio*, de manera que, se supone, que las conductas allí reguladas son las que pueden ser consideradas como más graves; ya que en caso contrario, el propio Ordenamiento Jurídico otorga otros efectos jurídicos para defenderse de las posibles ilegalidades. El fundamento del por qué en el actual Código Penal están presentes unas conductas y no otras depende, en principio, del rechazo que originen a la sociedad que ha de regir su comportamiento por esta norma. Además, como el pensamiento de la citada sociedad evoluciona, se van incorporando nuevas conductas que antes no preocupaban a la población y ahora sí, por ejemplo, el acoso sexual, y van desapareciendo otras, por obsoletas, por ejemplo, el adulterio.

Este razonamiento sirve para las mismas conductas en el orden social. Cuando el trabajador comete una de las conductas reguladas en el Código Penal, como éstas ya han sido destacadas por la sociedad como suficientemente graves, no hace falta que se incorpore este elemento, porque ya está presente, ya que en caso contrario se estaría realizando una reiteración. Esto es lo que suele pasar cuando en determinadas conductas de hurto, por ejemplo, los tribunales afirman que aunque no es necesario acreditar el daño, constatan que hubo o pudo haber grandes perjuicios para el empresario.

Es importante comprobar que en este razonamiento no se requiere acudir a dos de los conceptos más usados por la jurisprudencia. En primer lugar, no hace falta fundamentar la no presencia de los daños en la nota de confianza del contrato de trabajo, porque, como se ha visto, éste no puede ser considerado como un contrato fiduciario. En segundo lugar, no es necesario acudir al quebrantamiento de los deberes de buena fe, ya que la aplicación de esta expresión comporta el olvido de las notas que han de acompañar a esta transgresión, la gravedad y la culpabilidad.

Es cierto, como se ha visto, que en algunos casos la norma penal permite rebajar las penas cuando se dan determinadas circunstancias, como se ha podido ver en el caso de la falta de hurto. Ahora bien, es posible que el legislador pueda imponer a la sociedad un cierto grado de tolerancia o de asunción de infracciones de terceros, pero este criterio no puede ser válido para el empresario, el cual no está obligado a soportar comportamiento de este tipo, aunque se trate de hurtos de pequeña cuantía, ya que la conducta es grave en sí misma.

Por supuesto, estas consideraciones permiten que en los diferentes convenios colectivos, y esta situación suele ser casi unánime en todos ellos, se pueda regular como falta muy grave, y por tanto motivadora de la imposición de una sanción de despido, por ejemplo el hurto, la estafa o el acoso sexual sin tener en cuenta el daño que se causa al empresario o a los terceros.

En cambio, en el resto de conductas, aquellas que no están expresamente contenidas en el Código Penal, sí que se deberán tener en cuenta, como factor de la gravedad regulado en el art. 54.1 TRET, los daños causados o que se puedan llegar a causar. En estos casos, la cuantía supondrá un elemento más de valoración de la conducta para determinar si la misma es merecedora de la categoría del despido disciplinario procedente.

2.8.- BENEFICIO ECONOMICO PARA EL TRABAJADOR

El beneficio económico que pueda resultar para el trabajador de aquellas actividades que lleve a cabo también ha sido un elemento tenido en cuenta por la jurisprudencia a la hora de analizar la conducta para ver si existe o no transgresión de la buena fe contractual. Normalmente, suelen ir asociados los dos conceptos de daños producidos al empresario y beneficio para el trabajador, ya que los perjuicios sufridos por el patrimonio del empresario normalmente son una consecuencia del acto que va a reportarle beneficios. Por esta razón, la doctrina mayoritaria ha entendido que cuando en un acto que ha producido un daño, si existen beneficios para el trabajador, ésta ha de ser considerado como transgresor y por tanto, permite declarar el despido como procedente. Esta ha sido la posición mantenida por el Tribunal Supremo³⁵³, por el Tribunal Central de Trabajo³⁵⁴, por las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas³⁵⁵, así como por autores tan reconocidos como SANTORO PASSARELLI al afirmar que “*el deber de fidelidad implica un deber de abstenerse a conseguir un provecho personal para el trabajador*”³⁵⁶.

El fundamento de esta doctrina es muy claro, ya que en palabras del Tribunal Supremo, el trabajador presenta una clara voluntad de postergar el interés de la empresa a la que está ligado por medio de un contrato de trabajo por el afán personal de obtener beneficios ampliando y traspasando la órbita de su debida actuación personal³⁵⁷, por lo que se produce una veda de las actuaciones en función de un interés exclusivo, propio del trabajador, con pérdida del sentido de la utilidad común, entendida como la que radica en la empresa para la que presta servicios³⁵⁸.

³⁵³ Entre las sentencias de este tribunal que se ocupan de esta materia véase la STS 19 de febrero de 1946 (Ar. 227), STS 16 de diciembre de 1957 (Ar. 3584). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente Tutor y Guelbenzu, STS 9 de junio de 1964 (Ar. 2952). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros, STS 13 de octubre de 1980 (Ar. 3987). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez y STS 27 de septiembre de 1988 (Ar. 7124). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno.

³⁵⁴ Sobre este tema véase la STCT 29 de octubre de 1975 (Ar. 4674). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 25 de noviembre de 1975 (Ar. 5259). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 8 de enero de 1979 (Ar. 4). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 11 de junio de 1980 (Ar. 3437). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 17 de febrero de 1981 (Ar. 1085). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 21 de abril de 1981 (Ar. 2689). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 30 de septiembre de 1981 (Ar. 5549). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 9 de marzo de 1982 (Ar. 1470). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 13 de mayo de 1982 (Ar. 2828). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³⁵⁵ Entre todas las sentencias véase la STSJ Andalucía/Granada de 2 de noviembre de 1993 (Ar. 4843). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Hernández Ruiz, STSJ Cataluña de 16 de noviembre de 1993 (Ar. 4894). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos, STSJ Galicia de 14 de enero de 1994 (Ar. 207). Ponente Ilmo. Sr. D. Benedicto Cea Ayala, STSJ Extremadura de 24 de enero de 1994 (Ar. 48). Ponente Ilmo. Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano, STSJ Madrid de 14 de abril de 1994 (Ar. 1587). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza, STSJ Madrid de 13 de mayo de 1994 (Ar. 1989). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza, STSJ Cataluña de 21 de junio de 1994 (Ar. 2590). Ponente Ilmo. Sr. D. José de Quintana Pellicer, STSJ Murcia de 27 de junio de 1994 (Ar. 2663). Ponente Ilmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan, STSJ Comunidad Valenciana de 5 de julio de 1994 (Ar. 3225). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Extremadura de 5 de abril de 1995 (Ar. 1426). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez, STSJ Canarias/Las Palmas de 8 de junio de 1995 (Ar. 2606). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas, STSJ Cataluña de 7 de febrero de 1996 (Ar. 1085). Ponente Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu Llansà, STSJ Cataluña de 8 de noviembre de 1996 (Ar. 4823). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa M. Virolés Piñol y STSJ Cataluña de 21 de mayo de 1997 (Ar. 1962). Ponente Ilmo. Sr. D. José de Quintana Pellicer.

³⁵⁶ SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Nápoles, 1978, pág. 183.

³⁵⁷ STS 5 de junio de 1990 (Ar. 5015). Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral.

³⁵⁸ STS 7 de julio de 1988 (Ar. 5774). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

Este concepto de beneficio personal del trabajador es por supuesto complejo, y por esta razón, la jurisprudencia ha realizado un análisis de toda una serie de parámetros o notas fundamentales que pueden ser hallados en esta figura, entre las que se van a destacar las siguientes cinco.

A) El beneficiario es un tercero

Si bien es verdad que se trata de erradicar las conductas en las que el trabajador perciba un beneficio en detrimento del patrimonio del empresario, por tanto, que éste sea el único destinatario, también existen supuestos en los que el beneficiario es un tercero, normalmente un familiar del trabajador, como puede observarse en estos dos supuestos siguientes. En el primero, el trabajador es despedido por autorizar la utilización de fondos de la empresa en la que presta servicios para satisfacer necesidades propias o de sus familiares o empresas en las que participaba y su deslealtad al facilitar una situación de agobio económico que no se hubiera podido salvar sin el apoyo financiero de dicha empresa³⁵⁹. En el segundo, el trabajador, expendedor de estación de servicio que ha realizado ciertas anomalías anteriormente y que detecta la empresa que un cuñado suyo siempre viene a poner gasolina durante su turno y se dirige exclusivamente a él³⁶⁰.

Sin embargo, también se dan casos en los que no existe, al menos aparentemente, ningún tipo de relación entre el trabajador que comete la infracción y el sujeto que se beneficia de ella. Por ejemplo, en un supuesto en el que el trabajador facilitaba los datos personales de los compañeros de trabajo a otra empresa con el objeto de que ésta pueda emitir facturas falsas a efectos fiscales³⁶¹. Incluso en un supuesto el beneficio es totalmente indirecto, ya que las actividades que se consideran fraudulentas fueron realizadas por el marido, pero al ser hechas en beneficio de una empresa familiar, benefician a la trabajadora de la empresa que sufrió dichos actos³⁶².

B) Consumación del perjuicio

Suele ser considerado como irrelevante por la jurisprudencia el hecho que el beneficio se haya consumado o se encuentre en potencia³⁶³.

C) Voluntariedad en la actuación

Está claro que la obtención del beneficio por parte del trabajador siempre lleva aparejado una cierta voluntariedad por su parte, sobre todo cuando se puede demostrar que no existe un error involuntario, sino una decidida y consciente actuación persecutoria de un lucro personal a costa del perjuicio económico de la empresa³⁶⁴. Esta voluntad puede ser clara y decidida o presentar ciertas ambigüedades, como puede observarse en los dos siguientes ejemplos.

³⁵⁹ STCT 9 de febrero de 1979 (Ar. 845). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso.

³⁶⁰ STSJ Galicia de 12 de diciembre de 1995 (Ar. 4583). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto.

³⁶¹ STSJ Cantabria de 5 julio de 1996 (Ar. 3268). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sáinz.

³⁶² STS 23 de diciembre de 1986 (Ar. 7583). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez.

³⁶³ STSJ Madrid de 4 de febrero de 1993 (Ar. 942). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Arteaga Cerrada.

³⁶⁴ En este tema véase la STCT 31 de octubre de 1974 (Ar. 4457). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González. De la misma manera, STSJ Castilla y León/Burgos de 31 de julio de 1993 (Ar. 3373). Ponente Ilma. Sra. D^a Marta Tucanda Martínez.

En el primero, el trabajador, puesto de acuerdo con otro trabajador de la empresa en la que presta servicios, procedieron a aumentar el número de desmontajes que la empresa entregaba a este trabajador para realizar en su domicilio, lo que posibilitó que éste facturara un número muy superior de los mismos al efectivamente realizado con el consiguiente perjuicio económico de la empresa y enriquecimiento del trabajador que compensaba al otro trabajador por su colaboración en 100.000 pesetas mensuales³⁶⁵. Mientras que en el segundo caso, el trabajador era encargado del pesado de la uva, y después de haber realizado esta operación hizo desaparecer los tickets con las anotaciones correspondientes, de manera que, aunque existen diferencias, no se puede demostrar que realmente se deba a actos en beneficios de esta persona³⁶⁶.

D) Diferentes consecuencias según las cuantías

La jurisprudencia suele otorgar diferentes consecuencias jurídicas según la cuantía del beneficio del trabajador sea ínfima o relevante.

En el primer caso, los tribunales han entendido que no es óbice para que una conducta sea considerada como transgresora de la buena fe contractual el escaso beneficio que el trabajador haya podido obtener por dichos trabajos y el mínimo perjuicio causado a la empresa³⁶⁷. Sin embargo, en este concepto de escaso beneficio, se deben incluir tres categorías, según no haya ningún tipo de beneficio en absoluto, sea mínimo, o, siendo pequeño, la reiteración lo convierte en relevante. En cuanto al primer grupo, la jurisprudencia no dudó en declarar la procedencia del despido en un supuesto de un trabajador que autoriza a una empresa la expedición de facturas de gasoil a su nombre, sin que existan beneficios para el trabajador³⁶⁸. En el segundo grupo, cabe incluir supuestos tan variados como la sustracción de un teléfono normal³⁶⁹, una vendedora de un supermercado que se apodera de algunos refrescos para consumo propio³⁷⁰ o incluso un conductor de autobús que entrega billetes usados, con lo que consigue unos beneficios muy escasos, ya que sólo lo realiza en una ocasión³⁷¹. Finalmente, en este tercer grupo en el que la relevancia de la cantidad se consigue por la reiteración de las conductas, se puede citar el supuesto de una cajera de supermercado que no registra las ventas realizadas consistentes en cantidades ínfimas, pero que por ser una conducta reiterada, se convierte en una cantidad importante³⁷² o el caso de una ocultación de servicios realizados, así como sus correspondientes ingresos, por cantidad ínfimas, pero al ser llevado a cabo durante bastantes ocasiones, la cantidad alcanza una cuantía relevante³⁷³.

³⁶⁵ STSJ Cataluña de 18 de abril de 1996 (Ar. 1449). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

³⁶⁶ STSJ Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 1996 (Ar. 347). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Librán Sáinz de Baranda.

³⁶⁷ Sobre este tema véase la STS 13 de octubre de 1980 (Ar. 3987). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez. Igualmente, STCT 15 de febrero de 1973 (Ar. 705). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García y STCT 17 de septiembre de 1982 (Ar. 4819). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

³⁶⁸ STSJ Cantabria de 5 julio de 1996 (Ar. 3268). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sáinz.

³⁶⁹ STSJ Cataluña 18 de junio de 1998 (Ar. 3160). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.

³⁷⁰ STSJ Castilla y León/Burgos 27 de julio de 1998 (Ar. 3236). Ponente Ilma. Sra. D^a. María Teresa Monasterio Pérez.

³⁷¹ STSJ Cataluña de 4 de junio de 1993 (Ar. 2960). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

³⁷² STSJ Galicia de 12 de mayo de 1995 (Ar. 1900). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto, STSJ Cataluña de 23 de enero de 1995 (Ar. 294). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez y STSJ Cataluña de 7 de abril de 1997 (Ar. 1415). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

³⁷³ STSJ Cataluña de 9 de mayo de 1995 (Ar. 1952). Ponente Ilmo. Sr. D. Pons Feliu Llansà.

En el segundo caso, la jurisprudencia ha tenido en cuenta aquellas situaciones en que el beneficio para el trabajador es de un valor relevante para utilizarlo como factor agravante de dicha conducta. Sobre este tema se debe realizar tres observaciones. En primer lugar, hay supuestos en los que el tribunal delimita claramente cuál es el beneficio del trabajador. Por ejemplo, en un caso muy concreto que resuelve el Tribunal Supremo en el que declara que por la negligencia observada por el trabajador en el cumplimiento de sus deberes laborales a lo largo del tiempo en que ha prestado sus servicios como administrador del hospital, injustificadamente se ha enriquecido éste en cantidades que no se han precisado para los años anteriores y posteriores al año 1978, pero que podían ser análogas a la conocida, ascendente a 126 millones de pesetas³⁷⁴. En segundo lugar, normalmente existe una actividad muy concreta, la prestación de servicios en entidades bancarias y crediticias que, cuando se producen actos que benefician al trabajador suelen ser cantidades de gran importancia³⁷⁵. En tercer lugar, en algunas ocasiones, el beneficio del trabajador no es económico, sino que opera a otros niveles, como puede ser a los efectos incluso delictivos. Así se puede observar cuando se hurtan bienes varios del Cuerpo Nacional de Policía, que tienen un valor económico muy limitado, ya que se trata de una linterna y de elementos reflectores³⁷⁶ o si se produce una apropiación de documentación falsificada correspondiente a fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado, como pueden ser carnets³⁷⁷.

E) Relación entre el beneficio y el perjuicio

Se suele apreciar una cierta relación entre el beneficio del trabajador y el perjuicio que sufre el empresario para el que presta los servicios y que suele ser el objetivo de dicho daño. Esta conexión puede tener tres diferentes niveles, aunque en los tres, el resultado sea, normalmente, el mismo, la declaración de procedencia del despido cuando el trabajador lleva a cabo un acto que le supone un beneficio.

En el supuesto más normal, se produce daño para la empresa y beneficio para el trabajador, ya que el trabajador ha actuado en su propio beneficio y en daño y perjuicio de la empresa a la que venía prestando servicios³⁷⁸. Esta afirmación claramente puede observarse en un caso analizado por el Tribunal Supremo en el que el trabajador pretendió bajo amenaza, obtener una indemnización por cese, de entidad muy superior a la legalmente establecida, aludiendo a documentos contables que había desaparecido de la empresa, los que afirmaba volverían a su sitio de lograrse tal acuerdo³⁷⁹.

³⁷⁴ STS 20 de enero de 1981 (Ar. 218). Ponente Excmo. Sr. D. Julián González Encabo.

³⁷⁵ Entre las innumerables sentencias que tratan esta materia, se refieren a esta extraordinaria cuantía la STSJ La Rioja de 23 de marzo de 1992 (Ar. 1178). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie, STSJ Galicia de 27 de octubre de 1993 (Ar. 4253). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto, STSJ Andalucía/Málaga de 19 de abril de 1994 (Ar. 1677). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Navas Galisteo, STSJ Cataluña de 5 de septiembre de 1994 (Ar. 3476). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Viroles Piñol, STSJ Andalucía/Granada de 31 de enero de 1995 (Ar. 175). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Pérez y Pérez, STSJ Galicia de 14 de julio de 1995 (Ar. 2798). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López, STSJ Cataluña de 8 noviembre de 1996 (Ar. 4823). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa M. Virolés Piñol, STSJ Aragón 8 de febrero de 1999 (Ar. 126). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Molins García-Atance y STSJ Cataluña 20 de mayo de 1999 (Ar. 2232). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

³⁷⁶ STSJ Cataluña de 18 de abril de 1996 (Ar. 1450). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

³⁷⁷ STSJ La Rioja de 6 de octubre de 1994 (Ar. 3974). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie.

³⁷⁸ STCT 8 de febrero de 1977 (Ar. 667). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³⁷⁹ STS 28 de junio de 1990 (Ar. 5533). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador.

Sin embargo, algo más extraño, cabe decir que aparece perjuicio a la empresa, vaya o no acompañado de un beneficio para el trabajador³⁸⁰. Por esta razón se puede afirmar que no es necesario acreditar que la actuación del trabajador redunde en beneficio de su propia persona o de un tercero, porque tan desleal es quien se aprovecha del beneficio que le procura su torcida conducta, como quien, voluntariamente, perjudica a la empresa en las operaciones o tareas encomendadas, aunque ello no le origine lucro personal³⁸¹.

Quizás en el caso más peculiar de los tres, el trabajador resulta beneficiado, pero la empresa no sufre ningún perjuicio, al menos, directamente. Así, puede observarse en el caso de un médico, que siendo gratuitos los actos médicos realizados a los beneficiarios de la Seguridad Social, percibió 800 pesetas por librar un certificado de defunción³⁸² o si se produce un incumplimiento contractual de quien ostentando la categoría profesional de contraamaestre obtiene un beneficio para sí de modo fraudulento. En este segundo supuesto, la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró que, si bien no se ha causado un perjuicio directo a la empresa, si lo ha generado a terceras personas, a los clientes de la misma, por lo que es difícil de imaginar que no vaya a existir el consiguiente desprestigio para la entidad en la que presta servicios una vez conocido dicho fraude³⁸³.

En este orden de cosas, si se estudian los supuestos analizados por la jurisprudencia se puede observar que los casos en los que se da mayor relevancia a la presencia de un beneficio por parte del trabajador pueden ser agrupados en los siguientes seis bloques.

a) Realización de trabajos durante la Incapacidad Temporal

En cuanto a la realización de trabajos remunerados en situación de incapacidad temporal, aquellas personas que prestan sus servicios a otra empresa, siendo éstos de carácter más o menos reiterado y no meros actos ocasionales o aislados, se observa que aparece una conducta de aprovechamiento de una situación protegida por la Seguridad Social para obtener un ventajoso beneficio, restando su esfuerzo para recuperarse, amparándose en una situación que por definición exige que el trabajador esté impedido para la realización de cualquier tipo de actividad remunerada³⁸⁴. Por ejemplo esta situación se puede observar en un supuesto en el que estando de baja por haber sufrido una herida en un pie que le impide realizar trabajos administrativos, no encuentra obstáculo para arbitrar un partido de fútbol, lo que le reporta unos derechos líquidos de 2.900 pesetas y le origina una agravación de aquella lesión³⁸⁵. Es más, en algún caso el beneficio es aún mayor, si, por ejemplo, aparte de las prestaciones

³⁸⁰ STS 18 de noviembre de 1982 (Ar. 6843). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

³⁸¹ STCT 5 de noviembre de 1975 (Ar. 4832). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³⁸² STS 2 de octubre de 1984 (Ar. 5216). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García Murga-Vázquez.

³⁸³ STSJ Madrid de 18 de junio de 1992 (Ar. 3446). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza.

³⁸⁴ Entre las innumerables sentencias del Tribunal Supremo que tratan de este tema véase la STS 8 de julio de 1983 (Ar. 3745). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén, STS 21 de febrero de 1985 (Ar. 679). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres y STS 11 de junio de 1985 (Ar. 3740). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén. Asimismo, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 23 de noviembre de 1973 (Ar. 4733). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 22 de mayo de 1975 (Ar. 2596). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 12 de mayo de 1976 (Ar. 2496). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de junio de 1976 (Ar. 3003). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 10 de junio de 1976 (Ar. 3182). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 12 de abril de 1978 (Ar. 2094). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 15 de octubre de 1980 (Ar. 5094). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STCT 8 de julio de 1981 (Ar. 4809). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera. Asimismo, STSJ Cataluña de 4 de diciembre de 1996 (Ar. 4960). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

³⁸⁵ STCT 30 de septiembre de 1977 (Ar. 4467). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

reglamentarias de la seguridad social el trabajador percibe una cantidad del fondo social y asistencial de la empresa³⁸⁶.

Además, también puede incluirse dentro de este primer grupo una situación parecida a la anterior ya que aparece la transgresión de la buena fe contractual del trabajador a la empresa en la que presta servicios, acompañada de lucro para aquél y perjuicio para ésta, pues no sólo trabajó para otra empresa durante las vacaciones concedidas, sino que lo hizo en una determinada obra, sabiendo que su empresa tenía contratado hacerla ella³⁸⁷.

b) Hurtos

Se incluye en este grupo todas las conductas que proporcionan el beneficio al trabajador por medio de cualquier tipo de hurto. Entre estos actos se pueden citar circunstancias muy variadas entre las que cabe destacar las siguientes: 1) Hurto de prendas de ropa para uso exclusivamente personal³⁸⁸. 2) Facilitar, para su extracción de la empresa, una serie de géneros a un compañero de trabajo, quien posteriormente procedió a venderlos en parte, entregando a aquel una cantidad del valor obtenido³⁸⁹. 3) Apropiación de bienes inservibles de la empresa, pues aunque se admitiese hipotéticamente ese abandono, lo menos que debió hacer el trabajador fue obtener permiso para apoderarse de la chatarra, en lugar de proceder en la forma que lo hizo, no para utilización de los bienes, sino para venderlos y lucrarse con el producto de la venta³⁹⁰. 4) Compra de material robado de la empresa en la que presta servicios que le vende un compañero suyo, cuya finalidad fue el uso particular³⁹¹. 5) Trabajador, dependiente de una tienda, que despachaba mayor cantidad de género que lo correspondiente a lo que pagaban los clientes, obteniendo en su beneficio obsequios como compensación³⁹². 6) Vender productos de la empresa a precio inferior³⁹³. 7) Entregar a los clientes de la empresa en la que presta servicios menor cantidad del género facturado, y con la cantidad no entregada se hacía propio beneficio³⁹⁴. 8) Apropiación de cantidades que han sido entregadas por los clientes de la empresa en la que presta servicios como pago de servicios realizados o productos adquiridos³⁹⁵. 9) Retener las cantidades percibidas del INO en 10 y 18 de marzo, procedentes de liquidaciones de seguros sociales, con saldo acreedor de clientes de la empresa, sin conocimiento ni autorización de la empresa, las que no devolvió hasta que fue requerido para ello, alegando como causa de tal retención que había necesitado el dinero³⁹⁶.

³⁸⁶ STCT 4 de mayo de 1974 (Ar. 2107). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

³⁸⁷ STCT 5 de abril de 1978 (Ar. 1931). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla y STS 11 de abril de 1979 (Ar. 1673). Ponente Excmo. Sr. D. Mamerto Cerezo Abad.

³⁸⁸ STSJ Cataluña de 25 de enero de 1995 (Ar. 303). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.

³⁸⁹ STCT 18 de octubre de 1980 (Ar. 5164). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amann.

³⁹⁰ STCT 28 de febrero de 1974 (Ar. 1056). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón.

³⁹¹ STSJ Cataluña de 20 de septiembre de 1996 (Ar. 4457). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Viroles Piñol.

³⁹² STCT 13 de febrero de 1979 (Ar. 930). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

³⁹³ STSJ Aragón de 21 de diciembre de 1994 (Ar. 3294). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Molins Guerrero.

³⁹⁴ STCT 21 de abril de 1982 (Ar. 2334). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez y STCT 8 de junio de 1982 (Ar. 3466). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³⁹⁵ Entre las innumerables sentencias que tratan este tema véase la STS 15 de julio de 1981 (Ar. 3187). Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Hernández Gil, STS 15 de enero de 1986 (Ar. 228). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García, STS 21 de enero de 1986 (Ar. 261). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, STS 27 de octubre de 1986 (Ar. 5907). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García y STS 6 de julio de 1987 (Ar. 5088). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres. Igualmente, STCT 5 de noviembre de 1981 (Ar. 6453). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua y STCT 4 de febrero de 1982 (Ar. 617). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez. De la misma manera, STSJ Cataluña de 27 de junio de 1996 (Ar. 3388). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego y STSJ Cataluña 26 de mayo de 1997 (Ar. 1967). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

³⁹⁶ STCT 4 de febrero de 1981 (Ar. 715). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso.

10) Trabajador que realiza sus servicios como conductor y cobrador de autobús que obtiene beneficio mediante la reventa a los usuarios billetes ya utilizados por otros viajeros, cuyo importe hacía suyo³⁹⁷, entregando dos billetes a dos pasajeros de 8 pesetas y de 12 pesetas cuando los citados viajeros habían abonado por ellos 22 y 50 pesetas respectivamente³⁹⁸ o sencillamente, aplicando las recaudaciones que obtenía en su puesto de trabajo, a necesidades propias sin proceder a su ingreso en la empresa³⁹⁹. 11) Aumentar los gastos que debe cobrar el trabajador como consecuencia de la actividad laboral que presta⁴⁰⁰. 12) Haber fingido la firma de talones⁴⁰¹. 13) Consignación de datos inexistentes en las liquidaciones por comisiones a que tiene derecho el trabajador por la especial actividad laboral que lleva cabo⁴⁰² y 14) Desviar los descuentos realizados en las operaciones que lleva a cabo por cuenta de la empresa para beneficiarse de los mismos⁴⁰³.

c) Realización de trabajos personales

Cabe insertar en este capítulo las conductas que generan beneficio al trabajador debido a que durante la jornada ordinaria de trabajo, retribuida por la empresa en la que presta servicios, se dedica a realizar trabajos personales que también suele cobrarlos⁴⁰⁴. Dichos actos, en algunas ocasiones no tienen nada qué ver con la actividad principal de la empresa en la que presta servicios, mientras que en otros supuestos, además suponen actos de concurrencia desleal. El primer caso puede observarse cuando una trabajadora durante las horas de trabajo se dedicaba a cuidar niños sin autorización de la demandada, mediante remuneración⁴⁰⁵. El segundo caso aparece cuando los trabajadores, en el centro de trabajo y durante la jornada laboral atendieron personalmente a una cliente, que creyendo contrataba con la empresa, realizó un encargo sobre materia propia de la actividad industrial de la misma, encargo que los actores no transmitieron a la empresa con el propósito deliberado de realizarlo por si mismos haciendo suyo el probable beneficio económico, a cuyo objeto llegaron a solicitar un anticipo al cliente⁴⁰⁶.

³⁹⁷ STCT 6 de junio de 1978 (Ar. 3480). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

³⁹⁸ STCT 22 de febrero de 1979 (Ar. 1187). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla y STCT 6 de abril de 1979 (Ar. 2264). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Anton-Pacheco García.

³⁹⁹ STCT 26 de febrero de 1981 (Ar. 1333). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sanchez-Morales de Castilla.

⁴⁰⁰ STS 17 de septiembre de 1981 (Ar. 3425). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez. Igualmente, STSJ Madrid de 18 de junio de 1992 (Ar. 3446). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza.

⁴⁰¹ STSJ Madrid de 18 de enero de 1993 (Ar. 291). Ponente Ilma. Sra. Dña. Rosa María Arteaga Cerrada.

⁴⁰² STSJ Galicia de 3 de marzo de 1993 (Ar. 1341). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis F. de Castro Fernández.

⁴⁰³ STS 21 de mayo de 1987 (Ar. 3766). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

⁴⁰⁴ Entre todas las sentencias que tratan esta materia véase la STS 19 de julio de 1986 (Ar. 4258). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén, STS 29 de junio de 1988 (Ar. 6038). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla y STS 5 de diciembre de 1989 (Ar. 8934). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde. En el mismo sentido, STCT 28 de septiembre de 1973 (Ar. 3540). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 27 de octubre de 1973 (Ar. 4072). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 26 de noviembre de 1980 (Ar. 6180). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez. Igualmente, STSJ Cataluña de 21 de mayo de 1997 (Ar. 1962). Ponente Ilmo. Sr. D. José de Quintana Pellicer.

⁴⁰⁵ STCT 26 de enero de 1979 (Ar. 415). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Anton-Pacheco García.

⁴⁰⁶ Entre las numerosas sentencias que tratan este asunto véase la STS 16 de noviembre de 1982 (Ar. 6712). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Climent González. Igualmente, STCT 28 de junio de 1979 (Ar. 4517). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera. De la misma manera, STSJ País Vasco de 12 de julio de 1994 (Ar. 2896). Ponente Ilma. Sra. D^a. M^a Rivas Díaz de Antoñana, STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20 de julio de 1994 (Ar. 2916). Ponente Ilma. Sra. D^a. Carmen Sánchez-Parodi Pascua, STSJ Galicia de 15 de septiembre de 1994 (Ar. 3411). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto, STSJ Cataluña de 3 de febrero de 1995 (Ar. 673). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez y STSJ Madrid de 19 de diciembre de 1996 (Ar. 4690). Ponente Ilma. Sra. D^a. Miriam de la Fuente García.

d) Utilización de bienes de la empresa con fines propios

Se incluyen todos los actos que de alguna manera suponen utilización de bienes de la empresa con fines propios personales del trabajador⁴⁰⁷. En este tema hay que remarcar dos supuestos. El primero se refiere a un trabajador que realizando un trabajo de albañilería concertado por su cuenta, utilizó para tal fin un saco de cemento y otro de yeso, propiedad del constructor a cuyo servicio se encontraba. El Tribunal entendió que aunque los sacos no se sustrajeran y aunque su uso no fuera consecuencia de premeditación, lo cierto es que el hecho de estar el material, no cerrado ni oculto, sino al alcance del trabajador, demuestra que la empresa tenía puesta en él una confianza, respecto de la cual se produjo un abuso indudable al apropiarse el interesado de los dos sacos antedichos y hacerlo en beneficio propio. Por esta razón, este comportamiento, que además podía haber supuesto competencia desleal, es transgresor, ya que según el Tribunal, de haberse encontrado con una efectiva necesidad de utilizar los sacos, un imperativo de lealtad le obligaba, o a pedir permiso para ello, o, si tal cosa no fuera posible en el momento, a reponerlos en el siguiente día o a dar cuenta, por lo menos, de su extralimitación⁴⁰⁸. En el segundo, un trabajador instaló un radio-cassete en un automóvil vendido por un amigo a otra persona, instalación que hizo sin autorización de la empresa y por decisión particular, utilizando las herramientas del centro de trabajo, empleando un tiempo que hizo consta en la ficha de control como utilizado en labores del taller, y aunque con anterioridad a la instalación no exigió precio alguno, una vez instalada la radio, el vendedor del automóvil le gratificó con 1.500 pesetas, cantidad que se reembolsó del comprador⁴⁰⁹.

e) Comisiones

Se enmarcan en este bloque los casos relativos a solicitud de comisiones a las empresas que realizan operaciones económicas para la empresa en la que presta servicios, ya que se produce normalmente la conciencia en el trabajador de tal infracción a dichos deberes, junto a un beneficio propio del trabajador y un perjuicio económico de la empresa⁴¹⁰.

f) Concurrencia desleal

Cabe incluir todas aquellas actividades que de alguna manera pueden incluirse en el concepto más general de concurrencia desleal⁴¹¹. El fundamento de este bloque, como después quedará suficientemente justificado, es muy claro desde un doble punto de vista. En primer lugar, ya que se ha considerado que en estos casos el trabajador utiliza los conocimientos y la experiencia adquiridos en la empresa en su propio beneficio y, por

⁴⁰⁷ Respecto a este tema véase la STS 12 de marzo de 1984 (Ar. 1552). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, STS 18 de julio de 1985 (Ar. 3807). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos y STS 8 de octubre de 1988 (Ar. 7550). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand. En este mismo sentido, STCT 19 de mayo de 1976 (Ar. 2654). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 22 de mayo de 1979 (Ar. 3338). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Roa Rico, STCT 10 de febrero de 1981 (Ar. 894). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 23 de abril de 1981 (Ar. 2730). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STCT 29 de septiembre de 1981 (Ar. 5489). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso. Igualmente, STSJ Galicia de 18 de mayo de 1995 (Ar. 1904). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto y STSJ Murcia 15 de junio de 1999 (Ar. 2504). Ponente Ilmo. Sr. D. José Luis Alonso Saura.

⁴⁰⁸ STCT 17 de febrero de 1978 (Ar. 1026). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

⁴⁰⁹ STCT 1 de junio de 1978 (Ar. 3386). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

⁴¹⁰ STCT 31 de mayo de 1978 (Ar. 3306). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

⁴¹¹ En este tema véase la STS 30 de septiembre de 1982 (Ar. 5321). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez. Igualmente, STCT 1 de febrero de 1977 (Ar. 465). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis y STCT 24 de enero de 1979 (Ar. 346). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Anton-Pacheco García.

supuesto, en perjuicio de los intereses de ésta⁴¹². En segundo lugar, puesto el trabajador en la disyuntiva de repartir la atención a la empresa en la que trabaja y en la suya propia, el Tribunal Supremo entiende que preferirá el suyo con una mayor dedicación que restará la que debe en virtud del contrato de trabajo, ya que de éste podrá obtener mayor beneficio⁴¹³.

Sin embargo, en algunos supuestos analizados por la jurisprudencia, los tribunales han declarado que aunque no existieran beneficios para el trabajador, la calificación del despido también tenía que ser la misma que la vista en los casos anteriores, la procedencia⁴¹⁴; sobre todo si esta falta de beneficios se debía, por ejemplo, a que el trabajador hubiera actuado por razones de amistad y benevolencia⁴¹⁵ o porque devolvió la cantidad sustraída en su integridad⁴¹⁶. En estos casos, el fundamento para dicha declaración suele estar contenido en el daño que se ha creado al patrimonio de la empresa⁴¹⁷.

⁴¹² Entre las innumerables sentencias que utilizan este argumento véase la STS 16 de marzo de 1990 (Ar. 2163). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López y STS 17 de mayo de 1991 (Ar. 3916). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde. De la misma manera, entre las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ Cataluña de 14 de febrero de 1992 (Ar. 826). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido, STSJ Castilla y León/Valladolid de 3 de marzo de 1992 (Ar. 1437). Ponente Ilmo. Sr. D. José Méndez Holgado, STSJ Aragón de 1 de julio de 1992 (Ar. 3893). Ponente Ilmo. Sr. D. Benjamin Blasco Segura, STSJ Comunidad Valenciana de 14 de julio de 1992 (Ar. 3950). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Navarra de 2 de junio de 1993 (Ar. 2709). Ponente Ilmo. Sr. D. José Antonio Álvarez Caperochipi, STSJ Andalucía/Granada de 2 de noviembre de 1993 (Ar. 4843). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Hernández Ruiz, STSJ Cataluña de 16 de noviembre de 1993 (Ar. 4894). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos, STSJ Galicia de 14 de enero de 1994 (Ar. 207). Ponente Ilmo. Sr. D. Benedicto Cea Ayala, STSJ Extremadura de 24 de enero de 1994 (Ar. 48). Ponente Ilmo. Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano, STSJ Madrid de 14 de abril de 1994 (Ar. 1587). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza, STSJ Madrid de 13 de mayo de 1994 (Ar. 1989). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza, STSJ Cataluña de 21 de junio de 1994 (Ar. 2590). Ponente Ilmo. Sr. D. José de Quintana Pellicer, STSJ Murcia de 27 de junio de 1994 (Ar. 2663). Ponente Ilmo. Sr. D. Joaquín Samper Juan, STSJ Comunidad Valenciana de 5 de julio de 1994 (Ar. 3225). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Andalucía/Málaga de 7 de noviembre de 1994 (Ar. 4272). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu, STSJ Extremadura de 5 de abril de 1995 (Ar. 1426). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez, STSJ Madrid de 11 de abril de 1995 (Ar. 1659). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio de la Cueva Vázquez, STSJ Galicia de 18 de mayo de 1995 (Ar. 1904). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto, STSJ Comunidad Valenciana de 20 de febrero de 1996 (Ar. 1068). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cota Díaz, STSJ Cataluña de 15 de marzo de 1996 (Ar. 1879). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos, STSJ Galicia de 27 de agosto de 1996 (Ar. 2753). Ponente Ilmo. Sr. D. Adolfo Fernández Facorro y STSJ País Vasco de 26 de febrero de 1997 (Ar. 231). Ponente Ilmo. Sr. D. Benito Raboso del Amo.

⁴¹³ STS 18 de julio de 1988 (Ar. 6174). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

⁴¹⁴ Sobre este tema véase la STS 16 de septiembre de 1982 (Ar. 5029). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STS 15 de octubre de 1983 (Ar. 5098). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna y STS 13 de noviembre de 1989 (Ar. 8045). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López. De la misma manera, STCT 31 de enero de 1974 (Ar. 459). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 23 de mayo de 1975 (Ar. 2621). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 2 de octubre de 1978 (Ar. 4914). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 27 de noviembre de 1978 (Ar. 6545). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez y STCT 19 de abril de 1979 (Ar. 2362). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso.

⁴¹⁵ STSJ Galicia de 12 de enero de 1996 (Ar. 5). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López.

⁴¹⁶ STS 8 de octubre de 1979 (Ar. 3515). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo Torres-Dulce Ruiz.

⁴¹⁷ Sobre este tema véase la STS 17 de octubre de 1973 (Ar. 3829). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra, STS 9 de octubre de 1979 (Ar. 3524). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez y STS 27 de enero de 1981 (Ar. 278). Ponente Excmo. Sr. D. Fernando Hernández Gil. De la misma manera, STCT 4 de abril de 1974 (Ar. 1732). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 25 de febrero de 1975 (Ar. 1026). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 13 de mayo de 1975 (Ar. 2393). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

Por esta razón, se puede considerar que para la apreciación de la conducta transgresora no es necesaria la demostración o constancia de que el trabajo ha sido remunerado ya que, sobre ser extremo de casi improbable probanza, en nada desvirtúa la naturaleza de la infracción, fundada, como se ha dicho en el perjuicio a la empresa, en la quiebra del deber de lealtad a la misma, sea cual fuere el beneficio económico obtenido por tal dolosa conducta⁴¹⁸. Esta teoría se ha aplicado principalmente en dos supuestos. En primer lugar, cuando se utilizan bienes de la empresa de manera indebida, por ejemplo, en un caso en el que se califica como procedente el despido de una trabajadora aunque no cobrara el servicio irregularmente prestado a una cliente que, desde luego, no ingresó en las arcas de la empresa y, por tanto, no se lucrara directamente con su importe, en cualquier caso existió fraude, al utilizar indebidamente los locales y el material de la propia empresa⁴¹⁹. De la misma manera, si se realizaron trabajos del mismo cometido de la empresa sin su consentimiento, con herramientas de la misma, aunque no se probó si medió precio, toda vez que el titular de la vivienda, donde se realizaron dichos trabajos manifestó ser gratuita su realización⁴²⁰. En segundo lugar, y éste es aún más claro, cuando se produce concurrencia desleal, por ejemplo, si se dedicó a la colocación de cinco cortinas, cobrara o no al beneficiario de dicho trabajo, que es la propia y normal de la empresa y que él mismo desempeñó en ella⁴²¹.

Incluso en algún caso se ha considerado la existencia de transgresión de la buena fe contractual sin existir, de ninguna manera, ningún tipo de beneficio para el trabajador, como en el supuesto analizado por el Tribunal Supremo en el que un trabajador que se cuidaba de percibir el importe de las ventas de cierto material conceptuado como chatarra, cantidades que, sin embargo, no pasaban a engrosar los fondos de la empresa en la que venía prestando sus servicios, por entregarlas directamente al director de la empresa, el que aún después de su cese en la misma por haber pasado a servicio en otra empresa de la competencia de aquella, continuó percibiendo el importe de las ventas de aquel material, al seguir siendo facilitado por el mismo empleado, sin que a ello obste el que no se acredite el lucro personal de dicho trabajador⁴²².

Esto no quiere decir que en determinados casos muy concretos la no existencia de este beneficio para el trabajador haya sido considerada como un elemento que no permite la calificación del despido disciplinario como procedente. Especialmente esta teoría puede observarse en los tres siguientes casos.

En el primer caso, el Tribunal Supremo entendió que un trabajador, que desde las seis de la mañana y una vez cerrada la sala de fiestas de la empresa en la que trabajaba, lo hiciera también en una venta perteneciente a otra empresa, sólo indica que éste, por natural deseo de aumentar sus ingresos o quizá por necesidades de su economía familiar, trabajaba durante una jornada mayor haciendo sus horas de trabajo para empresas distintas que no podían sufrir perjuicio alguno por no interferirse sus respectivos períodos temporales de actividad⁴²³. En el segundo caso, se considera que la conducta del trabajador no obtiene ningún beneficios, ni siquiera el de evitarse la visita, porque aún cuando con destinatario diferente o sin éxito, excluye la existencia de intencionalidad maliciosa. Ahora bien, concluye el Tribunal Supremo, no merecería esta exclusión si los hechos fuesen posteriores a la advertencia o si la

⁴¹⁸ STCT 30 enero de 1980 (Ar. 428). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera.

⁴¹⁹ STCT 8 de marzo de 1978 (Ar. 1518). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

⁴²⁰ STCT 19 de octubre de 1981 (Ar. 5952). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso.

⁴²¹ STCT 11 de marzo de 1978 (Ar. 1607). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

⁴²² STS 28 de septiembre de 1978 (Ar. 3529). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna.

⁴²³ STS 29 de noviembre de 1969 (Ar. 4867). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Victoriano Barquero y Barquero.

empresa exigía la visita directa con la persona del facultativo⁴²⁴. En el tercer caso, en un supuesto en que el trabajador, relata el Tribunal Central de Trabajo, forzado por una situación de subjetiva necesidad, decidió demorar por tres días la entrega de unas cantidades, sin pedir permiso para ello, mas dejando constancia fehaciente de que su intención no iba más allá de esa breve demora que luego se concretó en tres días. Este comportamiento, que según el tribunal, está exento de esa malicia consustancial con el verdadero afán de lucro, que existe siempre que se persigue un ánimo de enriquecimiento, pero no tiene por qué estimarse que se da cuando no ha habido, realmente, apropiación de cantidad, sino tan solo retardo en su entrega por muy breve tiempo, llevado a cabo, además, en forma clandestina y concluido en el previsto ingreso de la suma retenida, cuyo carácter voluntario debe ser admitido⁴²⁵.

No obstante, en la mayoría de ocasiones tanto el Tribunal Supremo⁴²⁶, el Tribunal Central de Trabajo⁴²⁷, las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia⁴²⁸ han declarado que es indiferente para la apreciación de la gravedad de la conducta que se pretende sea calificada como transgresora de la buena fe contractual la presencia o no de este beneficio a favor del trabajador. De la misma manera, también DIEGUEZ entendió que “*la falta es independiente del provecho económico del trabajador*”⁴²⁹.

De la misma manera, tal y como se ha podido observar en el estudio del daño al empresario, también algunas sentencias de los tribunales han considerado que el beneficio

⁴²⁴ STS 16 de septiembre de 1982 (Ar. 5029). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

⁴²⁵ STCT 1 de marzo de 1978 (Ar. 1333). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

⁴²⁶ Respecto a las sentencias del Tribunal Supremo que analizan este asunto véase la STS 28 de septiembre de 1982 (Ar. 5302). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 8 de julio de 1983 (Ar. 3746). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 15 de diciembre de 1983 (Ar. 6212). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 16 de mayo de 1985 (Ar. 2717). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García, STS 27 de enero de 1986 (Ar. 312). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 3 de marzo de 1986 (Ar. 1183). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STS 26 de mayo de 1986 (Ar. 2689). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, STS 25 de mayo de 1987 (Ar. 3867). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres y STS 20 de enero de 1990 (Ar. 170). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

⁴²⁷ Entre las múltiples sentencias de este Tribunal que tratan este tema véase la STCT 31 de enero de 1980 (Ar. 467). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 15 de abril de 1980 (Ar. 2119). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 20 de mayo de 1980 (Ar. 2871). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 12 de junio de 1980 (Ar. 3478). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 17 de septiembre de 1980 (Ar. 4406). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 25 de setiembre de 1980 (Ar. 4591). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 21 de abril de 1981 (Ar. 2689). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 30 de junio de 1981 (Ar. 4537). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 17 de noviembre de 1981 (Ar. 6692). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 2 de febrero de 1982 (Ar. 576). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 11 de mayo de 1982 (Ar. 2771). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 5 de noviembre de 1982 (Ar. 6057). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan, STCT 7 de diciembre de 1982 (Ar. 7061). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 9 de diciembre de 1982 (Ar. 7125). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan.

⁴²⁸ Entre éstas véase la STSJ Baleares de 14 de mayo de 1992 (Ar. 2327). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Muñoz Jiménez, STSJ Madrid de 28 de octubre de 1992 (Ar. 4950). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan, STSJ Madrid de 4 de febrero de 1993 (Ar. 942). Ponente Ilma. D^a. Rosa María Arteaga Cerrada, STSJ Cataluña de 30 de abril de 1993 (Ar. 1882). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, STSJ Cataluña de 16 de noviembre de 1993 (Ar. 4894). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos, STSJ Galicia de 18 de enero de 1995 (Ar. 143). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto, STSJ Galicia de 12 de enero de 1996 (Ar. 5). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Luis Martínez López, STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 1996 (Ar. 4443). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol y STSJ Andalucía/Málaga de 14 de octubre de 1996 (Ar. 3696). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

⁴²⁹ DIEGUEZ CUERVO, *La fidelidad del trabajador en LCT*, Pamplona, (Ediciones Universidad de Navarra, SA), 1969, págs. 29-30.

para el trabajador no se puede entender como un elemento constituyente de la conducta, de manera que depende de si existe o no simplemente, sino que ha de ser entendido como un componente que permita valorar la gravedad de la conducta⁴³⁰, de acuerdo con la regulación establecida en el art. 54.1 TRET, gravedad que puede venir dada por circunstancias distintas y según los supuestos.

Así, en varias ocasiones, el beneficio ha servido para agravar la consideración sobre la citada conducta, como se puede observar en los dos siguientes ejemplos. En el primer caso el Tribunal Supremo entendió que la conducta se agrava mas todavía si se tiene en cuenta que tales acciones y omisiones fueron realizadas por el empleado en interés de su propia esposa, de la comunidad conyugal en definitiva, ya que cosa distinta hubiera sido si obtenido el despacho de la documentación sin cubrir las formalidades habituales, inmediatamente hubiera hecho el pago de la deuda que tal despacho generaba, sin esperar que transcurriera mas de un trimestre durante el cual se produjeron varias reclamaciones⁴³¹. En el segundo caso, el comportamiento del trabajador es declarado por la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña como especialmente grave y reprochable cuando resulta que su actuación no es debida a un simple error, descuido o distracción en la gestión de las transacciones, sino a una deliberada e intencionada voluntad de beneficiar a la empresa con la que mantiene relaciones particulares frente a otra entidad acreedora de la misma⁴³².

Por esta razón, si bien el beneficio del trabajador ha de ser considerado como un ingrediente altamente cuantitativo, las circunstancias de la gravedad de la conducta deben valorarse también teniendo en cuenta otros datos, como es el puesto que ocupaba el actor, que evidentemente ocupaba un puesto alto con importantes responsabilidades y si su actuación consistente en autorizar el crédito o facilitar la concesión pudiese tal vez analizarse bajo otro prisma, si de tercero se tratase en ausencia de todo interés propio⁴³³.

Es evidente que en este tema, el beneficio que pueda reportar la conducta transgresora para el trabajador se deben aplicar las mismas reglas que las que se han visto para el caso del daño o perjuicio al empresario. La cuestión fundamental no es la cuantía del citado beneficio, sino la conducta en si. En determinados comportamientos este componente del beneficio será irrelevante, mientras que en otros actos del trabajador será considerado como un elemento más a los efectos de valorar si la conducta es suficientemente grave para ser considerada como transgresora de la buena fe contractual.

2.9.- SUPUESTOS EN LOS QUE LA PRESENCIA DEL DAÑO ES RELEVANTE

Tal y como se ha afirmado, existen toda una serie de supuestos en los que el daño sufrido por el empresario o el correlativo beneficio para el trabajador no son relevantes, ya que la ejecución de las propias conductas es suficientemente grave como para cumplir el requisito regulado en el art. 54.1 TRET. Sin embargo, en otras conductas estos conceptos sí que forman parte de los elementos que han de ser valorados a los efectos delimitar la correspondiente transgresión de la buena fe contractual. En este apartado se intenta recoger los casos más comunes analizados por la jurisprudencia, así como los elementos que, en esta materia, han presentado mayores conflictos. Concretamente los supuestos son cinco, más la

⁴³⁰ STS 9 de octubre de 1979 (Ar. 3524). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez y STS 7 de febrero de 1990 (Ar. 836). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

⁴³¹ STS 10 de marzo de 1981 (Ar. 1335). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos.

⁴³² STSJ Cataluña 20 de mayo de 1999 (Ar. 2232). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego.

⁴³³ STSJ Castilla y León/Valladolid de 9 de enero de 1996 (Ar. 711). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Álvarez Anlló.

competencia desleal, que por su importancia en este tema, es estudiada de manera independiente.

2.9.1.- INCAPACIDAD TEMPORAL

El trabajador se encuentra en una situación de incapacidad temporal, según el art. 128.1.a) TRLGSS cuando debido a enfermedad común o profesional y a accidente sea o no de trabajo, reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogable por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede ser dado de alta médica por curación. En este tema, la relación entre el daño y/o beneficio y la contingencia se deriva de cuatro cuestiones.

A) Realización de actividades durante esta situación

Tal y como ha declarado el Tribunal Supremo, es justo que la enfermedad del trabajador esté protegida aunque esta protección conlleve quebranto económico y de organización en la empresa, pero ello mismo exige un leal comportamiento en el operario, absteniéndose de bajas innecesarias y cooperando activamente a su curación⁴³⁴. Por esta razón los conflictos surgen cuando, durante este período el trabajador lleva a cabo algún tipo de actividad, ya que surge la cuestión relativa a si el acto en sí tiene algún tipo de relevancia, negativa se supone, para el proceso curativo.

Es evidente que no se puede prohibir al trabajador la realización de cualquier tipo de actividad, por tanto, se ha de definir qué tipo de actos puede realizar y cuáles no. En esta materia los tribunales han aportado dos tipos de soluciones.

En primer lugar, la solución más clásica, y más extendida consiste en entender que la conducta del trabajador será transgresora de la buena fe contractual sólo si "*la actividad desarrollada en I.L.T. perturba o demora la curación del trabajador o su futura aptitud laboral*"⁴³⁵, ya que incluso puede originar una situación de invalidez, por descuido del tratamiento aconsejable para el caso⁴³⁶. Sin embargo, en algunas sentencias se requiere la presencia de otros elementos, como por ejemplo, actos que causen perjuicio a la empresa, o retrasen la curación, o de alguna forma supongan desprestigio o consecuencias materiales desfavorables para la empresa⁴³⁷.

Ahora bien, concretamente en una sentencia de la Sala de lo social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña se determinan dos conductas que cabe entender prohibidas, o si se prefiere, que se podrán considerar como transgresoras de la buena fe contractual. La

⁴³⁴ STS 14 de mayo de 1990 (Ar. 4318). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

⁴³⁵ Sobre este tema véase la STS 18 de octubre de 1976 (Ar. 4483). Ponente Excmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando y STS 18 de julio de 1990 (Ar. 6423). Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar. En este mismo sentido, STCT 18 de enero de 1973 (Ar. 176). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 15 de febrero de 1973 (Ar. 705). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García, STCT 6 de marzo de 1973 (Ar. 1064). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García, STCT 5 de octubre de 1973 (Ar. 3653). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 27 de octubre de 1973 (Ar. 4072). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 15 de diciembre de 1973 (Ar. 5247). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis y STCT 18 de septiembre de 1974 (Ar. 3595). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

⁴³⁶ STS 26 de noviembre de 1976 (Ar. 5208). Ponente Excmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando y STS 2 de diciembre de 1977 (Ar. 4821). Ponente Excmo. Sr. D. José Francisco Matéu Cánoves.

⁴³⁷ STCT 20 de junio de 1974 (Ar. 3084). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis y STCT 11 de enero de 1977 (Ar. 6). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

primera es aquélla que, por resultar incompatible con el proceso patológico en que la baja laboral se ha fundado, evidencia la simulación del mismo y el propósito fraudulento con que su reconocimiento y efectos subsiguientes se hayan obtenido. La segunda, en cambio, se refiere a aquéllas que son incompatibles no con las disminuciones funcionales infligidas por los padecimientos indicados, sino con la eficacia de los tratamientos descritos; retrasando o impidiendo el resultado de éstos y la recuperación del afectado con daño tanto de los intereses públicos del sistema de asistencia, como de los privados de su empleadora⁴³⁸.

En segundo lugar, una posición muy minoritaria de la jurisprudencia opina que, por el contrario, la realización de trabajos siempre constituirá infracción contractual "*salvo en supuestos concretos en los que se trate de una terapia ocupacional compatible con las dolencias determinantes de la baja*"⁴³⁹, circunstancia que deberá ser siempre probada por el trabajador. Además, de acuerdo con el Tribunal Supremo, en el supuesto de "*resultar compatible la enfermedad con la realización de algún trabajo, éste debe realizarse en la propia empresa o con su autorización*"⁴⁴⁰.

En todo caso, se elija cualquiera de las dos teorías, lo que sí queda claro es la necesidad de realizar una tarea individualizadora caso por caso, de manera que se "*excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose, por el contrario, análisis individualizados de cada conducta, tomándose en configuración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor*"⁴⁴¹, y se ha de realizar un "*cuidadoso juicio de valor a fin de adecuar hecho, persona y sanción*"⁴⁴². Así, se deberá tener en cuenta "*la índole de la enfermedad y las características de la ocupación*"⁴⁴³, por ejemplo, cuando la enfermedad sólo requería "*un tratamiento ambulatorio y no realizar un reposo absoluto en su domicilio y se le recomienda la realización moderada de ejercicio físico*"⁴⁴⁴. Además, se tendrá que analizar "*con atención especial al factor humano al que ha de concederse máxima importancia*"⁴⁴⁵, sin embargo, no se puede entender que "*su antigüedad en la empresa o el*

⁴³⁸ STSJ Cataluña 3 de diciembre de 1999 (Ar. 400). Ponente Ilmo. Sr. D. Adolfo Matías Colino Rey.

⁴³⁹ STSJ Cataluña 28 de enero de 1994 (Ar. 179). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

⁴⁴⁰ STS 12 de julio de 1990 (Ar. 6102). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

⁴⁴¹ STS 2 de abril de 1992 (Ar. 2590). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

⁴⁴² En esta materia véase la STS 12 de junio de 1978 (Ar. 2326). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo y STS 16 de noviembre de 1990 (Ar. 8580). Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar. Sobre este tema véase la STCT 20 de marzo de 1973 (Ar. 1309). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 4 de julio de 1973 (Ar. 3112). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Cancio Morenza, STCT 10 de marzo de 1975 (Ar. 1334). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 10 de mayo de 1977 (Ar. 2605). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 30 de junio de 1977 (Ar. 3792). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 5 de abril de 1978 (Ar. 1931). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 3 de mayo de 1978 (Ar. 2599). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 14 de junio de 1978 (Ar. 3730). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 24 de enero de 1979 (Ar. 346). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Anton-Pacheco García, STCT 6 de marzo de 1979 (Ar. 1317). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 3 de octubre de 1979 (Ar. 5335). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 22 de octubre de 1979 (Ar. 5751). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 13 de febrero de 1980 (Ar. 835). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 17 de septiembre de 1980 (Ar. 4410). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 17 de septiembre de 1980 (Ar. 4415). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 15 de octubre de 1980 (Ar. 5094). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 3 de febrero de 1981 (Ar. 693). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 7 de abril de 1981 (Ar. 2517). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STCT 7 de julio de 1981 (Ar. 4768). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera.

⁴⁴³ STS 26 de enero de 1988 (Ar. 55). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García.

⁴⁴⁴ STS 19 de noviembre de 1988 (Ar. 8825). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes.

⁴⁴⁵ STS 18 de julio de 1988 (Ar. 6423). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes, STS 14 de noviembre de 1988 (Ar. 8582). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García y STS 7 de abril de 1992 (Ar. 2606). Ponente Excmo. Sr. D. José María Marín Correa.

*hecho de tener dos hijas en el paro son circunstancias que degradan la infracción a otra sólo calificable de grave*⁴⁴⁶ⁿ.

B) Se mantiene la obligación de cotizar

De acuerdo con el art. 106.4 TRLGSS, la obligación empresarial de cotizar continuará en las situaciones de incapacidad temporal, cualquiera que sea su causa, en la de riesgo durante el embarazo y en la de maternidad, así como en las demás situaciones en que así se establezca reglamentariamente. Por lo tanto, durante este período el empresario está realizando un gasto, la cotización, y no está recibiendo ninguna contraprestación del trabajador. Es deber del trabajador tratar de no aumentar de manera innecesaria el tiempo durante el cual el empresario ha de realizar estos desembolsos⁴⁴⁷.

C) Percibo del subsidio

El trabajador que esté en situación de incapacidad temporal percibirá un subsidio mientras dure este período, que según el art. 129 TRLGSS, consistirá en una cantidad equivalente a un tanto por ciento sobre la base reguladora. Esta prestación se paga del presupuesto de la Seguridad Social. En principio, debido a la escasez de recursos, el trabajador no debe abusar de dicha prestación, por lo que la propia Ley General de la Seguridad Social, en su art. 132.1.b), ha entendido como causa de pérdida del derecho al

⁴⁴⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 1 de marzo de 1994 (Ar. 1065). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Alvarez Anlló.

⁴⁴⁷ Sobre este tema véase la STS 18 de octubre de 1976 (Ar. 4483). Ponente Excmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando, STS 26 de noviembre de 1976 (Ar. 5208). Ponente Excmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando y STS 14 de junio de 1980 (Ar. 2585). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán. De la misma manera, STCT 3 de marzo de 1976 (Ar. 1191). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 16 de marzo de 1976 (Ar. 1464). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 12 de mayo de 1976 (Ar. 2496). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de junio de 1976 (Ar. 3003). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 10 de junio de 1976 (Ar. 3182). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 16 de enero de 1978 (Ar. 136). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 11 de octubre de 1978 (Ar. 5138). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 14 de noviembre de 1978 (Ar. 6117). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 9 de febrero de 1979 (Ar. 838). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 23 de febrero de 1979 (Ar. 1213). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García, STCT 26 de abril de 1979 (Ar. 2590). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 10 de mayo de 1979 (Ar. 2596). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de octubre de 1979 (Ar. 5335). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 30 de enero de 1980 (Ar. 428). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 13 de febrero de 1980 (Ar. 835). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 28 de febrero de 1980 (Ar. 1185). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 18 de marzo de 1980 (Ar. 1695). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 8 de abril de 1980 (Ar. 1998). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 24 de abril de 1980 (Ar. 2290). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 31 de mayo de 1980 (Ar. 3183). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 10 de junio de 1980 (Ar. 3390). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 17 de junio de 1980 (Ar. 3581). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 26 de junio de 1980 (Ar. 3834). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 15 de octubre de 1980 (Ar. 5094). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 11 de noviembre de 1980 (Ar. 5730). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 15 de noviembre de 1980 (Ar. 5883). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 3 de febrero de 1981 (Ar. 693). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 11 de febrero de 1981 (Ar. 915). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 10 de marzo de 1981 (Ar. 1673). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn, STCT 7 de abril de 1981 (Ar. 2517). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 21 de abril de 1981 (Ar. 2689). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 12 de mayo de 1981 (Ar. 3193). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 19 de mayo de 1981 (Ar. 3337). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez-Morales de Castilla, STCT 7 de julio de 1981 (Ar. 4752). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amánn y STCT 7 de julio de 1981 (Ar. 4768). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera.

subsidio, “cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena⁴⁴⁸”, ya que, como han declarado los tribunales, “el absentismo laboral constituye una pesada carga para la Seguridad Social⁴⁴⁹”.

D) Mejoras voluntarias

Las empresas, según el art. 192 TRLGSS, podrán mejorar directamente las prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social, costeándolas a su exclusivo cargo. Por esta razón, en muchos convenios colectivos se regula el complemento de la prestación de incapacidad temporal, bien parcialmente, o incluso hasta el salario real que viniera percibiendo el trabajador mientras se encontraba de alta en la empresa. Si el trabajador que se encuentra de baja, alarga dicha situación, el empresario debe seguir pagando dicha cuantía complementaria, por lo que sufre daños en su patrimonio⁴⁵⁰.

En todo caso, por si podía quedar alguna duda, y pese a las indicaciones de la jurisprudencia, el único fraude que puede motivar este despido es el que se realiza al empresario, ya que éste tendrá que sufrir los verdaderos perjuicios, al tener que sustituir al trabajador y continuar cotizando por él. Pero este quebranto no hace falta que sea especialmente gravoso para el empresario, ya que pensamos que debería producir la misma consecuencia si fuera la seguridad social quien asumiera el pago directo de la prestación, por lo que bastará con que se creen disfunciones en la organización de la empresa. Es más, en los supuestos donde la determinadas conductas para con terceros también han sido calificadas como transgresoras de esta buena fe, el fundamento último es siempre el desprestigio que se origina para el empresa. Por tanto, está claro que el bien jurídico protegido es ésta, por lo que las referencias a la Seguridad Social o a los trabajadores sólo podrán modalizar la posible mala fe.

Además, durante el período de Incapacidad Temporal, el empresario ve afectada su organización en cuanto al proceso productivo, por lo que normalmente necesitará cubrir el puesto de trabajo vacío que deja el trabajador en esta situación. Por esta razón la jurisprudencia ha declarado que el absentismo laboral constituye una rémora en el normal desenvolvimiento de la actividad de las empresas, cuando aquella ausencia al trabajo se encubre con unas imaginarias y muchas veces complacientes bajas por causa de enfermedad⁴⁵¹. Ante esta situación el empresario puede optar por una doble vía.

Si elige contratar a una persona mientras dure la situación de incapacidad temporal por medio de un contrato de interinidad, el empresario deberá, durante este período, pagar una doble cotización, una por la persona de baja y otra por el trabajador que la sustituye, excepto en los supuestos especiales de bonificación de cuotas a la seguridad social de los contratos de

⁴⁴⁸ Sobre este tema véase la STS 4 de octubre de 1978 (Ar. 3016). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán y STS 5 de noviembre de 1984 (Ar. 5808). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González. De la misma manera, STCT 6 de noviembre de 1973 (Ar. 4345). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 18 de septiembre de 1974 (Ar. 3595). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 28 de mayo de 1975 (Ar. 2793). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

⁴⁴⁹ STCT 4 de mayo de 1974 (Ar. 2109). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

⁴⁵⁰ Sobre este tema véase, en otras, la STS 24 de abril de 1986 (Ar. 2242). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo y STS 25 de febrero de 1988 (Ar. 951). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López. Asimismo, STCT 22 de noviembre de 1977 (Ar. 5799). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González y STCT 19 de octubre de 1982 (Ar. 5501). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso.

⁴⁵¹ STS 16 de julio de 1985 (Ar. 3780). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González. De la misma manera, STCT 4 de mayo de 1974 (Ar. 2109). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

interinidad que se celebren con personas desempleadas, para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento. Por esta razón, cualquier alargamiento de esta situación supondrá un daño aún mayor para el patrimonio del empresario⁴⁵².

Sin embargo, también puede elegir no contratar a nadie y que el trabajo que prestaba el trabajador en situación de incapacidad temporal sea repartido entre sus compañeros de trabajo, con lo que serán ellos los que sufrirán las posibles conductas transgresoras de la buena fe de la persona que retrasa el proceso de curación⁴⁵³.

2.9.2.- INCITAR A LOS COMPAÑEROS

Existen toda una serie de conductas que pueden englobarse dentro de un concepto más amplio de incitar a los compañeros a realizar actos en contra del empresario, muchas veces sin motivo aparente. Es verdad que todos los casos analizados, fuera de aquéllos llevados a cabo por representantes de los trabajadores, suceden en períodos anteriores a la entrada en vigor de la Constitución de 1978. La relación con el daño producido al empresario la ofrece claramente el Tribunal Supremo al entender que estas conductas son transgresoras de la buena fe contractual porque siembran entre los trabajadores la desconfianza en torno de la empresa en la que prestan servicios con consiguiente quebranto económico⁴⁵⁴. Los supuestos son muy variados.

Así, se produce transgresión, cuando el trabajador, formando parte de un grupo de huelguistas penetró en la sección administrativa de la empresa y tras hablar con los empleados, logró que parte de su personal asistiera a una asamblea⁴⁵⁵. También se da la misma consecuencia en actos coactivos, cuando el trabajador, aparentando haberse enterado de supuestas medidas administrativas que habían de adoptarse en breve contra el director gerente de la empresa en la que presta sus servicios, comunicó dichas noticias bajo palabra de

⁴⁵² Entre las sentencias que han tratado este tema véase la STCT 12 de mayo de 1976 (Ar. 2496). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de junio de 1976 (Ar. 3003). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 10 de junio de 1976 (Ar. 3182). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 16 de enero de 1978 (Ar. 136). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 11 de octubre de 1978 (Ar. 5138). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 9 de febrero de 1979 (Ar. 645). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 3 de marzo de 1981 (Ar. 1481). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

⁴⁵³ STS 1 de octubre de 1983 (Ar. 4975). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren Pérez de la Serna. Igualmente, STCT 16 de enero de 1978 (Ar. 136). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

⁴⁵⁴ STS 27 de octubre de 1983 (Ar. 5160). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo.

⁴⁵⁵ Según la STCT 7 de julio de 1977 (Ar. 4026). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, en el curso de la cual, se dirigió con palabras vehementes a los reunidos, arengándoles en favor de la solidaridad en su lucha reivindicativa, de repulsa y aliento hacia los indecisos y de ataque contra determinados mandos opresores de la empresa y ello, como razona el Tribunal, constituyen "*actos positivos que sólo puede interpretarse como indicadores de una voluntad consciente de adhesión y de un propósito deliberado de extender el conflicto, aun a sabiendas de las graves consecuencias que ello podría causar a la producción*".

honor, de no revelarlas a nadie, a varios de sus compañeros de trabajo⁴⁵⁶. Igualmente se produce si se obstaculizan actos de los representantes sindicales⁴⁵⁷.

De la misma manera cabe citar supuestos en los que el trabajador recomienda a sus compañeros que ralenticen su ritmo de producción, por ejemplo, si aconsejó "*al personal dedicado al embotellado de que no se diera demasiada prisa en realizar tal operación, encaminado a producir la disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo*"⁴⁵⁸ o si recomienda a dos de sus compañeros de tarea que no terminaran tantas neveras pues con ello le ponían en mal trance ante la empresa⁴⁵⁹. Parecido a éste surgen casos en los que se incita a sus compañeros de trabajo para que no realizaran horas extraordinarias y llegó amenazar a alguno de ellos que no aceptaron sus sugerencias⁴⁶⁰ o si, directamente, llegado el momento de realizar horas extraordinarias, el trabajador y siete camareros más por indicación suya, abandonaron el servicio marchando del hotel y dejando sin atender las mesas y servicios a su cargo, por lo que para cumplir su falta el director del establecimiento con su esposa e hijos, tuvo que hacerse cargo del servicio y dirección de los camareros contratados como eventuales⁴⁶¹.

La incitación a realizar una petición colectiva por una vía no adecuada también cabe incluirla en este grupo⁴⁶², por ejemplo, cuando una trabajadora incitó a la huelga al

⁴⁵⁶ Según la STS 6 de mayo de 1978 (Ar. 1935). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra, logró crear entre este personal cualificado, "*una atmósfera de recelo en pugna con el crédito y autoridad debida*", además, según el Tribunal, "*jactándose entre el personal de tener sometido a su voluntad a la gerencia, excitando a sus compañeros que solicitasen ventajas económicas que el afirmaba haber logrado*". En un sentido similar, véase la STS 13 de marzo de 1945 (Ar. 360), STS de 24 de mayo de 1960 (Ar. 2374). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente Tutor y Guelbenzu.

⁴⁵⁷ Así, por ejemplo, en la STS 28 de febrero de 1968 (Ar. 539). Ponente Excmo. Sr. D. José María Pérez Sánchez, se analiza un supuesto en el que el trabajador imputó a la empresa el designio de engañar a sus trabajadores con el reparto de unas hojas para la instauración de un sistema de primas, recomendado por los representantes sindicales, frente a cuyo reparto manifestó el trabajador de modo violento, arrebatando y rompiendo una de ellas, y profiriendo en el lugar de trabajo donde se repartían y en el que ostentaba la jefatura de equipo, las palabras de era una trampa preparada por la empresa y que ésta, las archivaría, y no conseguirían nada, lo que dio lugar a que dejaran de repartirse ante la confusión y descontento de los trabajadores que días antes habían estado en situación de paro colectivo. Todo esto evidencia, según el Tribunal, que el citado trabajador, en el lugar de trabajo, como consecuencia de relaciones derivadas del mismo, imputó pública y eficazmente, a la empresa, actos de fraude y engaño, frustrando el reparto de hojas confeccionadas por ésta con inspiración oficial, para lograr armonía en aquellas relaciones laborales, por lo que su actitud, con sus palabras y sus actos, son constitutivos de una conducta contraria a la buena fe y finalidad que los vínculos del contrato de trabajo imponen, sin que pueda paliarse su grave significado de hostilidad y desconsideración, consecuencia de la transgresión públicamente manifestada, atribuyendo sólo a dicho trabajador una mera disconformidad ante la empresa, ya que ello sería lícito, pero atribuir en el propio lugar del mismo, de modo público ante compañeros, de los cuales era jefe de equipo, frases difamatorias para la empresa, cortando la actividad de la misma en sus intentos conciliatorios, constituye la falta muy grave.

⁴⁵⁸ STS 18 de enero de 1943 (Ar. 85).

⁴⁵⁹ STS 19 de diciembre de 1964 (Ar. 5812). Ponente: Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros.

⁴⁶⁰ STCT 9 de marzo de 1977 (Ar. 1399). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

⁴⁶¹ STCT 27 de mayo de 1975 (Ar. 2699). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

⁴⁶² Así, por ejemplo, en la STS 9 de diciembre de 1966 (Ar. 5436). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros, se analiza un supuesto en el que el trabajador incitó, por su personal gestión y prescindiendo de los demás componentes de dichas representaciones obreras, a un muy numeroso grupo de trabajadores al servicio de la empresa, a la solicitud de concesión de un anticipo por importe de dos mensualidades de sus respectivos salarios, a cuyo fin hizo que se confeccionaran cuatro mil ejemplares impresos para que éstos se formularan dichas peticiones con base en un general supuesto de insuficiencia retributiva, que fueron firmadas y presentadas, pese a que al mismo trabajador le constaba lo inapropiado de la vía elegida, reservada para casos extraordinarios individualmente contemplados, lo que en razón a las circunstancias en que se produjeron esas

profesorado del colegio donde desempeñaba sus funciones de maestra, llegando a manifestar a una compañera que no se preocupara del despido, pues ellos correrían con el sueldo⁴⁶³. Asimismo, cabe incluir supuestos en los que el trabajador, en circular dirigida a los encargados de obra, les incitaba a que debido a que las empresas ninguna ha realizado el pago de las cotizaciones al régimen general de la seguridad social durante los cinco últimos meses, así como tampoco han ingresado en hacienda el pago del impuesto de rendimiento del trabajo personal descontado a los trabajadores durante el pasado año, para que le pusieran en conocimiento de la inspección de trabajo⁴⁶⁴. Finalmente, también cabe incluir supuestos de acción directa o sabotaje que se pueden dar, por ejemplo, cuando el trabajador de madrugada vertió en el camino de acceso varias toneladas de material de las transportadas en el camión que conducía con el fin que los camiones del turno siguiente no pudiesen realizar el trabajo, consiguiendo de ese modo la organización de un plante laboral⁴⁶⁵ o, sencillamente, en un caso en el que la trabajadora es despedida porque realizaba actos de sabotaje en el taller de fototipia en que prestaba sus servicios⁴⁶⁶.

2.9.3.- SOBORNOS

Pueden hallarse los supuestos de soborno, regulados tanto en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 como en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, aunque no directamente en el Estatuto de los Trabajadores. Así, se regulaba que cualquier trabajador "*a quien la Empresa le confiare la intervención o conclusión de negocios*", ya que el resto de trabajadores es difícil que se les entregue nada salvo que se trate del supuesto del artículo siguiente, "*no podrá recibir gratificación alguna de la parte contraria*" salvo que se cuente con el "*consentimiento del patrono*". En esta misma línea se expresaban las Bases de Trabajo al prohibir tanto "*recibir de tercero, bajo ningún pretexto, gratificación alguna en relación con el desempeño del cargo*", como "*sacar partido en ventaja propia de los negocios a que se dedica la empresa*"⁴⁶⁷. Además, se regulaba un caso que podrá afectar a cualquier trabajador, y no sólo al colectivo cualificado del precepto anterior, pero como se ha dicho, con una finalidad totalmente diferente. Así, se prohibía la aceptación de "*propinas, regalos o cualquiera otra ventaja que constituyera soborno para hacerles incumplir sus deberes en el contrato de trabajo*". La finalidad de esta actuación es clara ya que cuando se soborna se pretende "*corromper a alguien con dádivas para conseguir de él una cosa*"⁴⁶⁸, y en este caso, al empresario le interesa directamente que no se produzca este incumplimiento que probablemente va a originar un perjuicio en su contra.

Además, en este segundo precepto aparece una voluntad por parte del trabajador de aceptar este incumplimiento del contrato, surge el fraude, o como ha dicho el propio Tribunal Supremo, esta actuación "*además de constituir una infracción de las normas reglamentarias*

generalizadas y uniformes peticiones de anticipos, según el Tribunal Supremo, originó entre los trabajadores afectos a los centros de trabajo un clima de inquietud y expectativa, que trascendió a esferas ajenas a ellos.

⁴⁶³ STS 16 de septiembre de 1982 (Ar. 5029). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González. Asimismo, STCT 7 de junio de 1974 (Ar. 2862). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón y STCT 14 de febrero de 1977 (Ar. 806). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua.

⁴⁶⁴ STS 27 de octubre de 1983 (Ar. 5160). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo. Igualmente, STCT 30 de enero de 1978 (Ar. 504). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

⁴⁶⁵ STCT 12 de enero de 1973 (Ar. 67). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García.

⁴⁶⁶ STS 29 de mayo de 1942 (Ar. 734).

⁴⁶⁷ Art. 22 del Contrato colectivo de trabajo en la Compañía Telefónica Nacional de España y los trabajadores dependientes de la misma, Orden 28 de abril de 1933.

⁴⁶⁸ *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española, Madrid, (Espasa Calpe), 1992.*

*de trabajo, ha de imputarse inmoral y contrario a las buenas costumbres*⁴⁶⁹. Concretamente estimó que existía incumplimiento de esta obligación cuando se percibieron cantidades por la instalación de teléfonos clandestinos⁴⁷⁰, si se recibieron diferentes gratificaciones al efectuar servicios de montajes de aparatos y usando para alguno de ellos material no permitido por los reglamentos de la compañía⁴⁷¹ y cuando se puso en relación con el aspirante a abonado de la compañía para conseguir la instalación del teléfono en condiciones antirreglamentarias⁴⁷².

2.9.4.- UTILIZACION DE BIENES DEL EMPRESARIO CON FINES PARTICULARES

En cuarto lugar, aparecen un tipo de conducta que en la mayoría de ocasiones crea un doble perjuicio al empresario, consistente en la utilización de bienes de éste con fines propios. Este doble daño se genera porque suelen coincidir este uso, con la consiguiente no utilización para la realización de trabajos del empresario con una casi segura concurrencia desleal.

Los supuestos son variados y comprenden la utilización de maquinaria y el personal de la empresa a cuyo frente había quedado como encargado, para confeccionar un armario que vendió en su propio beneficio⁴⁷³, el uso para usos propios y sin autorización las herramientas de trabajo de la empresa que no devolvió cuando finalizó la obra⁴⁷⁴, haber recibido un automóvil para dedicarlo a los desplazamientos necesarios para la prestación de su trabajo, al extender su uso a atenciones privadas del trabajador⁴⁷⁵ o cuando el trabajador sin conocimiento ni autorización de la empresa utilizaba el camión de reparto de la misma para fines puramente particulares y para realizar viajes los fines de semana y en estas condiciones ocurrió el grave accidente que produjo a la demandada como propietaria del referido camión daños valorados en cerca de cien mil pesetas⁴⁷⁶, si el trabajador sacó un coche de un cliente que estaba en reparación sin autorización para el viaje realizado, sin ser acompañado por el mecánico de la casa, utilizándolo para un asunto particular durante más de 24 horas⁴⁷⁷, o finalmente en el caso de uso de servicios del empresario como puede ser poner, sin permiso y ocultándolo, una conferencia telefónica a Canarias, cuyo importe se le reclamó al descubrirse el hecho por la remisión de la factura, pero ella se negó a pagar⁴⁷⁸, si el trabajador cuando, no había personal en las oficinas de la secretaría de la empresa, abrió la máquina fotocopidora allí existente que estaba cerrada con llave guardada en un cajón y manipulándola hizo fotocopias para un industrial de fontanería, con el que también trabaja, dejando bloqueada la máquina con dos fotocopias dentro de la máquina y el original en la pantalla, no estando

⁴⁶⁹ STS 24 de marzo de 1942 (Ar. 410). De la misma opinión, STS 18 de enero de 1944 (Ar. 18).

⁴⁷⁰ STS 16 de enero de 1942 (Ar. 316).

⁴⁷¹ STS 24 de marzo de 1942 (Ar. 410).

⁴⁷² STS 18 de enero de 1944 (Ar. 18).

⁴⁷³ En este tema véase la STS 24 de febrero de 1958 (Ar. 706). Ponente Excmo. Sr. D. José Vázquez Gómez, STS 24 de abril de 1970 (Ar. 1812). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo García Galán y Carabias, STS 26 de diciembre de 1979 (Ar. 4567). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 17 de marzo de 1981 (Ar. 1379). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos y STS 14 de diciembre de 1981 (Ar. 5080). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna. De la misma manera, STCT 16 de febrero de 1973 (Ar. 741). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 25 de mayo de 1977 (Ar. 2940). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González y STCT 25 de junio de 1977 (Ar. 3700). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Cancio Morenza.

⁴⁷⁴ STS 6 de julio de 1955 (Ar. 2364). Ponente Excmo. Sr. D. Ildefonso Alamillo Salgado.

⁴⁷⁵ Sobre este tema véase la STS 8 de mayo de 1969 (Ar. 2692). Ponente Excmo. Rafael Gimeno Gamarra. De la misma manera, STCT 8 de febrero de 1974 (Ar. 619). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 25 de mayo de 1976 (Ar. 2799). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 3 de octubre de 1978 (Ar. 4948). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

⁴⁷⁶ STCT 21 de mayo de 1975 (Ar. 2558). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

⁴⁷⁷ STS 5 de noviembre de 1958 (Ar. 3273). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Soler Dueñas.

⁴⁷⁸ STCT 3 de diciembre de 1977 (Ar. 6175). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez.

autorizado para manipularla⁴⁷⁹ o si ocupó una de las habitaciones del hotel para montar un nacimiento a su hijo, impidiendo con ello que se alojara el chófer de un cliente y en algunas ocasiones alojó gratuitamente sin autorización de la empresa a un matrimonio⁴⁸⁰.

2.9.5.- DESPRESTIGIAR AL EMPRESARIO

En quinto lugar, aparecen los supuestos en los que el trabajador realiza todo tipo de actos que tienen como móvil conseguir un desprestigio en la persona del empresario, entre los que cabe destacar tres casos, según el ámbito de influencia sea los compañeros de la empresa o la sociedad en general.

En el primero, el trabajador fue despedido porque en ausencia de su patrono entraba en las oficinas y revisaba los libros de contabilidad, comentando después con sus compañeros las grandes ganancias del propietario y lo mal que estaban pagados⁴⁸¹. En el segundo, un supuesto en el que la persona que escucha las críticas también es un empleado, la trabajadora, tan pronto como se reincorpora a su puesto de trabajo al ser dada de alta de una incapacidad por causa de enfermedad, observa que en el establecimiento en que presta sus servicios hay una nueva empleada, entabla conversación con ella para exponerle su desfavorable opinión sobre la conducta que la empresa observaba con respecto a sus trabajadores y el descontento de éstos por aquella conducta, hasta el extremo de que pensaban irse, insinuándose además que sería despedida antes de superar el período de prueba, de cuya conversación, esta nueva empleada sacó la impresión de que la empresa trataba mal al personal a su servicio⁴⁸². En el tercero, el trabajador desencadena una campaña tendente por un lado a desprestigiar al director y por otro a crear en la comarca un ambiente tal, favorable a su labor educadora como contrario al sistema preconizado por la dirección, campaña en la que, siendo profesores, implicaron a los alumnos, por una parte creando en ellos una imagen negativa del director, que se tradujo incluso en el envío de anónimos insultantes y, por otra, haciéndoles participar en la preparación del acto público antedicho, mediante la colaboración personal de algunos de ellos, en la confección y colocación de carteles desprestigiantes de la persona de aquél y de su labor⁴⁸³. Incluso en algún supuesto, con el propósito de dañar el crédito, prestigio y honestidad de la empresa, se publicó en el periódico local las críticas correspondientes⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ STCT 13 de junio de 1975 (Ar. 3112). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García.

⁴⁸⁰ STS 21 de junio de 1949 (Ar. 1039). Ponente Excmo. Sr. D. Dimas Camarero Marrón.

⁴⁸¹ STS 1 de junio de 1944 (Ar. 724).

⁴⁸² Todo ello, según la STCT 2 de junio de 1973 (Ar. 2459). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, revela el indudable propósito de la trabajadora de perjudicar y desacreditar a la empresa, creando una situación de tirantez y recelo de dicha operaria con respecto a la empresa; cuya intención se pone de manifiesto por la forma en que se llevó a cabo esa conversación, que lo fue en el primer contacto que la trabajadora tuvo con la repetida empleada y no en un descanso en el trabajo, sino hablándose intermitentemente y mientras realizaban su labor de atender al público, lo que revela, no el deseo de manifestar su opinión personal sobre la actuación de la empresa, que por lo demás nadie le había pedido, sino el de menospreciar a ésta.

⁴⁸³ Ello revela actos voluntarios contrarios a la buena fe debida a la dirección del centro y a la persona que la ejerce, que no puede verse sometida al desprestigio profesional y ante el alumnado, ni siquiera con el pretexto de una última finalidad beneficiosa para el centro, en la subjetiva apropiación de los actuantes, que incurren en un claro abuso de su ascendiente como profesores para utilizar la credulidad o confianza de los alumnos en favor de los personales designios de los trabajadores, frente a quien era su superior laboral y representante de la empresa. En este tema véase la STCT 13 de julio de 1977 (Ar. 4197). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 27 de septiembre de 1978 (Ar. 4754). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 28 de noviembre de 1980 (Ar. 6215). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla.

⁴⁸⁴ STS 8 de abril de 1986 (Ar. 1894). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García.

2.9.6.- COMPETENCIA DESLEAL

2.9.6.1.- INTRODUCCION

Si una conducta ha tenido una relevancia fundamental en cuanto a la consideración de la relación existente entre la buena fe contractual y el daño, ésta es la denominada concurrencia desleal. En ella, el perjuicio pasa a primer plano. Debido a su importancia, se ha pensado necesario dedicar un apartado a su estudio, aunque sólo sucinto, en el que se analicen los principales aspectos de esta materia, teniendo muy en cuenta que los sistemas de economía de mercado, como el español, se asientan sobre determinados principios de muy variada instrumentación jurídico-legal, entre los que cabe citar la libertad de industria y de comercio, la libertad de acceso al mercado, la libertad de iniciativa económica, la libre competencia, la autonomía privada y la libertad contractual.

Lógica consecuencia del principio de libre competencia, inherente al sistema de economía de mercado, es la ausencia, o mejor la inexistencia, de un derecho del empresario a su clientela, en cuanto que si se consagrara un derecho empresarial a la propia clientela equivaldría a negar el principio de la libre concurrencia.

No obstante, el adecuado funcionamiento del sistema capitalista, y la incorporación del elemento social a la economía de mercado, imponen la adopción de determinadas restricciones y limitaciones de la competencia, que encuentran su justificación en el interés general. Es lo que se conoce como "Derecho de la Competencia", integrado por el conjunto de reglas de Derecho a las que se han de someter las actividades competitivas o concurrenciales de los empresarios en la búsqueda y mantenimiento de su clientela.

Los empresarios preservan su clientela de un modo indirecto, al reconocérseles un derecho a proteger los llamados factores de clientela o elementos que coordinados producen la clientela, tales como locales comerciales, nombre comercial, marcas y signos distintivos en general, personal colaborador, auxiliares, vendedores, etc; es decir, todos aquellos elementos que, convenientemente dispuestos y distribuidos, constituyen la verdadera organización empresarial.

Esta protección se lleva a cabo con normas de muy variado contenido, entre las que cabe destacar regulaciones de carácter mercantil, penal e incluso laboral. Entre las normas mercantiles, además de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, verdadera clave del sistema, se puede citar el Código de comercio, concretamente en sus artículos 136 y 137 para los socios de las sociedades colectivas, 288 respecto a los factores mercantiles o 613 para capitán de buque. Existe además limitaciones en cuanto a esta materia para los administradores de las sociedades anónimas, en el art. 132.2 del Real Decreto Legislativo 1546/1989, de 22 de diciembre y para los administradores de las sociedades de responsabilidad limitada, en el art. 65 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo. De la misma manera, el art. 15.2.f) de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de cooperativas, regula entre las obligaciones de los socios, la de no realizar actividades competitivas con las actividades empresariales que desarrolle la cooperativa, salvo autorización expresa del Consejo Rector. En el ámbito penal, los artículos 270, 272 ó principalmente los 278 a 286, dedicados a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, tratan aspectos que claramente se relacionan con la eliminación de la libre competencia del mercado.

Asimismo, y con la finalidad de evitar la competencia, presente o futura, de los trabajadores al servicio del empresario, que es uno de los medios reconocidos como lícitos por el

ordenamiento jurídico para proteger la clientela empresarial, los artículos 5.d), 21 y 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, se dirigen a esta finalidad.

En todos los ámbitos, y en material laboral especialmente, la competencia puede prohibirse o limitarse atendiendo básicamente a dos razones: el interés público o el interés privado.

Dejando a parte el interés público, por no ser objeto de estudio en este trabajo, las restricciones a la competencia a causa del interés privado pueden provenir de una ley o nacer de un acuerdo entre las partes, denominado contrato.

En primer lugar, la Ley fija límites al ejercicio de la actividad a cargo de determinados sujetos en función de la naturaleza peculiar de determinadas relaciones a favor de los particulares. Se produce con ello una excepcional, y a la vez limitada constitución de derechos subjetivos privados, que permiten exigir a determinados sujetos la abstención de determinadas actividades. Esta función se ha denominado tradicionalmente "limitación de los derechos subjetivos".

Así, en nuestro ordenamiento, existen prohibiciones legales de competir que afectan a los factores mercantiles, capitanes de barco, sobrecargos, administradores de sociedades, socios colectivos, socios industriales, y finalmente, en lo que afecta directamente a este trabajo, trabajadores por cuenta ajena.

En segundo lugar, cuando las prohibiciones o limitaciones proceden de un contrato, como manifestación del principio de libertad contractual y de autonomía privada, la ley interviene sólo para fijar límites que garanticen el equilibrio de prestaciones entre las partes.

Por supuesto, intentar armonizar los intereses de empresarios y trabajadores en este tema no es tarea fácil. La legislación laboral, de claro sentido tutelar y protector, parte de considerar desiguales a los sujetos del contrato de trabajo, ya desde el mismo momento de su celebración. Por esta razón, trata de impedir que los trabajadores, parte débil de esta relación, puedan verse compelidos a aceptar cláusulas de prohibición de competencia que les resulten extraordinariamente gravosas. Para ello pone límites a las posibles estipulaciones contractuales de las partes, sobre todo en lo que concierne a la voluntad del empresario, que tienden a preservar el principio de libertad de trabajo y el juego de la libre y lícita concurrencia.

El resultado de este intento de conciliación de intereses contrapuestos, que en reiteradas ocasiones llega a alcanzar la categoría de conflicto de derechos, es la normativa aplicable a las relaciones competenciales que se predicen entre empresarios y trabajadores.

Concretamente, esta materia tiene un tratamiento general para todos los trabajadores por cuenta ajena, que se contiene en el Estatuto de los Trabajadores, y unas formulaciones específicas para determinadas relaciones especiales de trabajo, que se regulan en los distintos Reales Decretos, normadores de esas relaciones laborales de carácter especial, en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, sin asumir el riesgo y ventura de aquéllas, el Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral

especial de los deportistas profesionales y el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos.

Las normas laborales prevén y regulan situaciones, circunstancias y pactos perfectamente diferenciados, con distintas limitaciones y distinta efectividad práctica que pueden ser clasificados en cuatro grandes apartados:

- 1.- Formulaciones generales: Artículos 5.c) TRET y 9 RD 1438/1985, de 1 de agosto.
- 2.- Normas destinadas a la protección de la clientela del empresario durante la vigencia de la relación laboral. En ellas se incluyen:
 - Prohibición de concurrencia: Artículos 21.1 TRET y 8.1 RD 1382/1985, de 1 de agosto.
 - Pactos de plena dedicación o también denominados pactos de dedicación exclusiva: Artículos 21.3 TRET, 8.2 RD 1382/1985, de 1 de agosto y 6.4 RD 1435/1985, de 1 de agosto.
 - Pactos de permanencia: Artículo 21.4 TRET.
- 3.- Normas destinadas a la protección de la clientela del empresario, después de extinguido el contrato de trabajo y concluida la relación laboral. Son los pactos de no competencia o también llamados pactos de no concurrencia: Artículos 21.2 TRET, 8.3 RD 1382/1985, de 1 de agosto y 10.4 RD 1438/1985, de 1 de agosto.
- 4.- Consecuencias jurídicas cuando se incumplen estas obligaciones: Artículo 54.2.d) TRET.

2.9.6.2- CUESTIONES HISTORICAS

La buena fe es un concepto que proviene de la época de Roma, ahora bien, las primeras regulaciones que limitan la posibilidad de realizar competencia se han de encontrar en la Edad Media. Así, casi con toda seguridad los primeros textos jurídicos que regulan estas materias son Las Partidas de Alfonso X el Sabio y el Libro del Consolat del Mar. Sin embargo, la primera regulación específica relativa a la prohibición de concurrencia surge en el Código de Comercio de 1829, que recoge toda la influencia que le supuso seguir al Código Prusiano vigente en aquellos momentos.

Concretamente en el art. 180 se regulaba que *“los factores no pueden traficar por su cuenta particular, no tomar interés bajo nombre propio ni ageno en negociaciones del mismo género que las que hacen por cuenta de sus comitentes, á menos que éstos les autoricen expresamente para ello, y en caso de hacerlo, redundarán los beneficios que puedan traer dichas negociaciones en provecho de aquellas, sin ser de su cargo las pérdidas”*. Esta regulación está plenamente justificada porque el factor no puede ser considerado como un trabajador por cuenta ajena en el sentido moderno de la expresión, sino que más bien debía ser un representante del comerciante, por lo que se podía aplicar la nota característica de la confianza que se deriva del contrato de mandato.

De la misma manera, y en caso de incumplimiento de este límite, el art. 199 regulaba en su número segundo como causa de despido de factores o mancebos *“si estos hicieren alguna negociación de comercio por cuenta propia, ó por la de otro que no sea su principal, sin conocimiento y expreso permiso de éste”*.

Estos preceptos fueron trasladados casi en su integridad al Código de comercio de 1885. Así, el art. 288 establecía que *“Los factores no podrán traficar por su cuenta*

particular, ni interesarse en nombre propio ni ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello". En este precepto se pretende que el auxiliar destine al comerciante toda su actividad, haciendo suyo el interés de la empresa; por lo que su finalidad es "asegurar una «dedicación mayor» y quizás en menor grado evitar "la posible rivalidad comercial"⁴⁸⁵". En correlación con este precepto, el art. 300 establecía como causa de despedido la realización de alguna negociación de comercio por cuenta propia, sin conocimiento expreso y licencia del principal.

Esta prohibición también existía en el art. 613 respecto a los capitanes que navegaren a flete común o al tercio, que se les prohibía concurrencia y en caso que lo hicieren "la utilidad que resulte pertenecerá a los demás interesados, y las pérdidas cederán en su perjuicio particular"⁴⁸⁶.

En el ámbito laboral, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 también contenía una regulación expresa sobre esta materia. Esta regulación provenía, como ha podido ser observado en la introducción histórica del denominado Proyecto Potthoff, el cual, concretamente en el art. 35, se determinaba que si a pesar de la oposición del empresario el trabajador "no interrumpe los negocios ilícitos", podía exigirle "daños y perjuicios reservándose el derecho a denunciar el contrato". Finalmente, y este es la consideración que más extraña puede parecer, en lugar de esta solución podría llamarse ordinaria, también podía "exigir que el trabajador considere como realizados por cuenta del patrono los trabajos realizados por su propia cuenta y que renuncie a la ganancia obtenida de negocios por cuenta ajena o a la correspondiente acción".

En art. 85 de esta norma republicana se determinaba que los trabajadores están obligados a no hacer concurrencia y, si a pesar de la oposición del empresario el trabajador no interrumpía lo que esta norma calificaba como de "negocios ilícitos", el empresario podía exigirle daños y perjuicios reservándose el derecho a denunciar el contrato. Sin embargo, la propia norma fijaba que podía exigir, en todo caso, que el trabajador considerase como realizados por cuenta del patrono los trabajos realizados por su propia cuenta y que renunciara a la ganancia obtenida de negocios por cuenta ajena o a la correspondiente acción.

El segundo párrafo de este precepto regulaba un doble requisito para la vigencia de esta restricción, además de la presencia de un trabajo principal. Concretamente se determinaba que no podían realizar obra o trabajo complementario de los que figuren en su contrato, siempre que este trabajo complementario perteneciera a la rama industrial o comercial del patrono. Hay que recordar que, en todo caso, esta limitación quedó reflejada en las Bases de Trabajo cuando prohibía, en general, "ocuparse de otros que estén en pugna con los intereses de la misma"⁴⁸⁷, o concretamente para el personal de banca que no podría dedicarse a "negocios mercantiles, ni a operaciones en bolsa"⁴⁸⁸.

⁴⁸⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Límites a la competencia y contrato de trabajo", Revista de Política Social, número 116, 1977, pág. 9. En este mismo sentido, GARRIGUES, "Auxiliares del comerciante", Revista de Derecho Privado, Tomo XVII, 1930, pág. 102.

⁴⁸⁶ Sobre este precepto véase RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Límites a la competencia y contrato de trabajo", Revista de Política Social, número 116, 1977, pág. 8.

⁴⁸⁷ Art. 22 del Contrato colectivo de trabajo en la Compañía Telefónica Nacional de España y los trabajadores dependientes de la misma, Orden 28 de abril de 1933.

⁴⁸⁸ Art. 45 de la Reglamentación General Nacional de los Bancos en general, Reglamento 20 de diciembre de 1939.

Ahora bien, el trabajador podía realizar esta concurrencia si se cumplían los requisitos determinados en la ley. Así se regulaba que el trabajador podía obtener el consentimiento, que debía ser considerado expreso, de su patrono para entender o colaborar en trabajos que le hicieren concurrencia. Incluso la norma iba más allá y ampliaba esta posibilidad al permitir esta concurrencia, al menos salvo prueba en contrario, si el empresario conocía que los negocios particulares que realizaba el trabajador eran semejantes a los suyos y no se hubiese pactado por escrito la renuncia del trabajador.

Entre los supuestos enjuiciados por el Tribunal Supremo cabe citar aquel que entendió que se vulneraba la prohibición si el trabajador "*colaboraba con su trabajo al servicio de otra empresa de negocio similar al del demandado y de lo cuál eran clientes quienes lo habían sido de éste, y formada por antiguos empleados, alguno de ellos despedido por igual colaboración*"⁴⁸⁹, o cuando propuso a una casa competidora para el establecimiento en Barcelona de una sucursal de sus productos, "*remitiéndole durante la vigencia del contrato datos e informes técnicos para ello con evidente abuso de confianza en las gestiones que le fueron confiadas*"⁴⁹⁰. Sin embargo, en otro supuesto declaró que la venta de dos rodamientos al encargado de compras del garaje no supuso competencia ilícita ya que el precio fue inferior al normal de tales piezas y porque la persona a la que se realizó la venta tenía un cargo directivo dentro de la propia empresa⁴⁹¹.

La Ley de Contrato de Trabajo de 1944 reprodujo esta regulación, aunque realizando algunos matices sin importancia relevante. Así, el art. 73 regulaba que "*El trabajador está obligado a no hacer concurrencia a su empresario ni a colaborar con quienes se la hagan*". Además, continuaba este precepto en un segundo párrafo, "*No podrá realizar, salvo consentimiento del empresario, obra o trabajo complementario de los que figuren en su contrato, si tales actividades pertenecieran a la rama industrial o comercial de la Empresa y perjudicara a ésta*".

Este precepto, si se compara con la regulación contenida en el norma del año 1931, según PEREZ BOTIJA, sólo supuso "*una modesta corrección de estilo*" respecto a la palabra casa⁴⁹². Sin embargo, es cierto que se hizo toda una serie de críticas, entre las que cabe destacar las realizadas por RODRIGUEZ-PIÑERO al entender que, en primer lugar, que la lectura conjunta de los dos primeros párrafos del art. 73 podía llegar a suponer una ampliación del círculo de actividades prohibidas al trabajador, y que, en segundo lugar, el segundo párrafo del art. 73 se refería a un trabajo complementario o accesorio, no estrictamente competitivo y por ello lícito en principio, salvo que se incurriera en las prohibiciones establecidas⁴⁹³.

⁴⁸⁹ STS 2 de abril de 1941 (Ar. 519).

⁴⁹⁰ STS 18 de enero de 1943 (Ar. 85).

⁴⁹¹ STS 15 de enero de 1942 (Ar. 135).

⁴⁹² PEREZ BOTIJA, *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, pág. 199.

⁴⁹³ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Límites a la competencia y contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, número 116, 1977, págs. 14 ss. También realizaron observaciones a este precepto, entre otros, ALONSO OLEA, *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Madrid, (Universidad de Madrid), 1968, págs. 142-143, PEDRAJAS MORENO, "La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo", *Revista de Trabajo*, número 56, 1976, pág. 194, CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, pág. 90 y NOGUEIRA GUASTAVINO, *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*, Pamplona, (Aranzadi), 1997, págs. 55-56.

Además de este precepto, el art. 157 reproducía esta obligación para el caso del contrato de aprendizaje al regular que "durante la vigencia de un contrato con determinado maestro o patrono no podrá el aprendiz celebrar otro distinto".

2.9.6.3.- CONCEPTO

La concurrencia, en el sentido de pluriempleo, como posibilidad de que el trabajador por cuenta ajena pueda desarrollar fuera de su horario laboral por una actividad por cuenta propia o ajena, no es contraria a la ley⁴⁹⁴. De la relación de trabajo no deriva, sin más, una cláusula de exclusiva por la que el trabajador se vea impedido de trabajar con cualquier otro empresario, o sencillamente por cuenta propia. Por consiguiente, será lícita, en principio cualquier actividad paralela o complementaria del trabajo principal que el trabajador realice. Así, por ejemplo, ha declarado la jurisprudencia que la concurrencia desleal no puede darse cuando se realicen actividades ociosas o deportivas, aunque se trate de pilotos de aviación, a los que no se les puede impedir hacer las actividades que quieran en momentos de descanso⁴⁹⁵.

Lo prohibido legalmente es sólo aquella o aquellas actividades que pueda desarrollar el trabajador susceptibles de ser estimadas como competencia desleal. De esta manera, la ilicitud surgirá únicamente en el momento en que sea estimable la competencia desleal. Los límites de las posibles actividades paralelas o complementarias lícitas de los trabajadores acaban allí donde comienza el ámbito de actuación del empresario.

Esta prohibición de concurrencia también se encuentra presente en diversos países de la Unión Europea⁴⁹⁶. Así, en Alemania, aunque no existe una norma específica, esta prohibición deriva de la obligación de buena fe regulada en el parágrafo 242 del Código civil, que para su concreta aplicación acoge la regulación contenida en el parágrafo 60.1 del Código de comercio al disponer que al trabajador no le está permitido ni realizar actividades mercantiles ni realizar negocios por cuenta propia o ajena en el sector de actividad del principal sin su consentimiento. En todo caso, el fundamento del derecho de la competencia utiliza el término *leistungswettbewerb* que puede ser traducido como competencia por eficiencia, o sea por una necesidad que la lucha concurrencial se desarrolle sobre prestación más eficientes que la de los competidores⁴⁹⁷. En Francia, de acuerdo con las reglas generales de los artículos 1134 y 1135 del Código civil, se prohíbe esta concurrencia⁴⁹⁸. En Italia el art. 2105 del Código civil prohíbe al trabajador gestionar negocios ajenos por cuenta propia o de

⁴⁹⁴ Entre muchas sentencias cabe citar la STSJ Cataluña 14 de febrero de 1992 (Ar. 826). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido y STSJ Asturias 19 de abril de 1996 (Ar. 1254). Ponente Ilmo. Sr. D. José Alejandro Criado Fernández.

⁴⁹⁵ STSJ Baleares 10 de mayo de 1999 (Ar. 1990). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Wilhelmi Lizaur.

⁴⁹⁶ También otros países presentan esta regulación, aunque normalmente por haberlo importado de Estados de la Unión Europea, como puede ser Argentina o Méjico. Entre los autores que estudian esta figura en estos países véase, en el primer caso, DE LITALA, *El contrato de trabajo*, Buenos Aires, (López & Etchegoyen, SRL), 1946, pág. 176 ss, mientras que en el segundo, DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I*, México, (Editorial Porrúa, SA), 1970, págs. 576 ss.

⁴⁹⁷ MOLINA BLAZQUEZ, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid, (Editorial Montecorvo, SA), 1993, págs. 266-267.

⁴⁹⁸ Sobre este tema véase, entre otros, DURAND, *Traité de Droit du Travail*, París, (Daloz), 1950, págs. 586 ss, CAMERLYNCK, *Droit du Travail*, París, (Daloz), 1982, págs. 253 ss, COUTURIER, *Droit du Travail I*, París, (Presses Universitaires de France), 1994, pág. 329 y MIALON, *Les pouvoirs de l'employeur*, París, (L.G.D.J.), 1996, pág. 47.

tercero, en concurrencia con el empresario⁴⁹⁹. Finalmente, en Portugal, el art. 20.1.d) de la Ley de Contrato Individual de Trabajo de 1969 establece entre los deberes del trabajador guardar lealtad a la empresa no negociando por cuenta propia ni ajena en concurrencia con ella.

En este orden de cosas, concurrencia será la dedicación a actividades de la misma o similar naturaleza o rama de la producción de las que se está ejecutando en virtud de contrato de trabajo, por lo que, a sensu contrario, es perfectamente lícita "*cualquier actividad paralela del trabajador, incluso en la misma rama de la producción, siempre que esa actuación no resulte competitiva con la de su empresario o constituya una colaboración con un competidor*"⁵⁰⁰. Así, entre los varios casos que la jurisprudencia ha considerado que no había concurrencia desleal cabe citar la realización de trabajos como catedrático auxiliar de universidad⁵⁰¹, la prestación de servicios por la noche en un periódico, como oficial de cierre y, por la tarde aprovechando sus horas libres, se dedicaba a otra función como dependiente de un taller de encuadernación⁵⁰², la conducción de autobuses siendo conductor de taxis⁵⁰³ o la simple publicación de un libro⁵⁰⁴.

Es independiente que esta actividad competencia se realice bien por cuenta propia⁵⁰⁵ o por cuenta ajena⁵⁰⁶, ya que lo esencialmente relevante es que el trabajador, sin autorización

⁴⁹⁹ Sobre este tema véase, entre otros muchos autores, BARASSI, *Il contratto di lavoro. Volumen II*, Milán, (Società Editrice Libreria), 1917, págs. 151 ss, BARASSI, *Il Diritto del Lavoro. Tomo II*, Milán, (Giuffrè Editore), 1957, pág. 313, MAZZONI, *Manuale di Diritto del Lavoro*, Venecia, (Istituto di Studi Sindicali e del Lavoro), 1958, págs. 350-351, GHIDINI, *Diritto del Lavoro*, Padua, (Cedam), 1961, pág. 183, CASSI, *La subordinazione del lavoratore nel Diritto del Lavoro*, Milán, (Giuffrè Editore), 1961, págs. 190-191, SANTORO PASSARELLI, *Nociones de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Instituto de Estudios Políticos), 1963, págs. 164 ss, PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padua, (Cedam), 1966, pág. 219, D'EUFEMIA, *Diritto del Lavoro*, Nápoles, (Morano Editore), 1969, pág. 62, RIVA SANSEVERINO, *Diritto del Lavoro*, Padua, (CEDAM), 1971, págs. 233 ss, RIVA SANSEVERINO, y MAZZONI, *Nuovo trattato di Diritto del Lavoro*, Pádua, (CEDAM), 1971, págs. 257 ss, ARDAU, *Manuale di Diritto del Lavoro. Tomo II*, Milán, (Giuffrè Editore), 1972, págs. 903-905, RIVA-SANSEVERINO, L: *Commentario del Codice Civile. Libro Quinto*, Bolonia, (Nicola Zanichelli Editore), 1977, pág. 384, SANTORO PASSARELLI, *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Nápoles, 1978, págs. 184-185 ss, PERA, *Diritto del Lavoro*, Pádua, (CEDAM), 1984, págs. 602 ss, GHIDINI, *Diritto del Lavoro*, Padua, (CEDAM), 1987, págs. 356 ss, SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, Nápoles, (Jovene Editore), 1992, pág. 415, GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Turín, (Giappichelli Editore), 1992, págs. 342 ss y CENDON, *Commentario al Codice Civile. Volumen V*, Turín, (UTET), 1992, pág. 174.

⁵⁰⁰ Sobre este tema véase BENITEZ DE LUGO y REYMUNDO, *Extinción del contrato de trabajo*, Madrid, (Instituto Editorial Reus), 1945, pág. 164 y CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, pág. 129. Este tema también ha sido tratado por la jurisprudencia, entre la que se debe destacar, entre las sentencias del Tribunal Supremo, la STS 10 de abril de 1982 (Ar. 2273). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo y STS 3 de junio de 1986 (Ar. 3454). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos. Asimismo, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo, véase la STCT 18 de febrero de 1978 (Ar. 940). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 27 de noviembre de 1979 (Ar. 6641). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 25 de enero de 1980 (Ar. 319). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 8 de febrero de 1980 (Ar. 703). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amán, STCT 25 de junio de 1980 (Ar. 3777). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 29 de octubre de 1980 (Ar. 5427). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Comiero Suárez.

⁵⁰¹ STS 8 de marzo de 1948 (Ar. 429). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Brey Guerra.

⁵⁰² STS de 12 de enero de 1960 (Ar. 1031). Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Soler Dueñas.

⁵⁰³ STCT 14 de enero de 1978 (Ar. 116). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis y STCT 7 de marzo de 1978 (Ar. 1484). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua.

⁵⁰⁴ STS 20 de julio de 1990 (Ar. 6447). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López.

⁵⁰⁵ Entre las sentencias del Tribunal Supremo véase la STS 15 de enero de 1968 (Ar. 131). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Menéndez-Pidal y de Montes y STS 11 de noviembre de 1969 (Ar. 571). Ponente Excmo. Félix Vázquez de Sola. De la misma manera, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 16

del empresario, genere con sus actos intereses contrapuestos⁵⁰⁷, ya que ofrece a la misma clientela -actual o potencial-, bienes o servicios de igual especie o carácter, y perjudique a aquél, sin que sea necesario que el perjuicio sea efectivo y real, bastando con que sea potencial y que el perjuicio se presume en todo trabajo en actividad idéntica o similar⁵⁰⁸, máxime si se desarrolla, por ejemplo, en la misma localidad⁵⁰⁹.

La concurrencia desleal que prohíbe el artículo 21.1 del Estatuto de los Trabajadores comprende tanto las actividades competitivas que pueda realizar directamente el empleado, como su simple colaboración con terceros competidores del empresario.

de febrero de 1973 (Ar. 741). Ponente Ilmo. Sr. D. Santos Gandarillas Calderón, STCT 6 de noviembre de 1978 (Ar. 5855). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 3 de abril de 1979 (Ar. 1840). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 16 de mayo de 1979 (Ar. 1359). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua y STCT 29 de octubre de 1980 (Ar. 5429). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa. Igualmente, entre las sentencias de la sala de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ Cataluña 21 de abril de 1992 (Ar. 2292). Ponente Ilmo. Sr. D. José de Quintana Pellicer, STSJ Galicia 20 de junio de 1992 (Ar. 3054). Pablo Saude García y STSJ Galicia 1 de julio de 1992 (Ar. 3849). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio José García Amor.

⁵⁰⁶ Sobre este tema véase la STS de 27 de noviembre de 1960 (Ar. 3295). Ponente: Excmo. Sr. D. José Bernal Algorta y STS 10 de noviembre de 1965 (Ar. 4840). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Menéndez Pidal y de Montes. Asimismo, STCT 28 de mayo de 1975 (Ar. 2799). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 4 de junio de 1977 (Ar. 3251). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 16 de junio de 1977 (Ar. 3465). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 27 de junio de 1977 (Ar. 3709). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 15 de diciembre de 1978 (Ar. 7145). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Pardo Unanua, STCT 2 de febrero de 1979 (Ar. 645). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 10 de diciembre de 1980 (Ar. 6525). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STCT 29 de enero de 1981 (Ar. 516). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera.

⁵⁰⁷ Respecto a esta materia véase la STS 9 de marzo de 1975 (Ar. 1184). Ponente Excmo. Sr. D. Gaspar Dávila Dávila y STS 21 de junio de 1976 (Ar. 3566). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra. De la misma manera, STCT 13 de febrero de 1973 (Ar. 665). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 5 de diciembre de 1973 (Ar. 4991). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 6 de junio de 1974 (Ar. 2822). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 25 de octubre de 1974 (Ar. 4331). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 18 de septiembre de 1975 (Ar. 3792). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 5 de julio de 1977 (Ar. 3932). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 17 de mayo de 1978 (Ar. 2924). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 11 de noviembre de 1980 (Ar. 5737). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso y STCT 23 de junio de 1981 (Ar. 4361). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso. Asimismo, AGUILERA IZQUIERDO, "Concurrencia desleal: empresa constituida por cónyuge de la trabajadora. Prescripción de las faltas laborales", Aranzadi Social, Volumen IV, 1999, págs. 2813 ss.

⁵⁰⁸ STSJ Madrid de 24 de febrero de 1993 (Ar. 1010). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Perera Amann, STSJ Castilla y León/Valladolid de 30 de marzo de 1993 (Ar. 1233). Ponente Ilmo. Sr. D. Lope de Barrio Caballero, STSJ Madrid de 14 de abril de 1994 (Ar. 1587). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza y STSJ Baleares de 22 de marzo de 1997 (Ar. 1009). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez.

⁵⁰⁹ Sobre este tema véase, en cuanto al Tribunal Supremo, la STS 11 de junio de 1986 (Ar. 3528). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Alvarez, STS 16 de junio de 1986 (Ar. 3647). Ponente Excmo. Sr. D. José María Alvarez de Miranda y Torres y STS 22 de febrero de 1990 (Ar. 1135). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez. En el mismo sentido, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 8 de abril de 1975 (Ar. 1712). Ponente Ilmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando, STCT 7 de junio de 1975 (Ar. 2988). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 30 de septiembre de 1975 (Ar. 4017). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 18 de mayo de 1978 (Ar. 2958). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 30 de junio de 1981 (Ar. 4534). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso y STCT 16 de diciembre de 1982 (Ar. 7431). Ponente Ilmo. Sr. D. Eduardo Unanua. En cuanto a las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STS 8 de marzo de 1991 (Ar. 1840). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes, STSJ Galicia 15 de septiembre de 1994 (Ar. 3411). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto y STSJ Galicia 18 de mayo de 1995 (Ar. 1904). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto.

Si la competencia la lleva a cabo personalmente el trabajador, el supuesto no plantea problemas interpretativos. Constituye conculcación del deber laboral previsto en el artículo 5.d) del Estatuto de los Trabajadores, y del mandato del artículo 21.1 de la propia Ley, pudiendo ser sancionado en los términos previstos en el artículo 54.2.d), por quebranto de la buena fe contractual.

Por el contrario, la licitud de que el trabajador sea propietario de acciones o participaciones de sociedades competidoras de su empresa, o pueda ser socio colectivo o comanditario de sociedades competitivas, es cuestión más delicada. Doctrinal y jurisprudencialmente se viene admitiendo que la simple posesión de títulos de propiedad en una sociedad de capital competidora no constituye competencia desleal si la actuación del empleado es meramente inversionista, sin posibilidades de decisión personal⁵¹⁰.

En cambio, queda incurso en la prohibición el trabajador que ostente un cargo de gestión, por ejemplo, si el trabajador es accionista o propietario de una parte relevante del tanto por ciento de las participaciones sociales, además de apoderado y elemento activo de otra empresa y ha realizado funciones en esta empresa⁵¹¹, o esté en condiciones de controlar el nombramiento de los órganos gestores, por ejemplo si ostenta el cargo de presidente del consejo de administración⁵¹², de vicepresidente⁵¹³, de secretaria del consejo de administración de sociedad⁵¹⁴, simple consejero⁵¹⁵ o como accionista⁵¹⁶.

⁵¹⁰ Como ejemplo, en la STSJ Comunidad Valenciana de 17 de julio de 1996 (Ar. 3278). Ponente Ilmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero, se le imputa a una trabajadora una consecuencia ilícita cuando resulta que ella adquirió las participaciones de la empresa de la competencia (el 28,7%) el mismo día y en el mismo acto notarial en que el empresario para el que iba a prestar servicios después adquiriría el 71% restante. En esta situación está claro que su empresario en la empresa en la que presta servicios era a su vez socio mayoritario en la otra empresa, con lo que hace imposible jurídicamente calificar de transgresora de la buena fe contractual la conducta de la citada trabajadora, y apoyar en ello la decisión empresarial de prescindir de sus servicios por despido disciplinario.

⁵¹¹ En este tema véase, entre las sentencias del Tribunal Supremo, la STS 2 de noviembre de 1973 (Ar. 4385). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo García-Galán y Carabias, STS 11 de mayo de 1979 (Ar. 2070). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra, STS 11 de mayo de 1985 (Ar. 2696). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisen, STS 2 de julio de 1985 (Ar. 3660). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio García Murga y Vázquez y STS 7 de marzo de 1990 (Ar. 1773). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde. De la misma manera, véase la STCT 20 de abril de 1978 (Ar. 2311). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis. Así como la STSJ Comunidad Valenciana de 16 de enero de 1996 (Ar. 125). Ponente Ilmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

⁵¹² STS 20 de marzo de 1967 (Ar. 1564). Ponente Excmo. Sr. D. Eugenio Mora Régil, STS 19 de junio de 1975 (Ar. 2759). Ponente Excmo. Sr. D. Gaspar Dávila Dávila, STS 23 de diciembre de 1978 (Ar. 4532). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna y STS 23 de junio de 1982 (Ar. 4074). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo. De la misma manera, véase la STSJ Cataluña de 30 de abril de 1993 (Ar. 1882). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego y STSJ Comunidad Valenciana 20 de febrero de 1996 (Ar. 1068). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.

⁵¹³ STS 25 de octubre de 1983 (Ar. 5150). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres. Igualmente, STSJ Canarias/Las Palmas 8 de junio de 1995 (Ar. 2606). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Doreste Armas.

⁵¹⁴ STS 2 de marzo de 1981 (Ar. 1293). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo.

⁵¹⁵ STS 22 de septiembre de 1988 (Ar. 7097). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete y STSJ Baleares 30 de junio de 1998 (Ar. 3007). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Wilhelmi Lizaur.

⁵¹⁶ STS 28 de octubre de 1980 (Ar. 4052). Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Moreno Mocholi, STS 30 de septiembre de 1982 (Ar. 5321). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 7 de marzo de 1990 (Ar. 1773). Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral y STS 13 de julio de 1990 (Ar. 6110). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López. Igualmente, STSJ Madrid 12 de mayo de 1992 (Ar. 2705). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza y STSJ País Vasco 25 de mayo de 1999 (Ar. 1560). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Iturri Gárate.

En las sociedades colectivas y comanditarias, dada su naturaleza personalista y su forma de gobierno, hay que entender siempre desleal la participación del trabajador, cuando por razón de la actividad desplegada, sean empresas competidoras⁵¹⁷.

En cuanto a la colaboración del trabajador con terceros competidores del empresario, hay que entenderla incurso en la prohibición cualquiera que sea la forma en que se auxilie a la actividad competitiva⁵¹⁸, ya sea a título oneroso o gratuito, ya a través de una relación jurídico-mercantil o laboral⁵¹⁹. Además, la prohibición afecta a los negocios que entren dentro del ámbito del objeto social de la empresa, siempre que el objeto estatutario se corresponda con la actividad realmente llevada a cabo. Así, para que una actividad pueda ser calificada como de desleal cabe que concurren los siguientes tres requisitos.

En primer lugar, la existencia de dos empresas que realicen actividades que pueden llegar a ser competitivas. En este caso, uno de los elementos que permiten comprobar esta identidad deriva de los estatutos sociales de ambas empresas⁵²⁰. Ahora bien, en caso de disparidad, o simplemente de distinta amplitud, entre objeto social y actividad de la empresa, ha de entenderse que la prohibición afecta sólo a los negocios competidores de la actividad de la empresa, y no a aquellos otros que pudiendo estatutariamente realizar, no realiza.

En segundo lugar, estas empresas deben ofrecer los mismos o equivalentes bienes o servicios⁵²¹. El problema surge a la hora de comparar los bienes o servicios para poder

⁵¹⁷ La STS 23 de enero de 1946 (Ar. 92) declaró que los trabajadores eran despedidos por haber adquirido acciones de la sociedad, no para sí, aunque no aparezca para quién, al margen de las medidas adoptadas por la empresa para evitar el peligro de desaparición del sistema cooperativista con que se fundó.

⁵¹⁸ ALONSO GARCIA, *Derecho del Trabajo, Tomo II*, Barcelona, (Bosch), 1960, pág. 382.

⁵¹⁹ Sobre este tema véase, entre las sentencias del Tribunal Supremo la STS 16 de octubre de 1982 (Ar. 6182). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, STS 2 de noviembre de 1982 (Ar. 6474). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén, STS 8 de noviembre de 1982 (Ar. 6505). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos y STS 4 de diciembre de 1982 (Ar. 7446). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén. Respecto a las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 2 de diciembre de 1975 (Ar. 5414). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis y STCT 21 de diciembre de 1982 (Ar. 7569). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla. Asimismo, STSJ Navarra de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 3873). Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo.

⁵²⁰ STSJ Galicia de 25 de marzo de 1992 (Ar. 1254). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio García Amor, STSJ Madrid de 12 de mayo de 1992 (Ar. 2705). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Esteban Hanza, STSJ Madrid de 10 de noviembre de 1995 (Ar. 4310). Ponente Ilmo. Sra. D^a. Amelia Pérez Torres, STSJ Madrid de 4 de octubre de 1996 (Ar. 3060). Ponente Ilmo. Sr. D. José Malpartida Morano y STSJ Cataluña de 31 de octubre de 1996 (Ar. 4819). Ponente Ilmo. Sr. D. Angel de Prada Mendoza.

⁵²¹ Entre las innumerables sentencias que tratan este tema, véase, respecto al Tribunal Supremo, la STS 5 de marzo de 1945 (Ar. 353), STS 23 de enero de 1946 (Ar. 92), STS 10 de junio de 1955 (Ar. 2005). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Ruiz López y Báez de Aguilar, STS 8 de marzo de 1956 (Ar. 895). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Soler Dueñas, STS 15 de marzo de 1956 (Ar. 915). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covian Frera, STS 16 de diciembre de 1957 (Ar. 3584). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente Tutor y Guelbenzu, STS de 9 de mayo de 1960 (Ar. 2344). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente Tutor y Guelbenzu, STS 17 de febrero de 1966 (Ar. 1339). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros, STS 10 de febrero de 1976 (Ar. 625). Ponente Excmo. Sr. D. Gaspar Dávila Dávila, STS 7 de noviembre de 1985 (Ar. 5740). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno y STS 6 de noviembre de 1986 (Ar. 5728). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres. Asimismo, en cuanto al Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 25 de octubre de 1973 (Ar. 4102). Ponente Ilmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando, STCT 17 de noviembre de 1973 (Ar. 4599). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 28 de enero de 1975 (Ar. 445). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García y STCT 4 de abril de 1975 (Ar. 1660). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García. En cuanto a las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ Castilla y León/Valladolid 30 de marzo de 1993 (Ar. 1233). Ponente Ilmo. Sr. D. Lope del Barrio Gutiérrez y STSJ País Vasco de 26 de marzo de 1996 (Ar. 482). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago Villar.

predicar de ellos la igualdad o similitud. De esta manera no sirve que las empresas en conflicto pertenezcan a la misma rama productiva, sino que hay que acudir a los propios bienes y servicios⁵²², como puede observarse en los siguiente dos ejemplos. En el primero, se analiza un supuesto en el que se hallan inmersa dos empresas que venden productos de laboratorio⁵²³. Mientras que en el segundo, se refiere a dos empresas de prendas de punto, pero una se dedica a confección para adultos y la otra para niños⁵²⁴. De la misma manera, pueden haber actividades idénticas que no supongan concurrencia, por ejemplo, en el caso de limpiadora que además realiza trabajos de limpieza para otra empresa⁵²⁵, si se trata de dos hoteles en localidades alejadas entre sí⁵²⁶, en supuestos en que la actividad de las empresas es de difícil competencia, lavado automatizado de coches, y además se encuentran en poblaciones separadas⁵²⁷.

En tercer lugar, estas empresas, según el Tribunal Supremo, se han de dirigir a un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes⁵²⁸, bien se trate de cliente intermedios⁵²⁹,

⁵²² En este tema véase, entre las sentencias del Tribunal Supremo que tratan de este tema, la STS 29 de noviembre de 1946 (Ar. 1375), STS 8 de marzo de 1948 (Ar. 429). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Brey Guerra, STS 18 de enero de 1952 (Ar. 185). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera, STS 30 de octubre de 1953 (Ar. 2874). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera, STS 24 de febrero de 1958 (Ar. 706). Ponente Excmo. Sr. D. José Vázquez Gómez, STS 27 de junio de 1958 (Ar. 2682). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Marín Gutiérrez, STS 24 de junio de 1959 (Ar. 3260). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera, STS 26 de junio de 1959 (Ar. 3268). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel de Vicente Tutor y Guelbenzu, STS 2 de diciembre de 1959 (Ar. 4762). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Soler Dueñas, STS de 22 de abril de 1960 (Ar. 2299). Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera, STS 7 de febrero de 1967 (Ar. 959). Ponente Excmo. Sr. D. José María Pérez Sánchez y STS 19 de septiembre de 1985 (Ar. 4326). Ponente Excmo. Sr. D. Carlos Bueren y Pérez de la Serna. En cuanto a las sentencias del Tribunal Central de Trabajo, véase la STCT 4 de abril de 1973 (Ar. 1582). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 26 de abril de 1973 (Ar. 1827). Ponente Ilmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando, STCT 28 de mayo de 1973 (Ar. 2302). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García, STCT 1 de julio de 1975 (Ar. 3524). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 15 de febrero de 1977 (Ar. 825). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa.

⁵²³ STSJ Comunidad Valenciana 12 de abril de 1994 (Ar. 1690). Ponente José García Fenollera.

⁵²⁴ STSJ Galicia 21 de junio de 1993 (Ar. 2937). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Fernández Otero.

⁵²⁵ STSJ Andalucía/Málaga 23 de julio de 1999 (Ar. 2685). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres.

⁵²⁶ STS 17 de junio de 1988 (Ar. 5410). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete.

⁵²⁷ STSJ Cataluña 25 de junio de 1998 (Ar. 3167). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

⁵²⁸ STS 29 de marzo de 1990 (Ar. 2367). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Martínez Emperador. Igualmente, STSJ Madrid 4 de mayo de 1999 (Ar. 1492). Ponente Ilma. Sra. D^a. Virginia García Alarcón y STSJ País Vasco 25 de mayo de 1999 (Ar. 1560). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Carlos Iturri Gárate.

⁵²⁹ Entre las sentencias que tratan este asunto del Tribunal Supremo véase la STS 8 de marzo de 1956 (Ar. 895). Ponente Excmo. Sr. D. Manuel Soler Dueñas, STS 30 de marzo de 1964 (Ar. 2787). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo García Galán y Carabias, STS 4 de enero de 1968 (Ar. 125). Ponente Excmo. Sr. D. José Bernal Algora, STS 10 de febrero de 1977 (Ar. 1386). Ponente Excmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando, STS 26 de enero de 1987 (Ar. 128). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, STS 16 de marzo de 1987 (Ar. 1615). Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Tuero Bertrand, STS 12 de mayo de 1987 (Ar. 3683). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisen, STS 10 de abril de 1990 (Ar. 3450). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García y STS 21 de mayo de 1990 (Ar. 4475). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García. En cuanto a las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 3 de julio de 1973 (Ar. 3068). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 17 de octubre de 1974 (Ar. 4128). Ponente Ilmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando, STCT 24 de junio de 1975 (Ar. 3342). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa, STCT 30 de junio de 1977 (Ar. 3795). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 9 de marzo de 1978 (Ar. 1555). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 15 de diciembre de 1981 (Ar. 7459). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STCT 9 de marzo de 1982 (Ar. 1458). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 31 de marzo de 1982 (Ar. 2057). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 5 de noviembre de 1982 (Ar. 6047). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan, STCT 11 de noviembre de 1982 (Ar. 6201). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso y STCT 12 de noviembre de 1982 (Ar. 6245). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Francisco Armas Andrés. De la misma manera, entre las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ Comunidad Valenciana de 14 de

por ejemplo empresas a las que provee la empresa para la que presta servicios el trabajador o simplemente clientes finales⁵³⁰. Esta es quizás la verdadera esencial que permite definir la concurrencia desleal, de manera que si no existen actividades dirigidas a la misma clientela no habrá competencia desleal⁵³¹, como por ejemplo, en un caso en el que, aunque era la misma rama o actividad, se empleaba papel distinto, y sobre todo era distinta la clientela, por lo que no existían intereses contrapuestos⁵³². Sin embargo, esta apreciación también plantea muchos problemas.

Problema conexo e importante es determinar el momento en que hay que considerar la actividad del empresario, en cuanto que este es un concepto dinámico que puede variar a lo largo de la vida de la relación de trabajo.

En principio la actividad a calificar como objeto de la prohibición es la desarrollada por el empresario en el momento de la conclusión del contrato de trabajo. Si posteriormente, en el curso de la ejecución del contrato, se ampliara la actividad del empresario, habría que distinguir dos situaciones diferenciadas. En primer lugar, la de aquellos trabajadores que estuvieran realizando una actividad paralela y complementaria, no competitiva en el momento de la celebración del contrato, y que pasa a serlo en méritos de la ampliación de actividades de su empresario. En este caso se produciría una auténtica novación objetiva del contrato de trabajo, que como tal y para su licitud, debería ser voluntaria y compensada. En segundo lugar, la de quienes no desarrollaran este tipo de actividades, en cuyo caso puede estimarse simplemente ampliado el alcance de la prohibición legal.

julio de 1992 (Ar. 3950). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Madrid de 11 de enero de 1993 (Ar. 267). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Arteaga Cerrada, STSJ Canarias/Las Palmas de 28 de enero de 1993 (Ar. 16). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Alcaide Alonso y STSJ Comunidad Valenciana de 24 de enero de 1996 (Ar. 132). Ponente Ilmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

⁵³⁰ Respecto a este tema, véase entre las sentencias del Tribunal Supremo, la STS 15 de junio de 1967 (Ar. 2325). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo García Galán y Carabias, STS 27 de noviembre de 1984 (Ar. 5906). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 14 de mayo de 1987 (Ar. 3709). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez, STS 8 de julio de 1987 (Ar. 5114). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García, STS 15 de julio de 1987 (Ar. 5389). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STS 14 de octubre de 1987 (Ar. 6998). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STS 26 de diciembre de 1990 (Ar. 9836). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz, STS 25 de abril de 1990 (Ar. 3496). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García y STS 6 de marzo de 1991 (Ar. 1835). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López. De la misma manera, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 25 de enero de 1973 (Ar. 299). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón-Pacheco García, STCT 25 de junio de 1975 (Ar. 3368). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis, STCT 25 de noviembre de 1981 (Ar. 6907). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez, STCT 1 de diciembre de 1981 (Ar. 7091). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STCT 14 de abril de 1982 (Ar. 2227). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 15 de junio de 1982 (Ar. 3622). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 22 de junio de 1982 (Ar. 3813). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 28 de junio de 1982 (Ar. 3937). Ponente Ilmo. Sr. D. Domingo Nieto Manso, STCT 30 de junio de 1982 (Ar. 3964). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STCT 30 de junio de 1982 (Ar. 3965). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla y STCT 28 de septiembre de 1982 (Ar. 5022). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amann. Igualmente, entre las sentencias de las salas de lo social de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ Galicia de 20 de junio de 1992 (Ar. 3054). Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Saude García, STSJ Cataluña de 30 de abril de 1993 (Ar. 1882). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, STSJ País Vasco de 16 de noviembre de 1993 (Ar. 5110). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Alonso-Misol y STSJ Canarias/Santa Cruz de Tenerife de 20 de julio de 1994 (Ar. 2916). Ponente Ilma. Sra. D^a. Carmen Sánchez-Parodi Pascua.

⁵³¹ STSJ Cataluña 5 de febrero de 1993 (Ar. 795). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido y STSJ Madrid 11 de octubre de 1994 (Ar. 4096). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio de la Cueva Vázquez.

⁵³² STSJ Madrid de 11 de octubre de 1994 (Ar. 4096). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio de la Cueva Vázquez.

De esta manera, una vez analizados estos fundamentos, cabe afirmar que la razón de ser del precepto legal estudiado, además de la protección de la clientela⁵³³, es la protección de los intereses específicos del empresario respecto a la reserva de los secretos de la empresa. Los orígenes históricos de esta regulación provienen del Proyecto del Código Civil denominado, por su impulsor, Burgos y Mazo, de 14 de noviembre de 1919, que en su artículo 97 fijaba la prohibición del trabajador de descubrir "*los secretos de su industria o del comercio*", cuando existiese perjuicio del dueño, o en caso de criado si "*supiere los secretos de su amo y los divulgar*". Sin embargo, como su nombre indica, este texto no llegó a convertirse en norma. Por esta razón, la primera referencia legal de esta obligación cabe encontrarla en el art. 84 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 que, en una fórmula que ya en su momento HINOJOSA consideró "*extremadamente amplia*"⁵³⁴, regulaba que el trabajador está obligado a "*mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de sus patronos*". Asimismo lo entendieron las Bases de Trabajo al regular como deber del trabajador el guardar "*escrupulosamente el secreto profesional y de correspondencia pública*"⁵³⁵. Esta regulación pasó a la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 que, en su art. 72 establecía que el trabajador estaba obligado a mantener los secretos relativos a la explotación y negocios de su empresario⁵³⁶. En la actualidad al no contener ninguna referencia específica el Estatuto de los Trabajadores, hay que acudir al art. 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal⁵³⁷.

La prohibición de revelar secretos sí se regula en alguno de los ordenamientos jurídicos de varios países de la Unión Europea. Concretamente el art. 2105 del Código civil italiano determina la obligación del trabajador de no divulgar noticias respecto de la organización o de los métodos de producción de la empresa, o hacer uso de ellos de modo que le pueda ocasionar un perjuicio. De la misma manera, el art. 20.1.d) de la Ley de contrato individual de trabajo portuguesa contempla entre los deberes del trabajador la no divulgación de información referente a su organización, métodos de producción o negocios. En cambio en otros países, entre los que se puede destacar Alemania⁵³⁹ y Francia⁵⁴⁰, igual que sucede en España, no existe una regulación específica y la jurisprudencia ha derivado este deber directamente de la obligación concreta de buena fe.

⁵³³ STSJ Cantabria 1 de diciembre de 1998 (Ar. 4369). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sainz.

⁵³⁴ DE HINOJOSA FERRER, *El contrato de trabajo*, Madrid, (Editorial Revista de Derecho Privado), 1932, pág. 157.

⁵³⁵ Art. 21 del Contrato colectivo de trabajo en la Compañía Telefónica Nacional de España y los trabajadores dependientes de la misma, Orden 28 de abril de 1933.

⁵³⁶ Sobre este precepto, entre otros, véase PEREZ BOTIJA, *El contrato de trabajo*, Madrid, 1954, págs. 202-204 y ALONSO OLEA, *Lecciones sobre contrato de trabajo*, Madrid, (Universidad de Madrid), 1968, pág. 142.

⁵³⁷ Sobre esta materia véase GALAN CORONA, "Supuestos de competencia desleal por violación de secretos", *La regulación contra la Competencia desleal en la Ley 10 de enero de 1991*, Madrid, (Cámara de Comercio e Industria), 1992, págs. 91 ss.

⁵³⁸ Sobre este tema véase BARASSI, *Il Diritto del Lavoro, Tomo II*, Milán, (Giuffrè Editore), 1957, pág. 310, RIVA SANSEVERINO, y MAZZONI, *Nuovo trattato di Diritto del Lavoro*, Pádua, (CEDAM), 1971, págs. 250 ss, ICHINO, *Diritto a la riservatezza e diritto al segreto nel rapporto di lavoro*, Milán, (Dott. A. Giuffrè Editore), 1979, págs. 206 ss, PERA, *Diritto del Lavoro*, Pádua, (CEDAM), 1984, págs. 604-605, GHIDINI, *Diritto del Lavoro*, Padua, (CEDAM), 1987, pág. 357, SCOGNAMIGLIO, *Diritto del Lavoro*, Nápoles, (Jovene Editore), 1992, págs. 416-417 y GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Turín, (Giappichelli Editore), 1992, págs. 344 ss.

⁵³⁹ En cuanto a la situación en este país véase HUECK y NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Editorial Revista de Derecho Privado), 1963, págs. 120-122 y WENIGER, *La protection des secrets économiques et du savoir-faire (Know-how)*, Ginebra, (Librería Droz), 1994, págs. 55 ss.

⁵⁴⁰ Respecto a este país véase DURAND, *Traité de Droit du Travail*, París (Daloz), 1950. Págs. 586 ss, COUTURIER, *Droit du Travail I*, París, (Presses Universitaires de France), 1994, pág. 329 y MIALON, *Les pouvoirs de l'employeur*, París, (L.G.D.J), 1996, págs. 48-49.

En nuestro país, la norma mercantil define la violación de secretos como la divulgación o explotación en provecho propio o de un tercero, sin autorización de su titular, de cualquier especie de secreto empresarial al que haya tenido acceso legítimamente aunque con deber de reserva, o ilegítimamente⁵⁴¹, y aunque no exista norma expresa, también se entiende incluido en la obligación de buena fe que ha de asumir el trabajador.

El secreto profesional consiste en no comunicar noticias de la empresa que puedan perjudicar a ésta y beneficiar a otras; así cabe incluir los secretos de fabricación, los datos de la organización o la técnica de producción⁵⁴². Esta prohibición ha de extenderse no sólo a los de carácter estrictamente profesional, sino, más ampliamente, a aquellos que, afectando a la explotación o a los negocios, como consecuencia del ejercicio de la profesión o la prestación de los servicios, pero justamente por cuenta del empresario en cuyo servicios los datos o noticias secretas sean conocidos⁵⁴³; sin embargo, algunos autores han entendido que no puede, por ejemplo, hacer referencia a la posibilidad que tiene el trabajador de denunciar determinadas conductas de su empresario⁵⁴⁴.

Se refiere, normalmente, a actividades que se desarrollan dentro del mismo plano en que efectúa las suyas la empresa principal por incidir sobre un mismo mercado y sobre un mismo círculo potencial de clientes, realizándose aquéllas con olvido de las exigencias de la buena fe, mediante el aprovechamiento de datos internos de la empresa que son conocidos por su trabajo en ésta y que cuando se refieren a un sistema organizativo o de producción o versan sobre la relación de sus proveedores o clientes, pueden ocasionar un potencial perjuicio a aquélla⁵⁴⁵, por alterar el juego de la libre competencia, proporcionando una situación de ventaja para la segunda actividad⁵⁴⁶.

La creación de este daño para el empresario por parte del trabajador, que es al final la cuestión fundamental a analizar se puede crear por medio de un número muy amplio de conductas⁵⁴⁷, entre las que cabe destacar el descubrimiento del crédito de los cliente en entidades bancarias⁵⁴⁸, la divulgación de los escritos, entregándolos a personas ajenas al servicio de contabilidad de la empresa⁵⁴⁹, procurarse copias del fichero de clientes, teniendo ya anunciado su propósito de abandonar la empresa y obteniéndolas en ausencia del director⁵⁵⁰, fotocopiar

⁵⁴¹ STSJ Canarias/Las Palmas 28 de enero de 1993 (Ar. 16). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Alcaide Alonso, STSJ Madrid 10 de enero de 1994 (Ar. 374). Ponente Ilmo. Sr. D. Conrado Durantez Corral y STSJ Cantabria 5 de julio de 1996 (Ar. 3268). Ponente Ilmo. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sainz.

⁵⁴² BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Librería General Victoriano Suárez), 1958-1959, pág. 217.

⁵⁴³ ALONSO GARCIA, *Derecho del Trabajo, Tomo II*, Barcelona, (Bosch), 1960, pág. 381.

⁵⁴⁴ FERNANDEZ LOPEZ, "La transgresión de la buena fe contractual. Comentario a la STCT de 12-XI-1981", *Revista de Política Social*, número 138, 1983, pág. 230.

⁵⁴⁵ HIDALGO RUA y DEL VAL ARNAL, "El deber de guardar secreto en la relación laboral del personal con medios informáticos", *Documentación Laboral*, número 35, 1991, págs. 203 ss.

⁵⁴⁶ STSJ Andalucía/Málaga de 7 de noviembre de 1994 (Ar. 4272). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

⁵⁴⁷ Sobre el daño en general véase STS 1 de marzo de 1946 (Ar. 331). Igualmente, OLMO FERNANDEZ-DELGADO, "El secreto de empresa en el ámbito laboral", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Número 205, 2000, págs. 69 ss.

⁵⁴⁸ STCT 2 de octubre de 1973 (Ar. 3575). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González.

⁵⁴⁹ STS 21 de mayo de 1975 (Ar. 2599). Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Gimeno Gamarra. Igualmente, STCT 29 de octubre de 1976 (Ar. 4847). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Louis.

⁵⁵⁰ STS 18 de junio de 1973 (Ar. 2839). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Valle Abad, STS 23 de diciembre de 1983 (Ar. 6433). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Ruiz Vadillo, STS 20 de julio de 1988 (Ar. 6207). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Alvarez Cruz, STS 3 de octubre de 1988 (Ar. 7504). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Alvarez Cruz. De la misma manera, STSJ Canarias/Las Palmas de 28 de enero de 1993 (Ar. 16). Ponente

documentos de manera fraudulenta que son aportados en juicio contra la empresa⁵⁵¹, ocultar a la empresa subcontratas, promoviendo falsedades en los documentos⁵⁵² o entregar muestrarios y listados de clientes a la empresa competidora⁵⁵³.

2.9.6.4- NOTAS CARACTERISTICAS

2.9.6.4.1.- EXISTENCIA DE DAÑO

Competencia y perjuicio son conceptos inseparables. De esta manera, y aunque el art. 21 del Estatuto de los Trabajadores no lo contenga como elemento a tener en cuenta, a diferencia del anterior art. 73 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, no se concibe que la simple entrada de un empresario en el ámbito de actuación de otro pueda no ocasionarle perjuicio⁵⁵⁴. Por esta razón la jurisprudencia ha entendido que la verdadera razón de ser de esta limitación es la protección de los intereses del empresario⁵⁵⁵.

El perjuicio puede consistir en una consecuencia materializada económicamente, por ejemplo, una disminución de las ventas o una disminución de la cuota de penetración en el mercado, así como un daño potencial, de manera que no se pueda calcular un perjuicio concreto⁵⁵⁶; para cuya determinación es preciso atender a los elementos objetivos de la

Ilmo. Sr. D. Manuel Alcaide Alonso y STSJ Madrid 17 de septiembre de 1998 (Ar. 3320). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique Juanes Fraga.

⁵⁵¹ STS 6 de abril de 1990 (Ar. 3122). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández y STS 11 de junio de 1990 (Ar. 5050). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. Igualmente, STCT 16 de octubre de 1974 (Ar. 4103). Ponente Ilmo. Sr. D. Federico Vázquez Ochando y STCT 11 de marzo de 1981 (Ar. 1729). Ponente Ilmo. Sr. D. Alejandro Corniero Suárez. De la misma manera, véase la STSJ Baleares 15 de septiembre de 1998 (Ar. 3713). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Wilhelmi Lizaur.

⁵⁵² STS 17 de julio de 1990 (Ar. 6414). Ponente Excmo. Sr. D. Enrique Álvarez Cruz.

⁵⁵³ STS (Sala Civil) 11 de febrero de 1993 (Ar. 1459). Ponente Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres. De la misma manera, STSJ Madrid de 16 de marzo de 1992 (Ar. 1617). Ponente Ilmo. Sr. D. Marcial Rodríguez Estevan y STSJ Galicia 23 de junio de 1994 (Ar. 2523). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Angel Fernández. En esta misma línea, ROJAS RIVERO, *La libertad de expresión del trabajador*, Madrid, (Trotta), 1991, págs. 70 ss.

⁵⁵⁴ Sobre este tema véase PEREZ LEÑERO, *Instituciones del Derecho Español de Trabajo*, Madrid, (Espasa-Calpe, SA), 1949, pág. 263, BAYON CHACON y PEREZ BOTIJA, *Manual de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Librería General Victoriano Suárez), 1958-1959, pág. 219, BORRAJO DACRUZ, *Derecho del Trabajo*, Madrid, (Frente Nacional de Juventudes), 1960, pág. 96, RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Límites a la competencia y contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, número 116, 1977, pág. 20 y CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, pág. 142.

⁵⁵⁵ STS 19 de octubre de 1988 (Ar. 8117). Ponente Excmo. Sr. D. Aurelio Desdentado Bonete. Igualmente, STSJ Madrid 25 de junio de 1991 (Ar. 4106). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Rodríguez Molero, STSJ Asturias 10 de febrero de 1995 (Ar. 538). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier García González y STSJ Extremadura 5 de abril de 1995 (Ar. 1426). Ponente Ilmo. Sr. D. Pedro Bravo Gutiérrez.

⁵⁵⁶ Entre las sentencias del Tribunal Supremo que tratan este asunto véase la STS 21 de septiembre de 1984 (Ar. 4450). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos, STS 20 de septiembre de 1988 (Ar. 6929). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, STS 19 de octubre de 1988 (Ar. 8117). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STS 18 de julio de 1989 (Ar. 5874). Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Angel Campos Alonso, STS 22 de octubre de 1990 (Ar. 7932). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López, STS 28 de noviembre de 1990 (Ar. 8613). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López y STS 8 de marzo de 1991 (Ar. 1840). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes. De la misma manera, entre las sentencias del Tribunal Central de Trabajo véase la STCT 11 de julio de 1973 (Ar. 3255). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 11 de octubre de 1973 (Ar. 3782). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, STCT 20 de septiembre de 1974 (Ar. 3635). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González y STCT 9 de diciembre de 1981 (Ar. 7217). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera. Finalmente, en cuanto a las sentencias de las salas de lo social de los diversos Tribunales Superiores de Justicia véase la STSJ

conducta del trabajador, sin que pueda ni deba acudirse a ningún tipo de conjeturas, ya que lo que se analiza es si la actividad del trabajador en la otra empresa, revela una transgresión de la buena fe contractual en el servicio que presta a la empresa⁵⁵⁷.

En todo caso, este perjuicio potencial se presume *iuris tantum* cuando se desarrolla un trabajo de idéntica o similar actividad en una misma localidad⁵⁵⁸ o próximas si pueden considerarse dentro de un mismo ámbito comercial⁵⁵⁹, salvo que pueda demostrarse que no se ha producido desvío de clientela⁵⁶⁰, como por ejemplo, en un supuesto en el que la actividad de las empresas es de difícil competencia, ya que se trata de lavado automatizado de coches, y además se encuentran en poblaciones separadas⁵⁶¹.

La dificultad en esta materia radica en evaluar, y sobre todo en probar, el perjuicio efectivo sufrido por el empresario, en orden a exigir su reparación⁵⁶².

Esta dificultad ha llevado a la jurisprudencia a concluir que la violación de la prohibición es independiente de un daño efectivo al empresario, siendo suficiente el daño

Cataluña de 5 de marzo de 1992 (Ar. 1679). Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Duplá de Vicente Tutor, STSJ Cantabria de 14 de octubre de 1992 (Ar. 4761). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego, STSJ Madrid de 18 de noviembre de 1992 (Ar. 5718). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Arteaga Cerrada, STSJ Andalucía/Málaga de 31 de enero de 1993 (Ar. 108). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu, STSJ La Rioja de 8 de febrero de 1993 (Ar. 638). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie, STSJ Comunidad Valenciana de 22 de junio de 1993 (Ar. 3076). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Cataluña de 22 de junio de 1993 (Ar. 2998). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, STSJ Andalucía/Málaga de 23 de julio de 1993 (Ar. 3323). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Vela Torres, STSJ Comunidad Valenciana de 12 de abril de 1994 (Ar. 1690). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Aragón de 16 de noviembre de 1994 (Ar. 4214). Ponente Ilmo. Sr. D. Heraclio Lázaro Miguel, STSJ Castilla y León/Burgos de 21 de noviembre de 1995 (Ar. 4106). Ponente Ilma. Sra. D^a. María Yolanda Colina Contreras, STSJ Cataluña de 29 de diciembre de 1995 (Ar. 4927). Ponente Ilmo. Sr. D. José de Quintana Pellicer, STSJ Cataluña de 14 de septiembre de 1996 (Ar. 4443). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol y STSJ Cataluña 5 de noviembre de 1999 (Ar. 4666). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.

⁵⁵⁷ STSJ Cataluña de 14 de febrero de 1992 (Ar. 826). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido.

⁵⁵⁸ Sobre este tema véase la STS 6 de noviembre de 1979 (Ar. 3936). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán. Igualmente, STCT 27 de noviembre de 1981 (Ar. 6970). Ponente Ilmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STCT 11 de julio de 1973 (Ar. 3255). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González y STCT 11 de octubre de 1973 (Ar. 3782). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández. De la misma manera, STSJ Cataluña 5 de marzo de 1992 (Ar. 1679). Ponente Ilmo. Sr. D. Pablo Duplá de Vicente Tutor, STSJ Cantabria 12 de diciembre de 1994 (Ar. 4885). Ponente Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tames Iglesias, STSJ Galicia de 18 de mayo de 1995 (Ar. 1904). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto, STSJ Asturias de 19 de abril de 1996 (Ar. 1254). Ponente Ilmo. Sr. D. José Alejandro Criado Fernández y STSJ Andalucía/Málaga 17 de abril de 1998 (Ar. 2454). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan de Dios Camacho Ortega.

⁵⁵⁹ Respecto a este tema véase la STS 25 de enero de 1984 (Ar. 94). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo, STS 16 de diciembre de 1986 (Ar. 7492). Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Ángel Campos Alonso, STS 26 de enero de 1988 (Ar. 54). Ponente Excmo. Sr. D. Arturo Fernández López, STS 3 de noviembre de 1988 (Ar. 8508). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla, STS 17 de julio de 1989 (Ar. 5485). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez y STS 17 de diciembre de 1990 (Ar. 9801). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde. Igualmente, STSJ Castilla y León/Valladolid de 5 de diciembre de 1995 (Ar. 4555). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Álvarez Anlló y STSJ País Vasco de 26 de marzo de 1996 (Ar. 482). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rábago Villar.

⁵⁶⁰ STSJ País Vasco 16 de noviembre de 1993 (Ar. 5110). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Alonso-Misol.

⁵⁶¹ STSJ Cataluña 25 de junio de 1998 (Ar. 3167). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

⁵⁶² Sobre este tema véase la STS 16 de junio de 1982 (Ar. 4020). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo. De la misma manera, STSJ Cataluña de 14 de febrero de 1992 (Ar. 826). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido, STSJ Galicia de 21 de junio de 1993 (Ar. 2937). Ponente Ilmo. Sr. D. Miguel Ángel Fernández Otero y STSJ Madrid de 7 de septiembre de 1993 (Ar. 4158). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amann.

potencial, para que nazca la justa causa de despido del trabajador⁵⁶³. Esta es la razón por la que puede considerarse que lo característico es el elemento intencional revelador de una premeditada conducta desleal del trabajador respecto de la empresa⁵⁶⁴, no el daño efectivamente producido, que no sólo remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho⁵⁶⁵ y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa⁵⁶⁶.

2.9.6.4.2.- PLURALIDAD DE ACTOS

La valoración sobre la actividad concurrente no puede ser la misma si la coincidencia de los trabajos realizados por el trabajador con la actividad de la misma es esporádica, llevada a cabo fuera del horario laboral y sin existir proximidad entre los centros de trabajo⁵⁶⁷, o si se produce durante la jornada ordinaria de trabajo.

Si bien es cierto que la competencia suele conllevar la idea de actividad, de continuidad en el tiempo de una determinada actuación, la jurisprudencia ha sostenido, en numerosas ocasiones, que no se precisa una pluralidad de actos, una reiteración, en definitiva, sino que basta uno solo para que el trabajador incurra en causa de despido⁵⁶⁸.

2.9.6.4.3.- COMPETENCIA ACTUAL Y FUTURA

Es requisito de la competencia desleal el elemento de la actualidad, de manera que la competencia prohibida es, esencialmente, la competencia actual. Ahora bien, existen contradicciones entre la jurisprudencia a la hora de evaluar la relevancia que se le ha de otorgar a

⁵⁶³ En esta materia véase la STS 11 de junio de 1979 (Ar. 2642). Ponente Excmo. Sr. D. Miguel Moreno Mocholi, STS 6 de noviembre de 1979 (Ar. 3936). Ponente Excmo. Sr. D. Eusebio Rams Catalán, STS 12 de julio de 1988 (Ar. 5806). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno y STS 17 de diciembre de 1990 (Ar. 9800). Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Manuel Cachón Villar. Igualmente, STSJ Cataluña de 5 de febrero de 1993 (Ar. 795). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido, STSJ Navarra de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 3873). Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo y STSJ Galicia de 4 de diciembre de 1996 (Ar. 4569). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Jesús Outeiriño Fuente.

⁵⁶⁴ STSJ Navarra de 30 de septiembre de 1993 (Ar. 3873). Ponente Ilmo. Sr. D. Víctor Cubero Romeo, STSJ Comunidad Valenciana de 12 de junio de 1996 (Ar. 2410). Ponente Ilma. Sra. D^a. Concepción Rosario Ureste García y STSJ Andalucía/Málaga 17 de abril de 1998 (Ar. 2454). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan de Dios Camacho Ortega.

⁵⁶⁵ En esta materia véase la STS 7 de febrero de 1984 (Ar. 847). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres, STS 17 de abril de 1984 (Ar. 2105). Ponente Excmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STS 12 de julio de 1988 (Ar. 5806). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno, STS 3 de noviembre de 1988 (Ar. 8508). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla y STS 20 de marzo de 1991 (Ar. 1883). Ponente Excmo. Sr. D. Mariano Sampedro Corral. Igualmente, STSJ Cataluña 14 de febrero de 1992 (Ar. 826). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Ramón Martínez Garrido, STSJ Madrid 4 de febrero de 1993 (Ar. 942). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Arteaga Cerrada y STSJ País Vasco 26 de marzo de 1996 (Ar. 482). Ponente Ilmo. Sr. D. Manuel Díaz de Rabago Villar.

⁵⁶⁶ Respecto a este tema, STS 18 de octubre de 1984 (Ar. 5298). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García Murga Vázquez, STS 3 de noviembre de 1988 (Ar. 8509). Ponente Excmo. Sr. D. Julio Sánchez Morales de Castilla y STS 29 de diciembre de 1989 (Ar. 9100). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde. En este mismo sentido véase la STSJ Cataluña de 15 de marzo de 1996 (Ar. 1879). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos, STSJ Comunidad Valenciana de 11 de febrero de 1997 (Ar. 256). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera, STSJ Andalucía/Málaga 17 de abril de 1998 (Ar. 2454). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan de Dios Camacho Ortega y STSJ Madrid 4 de mayo de 1999 (Ar. 1492). Ponente Ilma. Sra. D^a. Virginia García Alarcón.

⁵⁶⁷ STSJ Comunidad Valenciana 22 de junio de 1993 (Ar. 3076). Ponente Ilmo. Sr. D. José García Fenollera y STSJ Asturias 19 de abril de 1996 (Ar. 1254). Ponente Ilmo. Sr. D. José Alejandro Criado Fernández.

⁵⁶⁸ STSJ Cataluña 7 de febrero de 1996 (Ar. 1085). Ponente Ilmo. Sr. D. Ponç Feliu Llansà.

la competencia futura. En principio, son válidas las gestiones encaminadas a la realización de una competencia cuando finalice el contrato de trabajo por cuenta del propio trabajador y las que pueda realizar para conseguir un contrato de trabajo en una empresa de la competencia, siempre que en si mismas no impliquen ya el ejercicio de las negociaciones o actividades prohibidas.

Ahora bien, los tribunales han considerado que la competencia puede calificarse como de desleal no sólo cuando se lleva a cabo en el presente, sino también en el futuro⁵⁶⁹, por ejemplo cuando se trata de cooperar en la constitución de una nueva empresa dedicada a la misma actividad⁵⁷⁰ o en supuesto en el que el trabajador, responsable comercial en la sucursal de Valladolid de la compañía aseguradora, en reiteradas ocasiones instó a dos agentes comerciales con mayor volumen de cartera de la sucursal a que se marcharan con él a otra agencia de seguros⁵⁷¹. Quizás en esta materia el único límite que existe es que esta concurrencia desleal no sea puramente hipotética⁵⁷².

2.9.6.4.4.- ACTOS PREPARATORIOS

No se precisa el perfeccionamiento del acto de competencia, ni la realidad de un perjuicio sufrido por el empresario. Si el trabajador ha puesto los medios a su alcance para realizar el acto de competencia, aunque no lo haya logrado, esa actuación encaja dentro de las conductas prohibidas⁵⁷³.

Gráficamente podría decirse que no se prohíbe la tentativa de competencia, mientras que la competencia frustrada si entra de lleno dentro de la prohibición. Por esta razón, las meras conductas exploratorias con la finalidad de intentar un establecimiento por cuenta propia, los simples contactos con empresarios de la competencia o el mantenimiento de conversaciones con compañeros de trabajo para fundar una nueva empresa no son actos constitutivos de concurrencia desleal⁵⁷⁴. Ahora bien, en el momento en que se detecte una mínima concreción real de la iniciativa competidora el acto se convierte en desleal. Así, por ejemplo, si existe solicitud de licencia de apertura de nuevo establecimiento⁵⁷⁵, si se ha realizado cualquier otra gestión administrativa⁵⁷⁶, por ejemplo la elaboración de un proyecto presentado al ayuntamiento para construir una escuela y otorgamiento de los permisos necesarios⁵⁷⁷ o si se ha intentado el reclutamiento de otros trabajadores de la empresa⁵⁷⁸.

⁵⁶⁹ STSJ Castilla y León/Valladolid 7 de septiembre de 1998 (Ar. 4774). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Alvarez Anlló.

⁵⁷⁰ STS 10 de abril de 1990 (Ar. 3450). Ponente Excmo. Sr. D. Leonardo Bris Montes y STSJ Comunidad Valenciana 16 de enero de 1996 (Ar. 125). Ponente Ilmo. Sr. D. Gonzalo Moliner Tamborero.

⁵⁷¹ STSJ Castilla y León/Valladolid 9 de marzo de 1999 (Ar. 1279). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Alvarez Anlló.

⁵⁷² STSJ Asturias 20 de noviembre de 1998 (Ar. 4499). Ponente Ilmo. Sr. D. José Alejandro Criado Fernández.

⁵⁷³ Sobre este tema véase la STS 19 de junio de 1976 (Ar. 3562). Ponente Excmo. Sr. D. Mamerto Cerezo Abad. Igualmente, STCT 20 de septiembre de 1974 (Ar. 3635). Ponente Ilmo. Sr. D. Félix de las Cuevas González, STCT 3 de febrero de 1977 (Ar. 546). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Marín Correa y STCT 1 de febrero de 1978 (Ar. 600). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Alfonso Antón Pacheco García. En el mismo sentido, STSJ La Rioja 8 de febrero de 1993 (Ar. 638). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Loma-Osorio Faurie, STSJ Cataluña 30 de abril de 1993 (Ar. 1882). Ponente Ilmo. Sr. D. Sebastián Moralo Gallego, STSJ Madrid 22 de junio de 1993 (Ar. 3167). Ponente Ilmo. Sr. D. Tomás Pereda Amann y STSJ Galicia 11 de marzo de 1994 (Ar. 908). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

⁵⁷⁴ STS 13 de julio de 1988 (Ar. 5816). Ponente Excmo. Sr. D. José María Alvarez de Miranda y Torres.

⁵⁷⁵ STSJ Madrid 4 de febrero de 1993 (Ar. 942). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Arteaga Cerrada y STSJ Comunidad Valenciana 20 de febrero de 1996 (Ar. 1068). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.

⁵⁷⁶ STSJ Castilla y León/Valladolid 15 de julio de 1991 (Ar. 4320). Ponente Ilmo. Sr. D. José María Ramos Aguado.

⁵⁷⁷ STSJ Madrid 4 de mayo de 1999 (Ar. 1492). Ponente Ilma. Sra. D^a. Virginia García Alarcón.

⁵⁷⁸ STSJ Madrid 3 de mayo de 1995 (Ar. 2181). Ponente Ilmo. Sr. D. Julio de la Cueva Vázquez.

2.9.6.4.5.- PROHIBICION DE COMPETENCIA POR PERSONA INTERPUESTA

La interposición se define como una combinación de negocios jurídicos en virtud de la cual una persona ostenta frente a otra u otros, y frente a terceros, una titularidad aparente de relaciones jurídicas que oculta o encubre al titular verdadero y real de las mismas. La figura de la interposición puede tener distintas funciones, una de las cuales es la de eludir prohibiciones de contratar por razón de los sujetos.

Evidentemente, una forma de evitar la prohibición de los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores es la realización del mecanismo interpositivo: el trabajador aporta sus conocimientos, su actividad, sus relaciones, etc, pero el titular aparente de la explotación es otra persona, natural o jurídica.

En esta materia la jurisprudencia ha enjuiciado supuestos muy diversos, que van desde casos de concurrencia desleal por medio de persona interpuesta que es familiar, por ejemplo, si se trata de una empresa a nombre del hijo que vive y depende económicamente del trabajador⁵⁷⁹ o si se lleva a cabo por medio de empresa de titularidad de dos hijos del trabajador de edad demasiado joven para asumir la dirección⁵⁸⁰, por la esposa del trabajador⁵⁸¹ o incluso por compañera sentimental del trabajador⁵⁸².

La esencia del problema radica en la actuación del trabajador, de manera que si éste no realiza ningún tipo de actuación que pueda presuponer la concurrencia no existen conflictos con la actividad de estos terceros⁵⁸³. Sin embargo, la realidad será la contraria, y es evidente que existirá algún tipo de colaboración, aunque sea de simple cooperación⁵⁸⁴. Así cabe citar como ejemplos, un supuesto en el que el trabajador permite que su novia disponga de una vivienda de su propiedad para contratar el teléfono o incluso para ejercer la misma profesión como autónoma⁵⁸⁵ o un caso en el que el familiar del trabajador tenía relevante participación accionarial en una empresa proveedora, aunque él no lo utilizó, pero debía haber comunicado esta circunstancia a la empresa para la que presta sus servicios⁵⁸⁶.

Unánimemente se admite que la figura de la interposición no libera al trabajador de la prohibición de concurrencia, ni de las responsabilidades que la competencia desleal, aun encubierta, pueda derivarle. Probada la interposición y la existencia efectiva de competencia desleal, puede llegarse a la prohibición de continuidad de las actividades competitivas, por aplicación de la teoría del fraude de Ley.

⁵⁷⁹ En este tema véase la STS 27 de octubre de 1971 (Ar. 4878). Ponente Excmo. Sr. D. Eugenio Mora Régil, STS 20 de febrero de 1986 (Ar. 794). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Santos Jiménez Asenjo y STS 20 de marzo de 1986 (Ar. 1359). Ponente Excmo. Sr. D. José Díaz Buisén. En el mismo sentido, STSJ Madrid 5 de febrero de 1998 (Ar. 414). Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Fernández Otero.

⁵⁸⁰ STSJ Castilla y León/Valladolid 7 de septiembre de 1998 (Ar. 4774). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio Alvarez Anlló.

⁵⁸¹ STS 21 de mayo de 1986 (Ar. 2597). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno. Igualmente, STSJ Murcia de 8 de octubre de 1996 (Ar. 4593). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Martínez Moya y STSJ Madrid 23 de abril de 1999 (Ar. 1345). Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Fernández Otero.

⁵⁸² STSJ Castilla-La Mancha 31 de marzo de 1998 (Ar. 1285). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Rentero Jover y STSJ Cantabria 1 de diciembre de 1998 (Ar. 4369). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sainz.

⁵⁸³ STSJ Castilla-La Mancha 31 de marzo de 1998 (Ar. 1285). Ponente Ilmo. Sr. D. Jesús Rentero Jover.

⁵⁸⁴ STSJ Cataluña 1 de abril de 1998 (Ar. 2363). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sanz Marcos.

⁵⁸⁵ STSJ Cantabria 1 de diciembre de 1998 (Ar. 4369). Ponente Ilma. Sra. D^a. Mercedes Sancha Sainz.

⁵⁸⁶ STSJ Madrid 23 de abril de 1999 (Ar. 1345). Ponente Ilmo. Sr. D. José Ramón Fernández Otero.

2.9.6.4.6.- PROHIBICION DE COMPETENCIA EN SUPUESTOS DE SUSPENSION Y EXCEDENCIA DE LA RELACION LABORAL

El deber de buena fe es un elemento esencial del contrato de trabajo y éste se desarrolla no sólo durante las horas de permanencia en el centro de trabajo, sino que se extiende a todos aquellos actos propios de la vida del empleado pero que guarden relación con el ejercicio de su actividad laboral⁵⁸⁷. Por esta razón, la prohibición de concurrencia se mantiene en los momentos en que no existe real prestación efectiva de los servicios, por ejemplo, durante el tiempo dedicado a la comida y acabada la jornada ordinaria en la empresa⁵⁸⁸ o durante las vacaciones del trabajador⁵⁸⁹.

De la misma manera, la jurisprudencia ha declarado reiteradamente que este deber también se mantiene en situación de interrupción del contrato de trabajo, sea por cualquiera de las causas reguladas en la Ley.

La suspensión de la relación laboral por cualquiera de las causas del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores afecta a la ejecución del contrato, pero no a la existencia del vínculo que sigue en vigor. Por ello, la prohibición de competencia continúa durante la suspensión del contrato de trabajo, ya que la obligación de abstenerse de competir no tiene su fundamento en la efectiva prestación de trabajo, sino en el propio contrato. Entre los supuestos que caben destacarse citar la prohibición de concurrencia en caso de sanción disciplinaria⁵⁹⁰, comisiones de servicio⁵⁹¹ o situaciones de incapacidad temporal⁵⁹².

A igual conclusión hay que llegar en todos los casos de excedencia forzosa; y en los de excedencia voluntaria, cuando se haya pactado el reingreso, o éste haya de tener lugar por exigencia del convenio aplicable. Más discutible resulta en los casos en que el trabajador excedente voluntario sólo conserva un derecho de reingreso preferente en caso de vacante, y de hecho hay que llegar a la conclusión contraria, por extinción del vínculo contractual⁵⁹³. Lo que supone, en estos casos, la necesidad de pactar una cláusula de no concurrencia, para mantener viva la obligación de no competir, en tanto que esa obligación no puede estimarse derivada de la Ley⁵⁹⁴.

Diferente es el caso de los trabajadores fijos discontinuos, respecto a los cuales la jurisprudencia ha declarado que no se puede pretender que no puedan trabajar en otra empresa

⁵⁸⁷ STSJ Asturias 7 de mayo de 1999 (Ar. 1463). Ponente Ilmo. Sr. D. José Alejandro Criado Fernández.

⁵⁸⁸ STSJ Cataluña 18 de mayo de 1998 (Ar. 2766). Ponente Ilmo. Sr. D. Iganacio M. Palos Peñarroya.

⁵⁸⁹ STSJ Galicia 3 de noviembre de 1993 (Ar. 4727). Ponente Ilmo. Sr. D. Emilio León Sola, STSJ Canarias/Las Palmas 9 de noviembre de 1993 (Ar. 4983). Ponente Ilmo. Sr. D. Carlos Millán Hernández y STSJ Cantabria 13 de julio de 1994 (Ar. 2987). Ponente Ilmo. Sr. D. Rubén López-Tames Iglesias.

⁵⁹⁰ STS 26 de diciembre de 1989 (Ar. 9082). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

⁵⁹¹ STS 22 de septiembre de 1988 (Ar. 7093). Ponente Excmo. Sr. D. José Moreno Moreno.

⁵⁹² Entre muchas cabe citar STSJ Comunidad Valenciana 3 de julio de 1993 (Ar. 3622). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Vidente Cots Díaz, STSJ País Vasco 13 de abril de 1999 (Ar. 1018). Ponente Ilmo. Sr. D. Florentino Eguaras Mendiri y STSJ Asturias 7 de mayo de 1999 (Ar. 1463). Ponente Ilmo. Sr. D. José Alejandro Criado Fernández.

⁵⁹³ Sobre este tema véase la STS 29 de octubre de 1983 (Ar. 5165). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García Murga Vázquez. En el mismo sentido, STSJ Extremadura 24 de octubre de 1995 (Ar. 4062). Ponente Ilmo. Sr. D. Alfredo García-Tenorio Bejarano, STSJ Cataluña 22 de abril de 1996 (Ar. 2120). Ponente Ilma. Sra. D^a. Natividad Braceras Peña y STSJ Madrid 26 de noviembre de 1997 (Ar. 4257). Ponente Ilma. Sra. D^a. Concepción Rosario Ureste García.

⁵⁹⁴ STSJ País Vasco 24 de septiembre de 1994 (Ar. 4072). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Alonso-Misol.

durante los períodos en los que no se le proporciona ocupación⁵⁹⁵.

2.9.7.- PACTO DE NO COMPETENCIA POSTCONTRACTUAL

2.9.7.1.- ANTECEDENTES HISTORICOS

La actual regulación del pacto de no competencia postcontractual presenta dos antecedentes históricos muy claros, ya que cabe considerarlos totalmente precedentes del precepto establecido en el Estatuto de los Trabajadores, sobre todo por su similitud.

En primer lugar, la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, concretamente en el art. 86 regulaba la posibilidad del empresario de establecer en el contrato de trabajo una prohibición de concurrencia para después de terminado el contrato, considerada por HINOJOSA como excesiva ya que entendió que esta regulación suponía que la exigencia del cumplimiento de la obligación quedaba "*considerablemente limitado*"⁵⁹⁶. Los requisitos para que se pudiera dar esta restricción eran tres⁵⁹⁷: a) duración máxima determinada por la ley, de "*dos años para los obreros y de cuatro años para los empleados técnicos*"; b) establecimiento de una "*oportuna indemnización durante los citados años*" y c) sólo si el empresario justificaba "*un efectivo interés industrial y comercial en el asunto*".

En segundo lugar, el art. 74 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 reguló que "*La prohibición de la 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 pagarla, y, en todo caso, cuando no justificare el empresario un efectivo interés industrial y comercial en el asunto*". Este precepto fue relativamente poco aplicado por la jurisprudencia y tampoco originó problemas relevantes⁵⁹⁸.

Sin embargo, la doctrina sí que planteó algunos temas de aplicación de dicho precepto, que pueden ser resumidos en los siguientes tres aspectos. En primer lugar, se entendió que esta norma había de ser leída desde una perspectiva de "*norma protectora*" para el trabajador, de manera que "*una interpretación teleológica del precepto no puede ser otra que la de 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*"⁵⁹⁹. En segundo lugar, DIEGUEZ realizó una interpretación *sui generis* de esta regulación al declarar que esta concurrencia no nacía del contrato de trabajo, por lo que

⁵⁹⁵ STSJ Cantabria 11 de mayo de 1993 (Ar. 2336). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Sánchez Pego. Matiza esta opinión NEVADO FERNANDEZ, *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, (Tecnos), 1998, págs. 106-108.

⁵⁹⁶ DE HINOJOSA FERRER, *El contrato de trabajo*, Madrid, (Editorial Revista de Derecho Privado), 1932, pág. 159.

⁵⁹⁷ Sobre este precepto véase CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, pág. 84.

⁵⁹⁸ Entre las sentencias que analizaron este precepto véase la STS 11 de febrero de 1952 (Ar. 341). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Brey Guerra, STS 16 de marzo de 1954 (Ar. 918). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera, STS 24 de febrero de 1961 (Ar. 716). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo García-Galán y Carabias, STS 14 de mayo de 1966 (Ar. 2708). Ponente Excmo. Sr. D. Adolfo de Miguel Carcilópez y STS 14 de noviembre de 1967 (Ar. 3939). Ponente Excmo. Sr. D. Lorenzo Gallardo Ros.

⁵⁹⁹ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, "Límites a la competencia y contrato de trabajo", *Revista de Política Social*, número 116, 1977, pág. 25.

"*resulta extraña al deber de fidelidad*", ya que, según este autor, se trataba de una norma "*transaccional*" que originaba un verdadero contrato "*de adhesión*"⁶⁰⁰. En una postura intermedia CASTIÑEIRA remarcaba que no se podía olvidar la relación de este precepto con la regulación que presentaba la concurrencia desleal, pero esta conexión tampoco llegaba a significar que fuera una simple continuación del art. 73 de la Ley de 1944⁶⁰¹.

2.9.7.2- CONCEPTO

La prohibición de concurrencia establecida en los artículos 5.d) y 21.1 del Estatuto de los Trabajadores concluye al terminar el período de vigencia del contrato de trabajo. Por lo que, extinguido el contrato, puede el trabajador, en principio, competir con el empresario. Evitar esta competencia posterior exige la conclusión de un pacto autónomo, que puede denominarse pacto de no competencia postcontractual. Sólo en caso de pacto, como ha recordado la jurisprudencia, puede actuar esta medida⁶⁰².

Los pactos de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo se regulan, además en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, para los contratos de trabajo de régimen común, en dos relaciones laborales de carácter especial.

En primer lugar, el art. 8.3 RD 1382/1985, de 1 de agosto, sobre la relación laboral de carácter especial de alta dirección, establece que "El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello; b) que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada"⁶⁰³. En segundo lugar, el artículo 10.4 del Real Decreto 1488/1985, de 1 de agosto, para las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta ajena, determina que será válido el pacto en virtud del cual el trabajador se obligue a no competir con el empresario, ni a prestar sus servicios a otro empresario competidor del mismo, para después de extinguida la relación laboral.

En los distintos países de la Unión Europea también se pueden encontrar estos pactos. Así, en Alemania, la restricción de la libertad del trabajador sólo será válida si existe una cláusula de no competencia que no impida el óptimo desarrollo de las habilidades y facultades del trabajador⁶⁰⁴. En Bélgica, aunque parte de un sistema de libertad de competencia, se establecen dos límites a este principio, cuando se realice competencia desleal prohibida y siempre que dicha cláusula limitadora no sea excesiva en cuanto que no elimine la libertad del trabajador. En Dinamarca existe un criterio de manera que cualquier cláusula restrictiva de la competencia no será válida salvo que se pueda demostrar que es razonable⁶⁰⁵. En Holanda

⁶⁰⁰ DIEGUEZ CUERVO, *La fidelidad del trabajador en LCT*, Pamplona, (Ediciones Universidad de Navarra, SA), 1969, págs. 59-61.

⁶⁰¹ CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, pág. 185.

⁶⁰² En este tema véase la STS 27 de noviembre de 1989 (Ar. 8256). Ponente Excmo. Sr. D. José María Álvarez de Miranda y Torres. De la misma manera, STSJ Cataluña 12 de noviembre de 1999 (Ar. 4674). Ponente Ilmo. Sr. D. Ignacio M^a Palos Peñarroya.

⁶⁰³ Sobre este precepto véase BORRAJO DACRUZ, "El personal de alta dirección en la empresa", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, número 22, 1985, pág. 171. De la misma manera, STSJ Castilla y León/Valladolid 19 de enero de 1999 (Ar. 1054). Ponente Ilmo. Sr. D. Lope del Barrio Gutiérrez.

⁶⁰⁴ HUECK y NIPPERDEY, *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid, (Editorial Revista de Derecho Privado), 1963, págs. 120-122.

⁶⁰⁵ Esta característica de la razonabilidad se impone también en países como Francia, Inglaterra o Irlanda.

puede pactarse esta cláusula que deberá estar supeditada a un conjunto de reglas reguladas en el Código civil. En Italia se fijan ciertas condiciones para la validez de estos pactos que deberán atender a los intereses de ambas partes. Concretamente, el Título X del Código Civil, que tiene como título *Della disciplina della concorrenza e dei consorzi*, y concretamente en el capítulo *della disciplina della concorrenza*, en el artículo 2596 se requiere que este pacto sea realizado por escrito y por una duración no superior a cinco años, el art. 2598 describe los posibles actos de competencia que pueden ocasionarse, en el art. 2599 se regulan las sanciones a imponer y finalmente el art. 2660 se refiere al resarcimiento del daño⁶⁰⁶. Finalmente, en Portugal, a pesar que la Ley de Contrato de Trabajo regula como principio general la nulidad de las cláusulas, cualquiera que sea su naturaleza, que de cualquier forma puedan perjudicar el ejercicio del derecho del trabajo después de finalizar el contrato de trabajo; sin embargo, expresamente admite la legalidad de estos pactos si respetan ciertas condiciones⁶⁰⁷.

El problema radica esencialmente en determinar el tipo de competencia de la que el empresario puede protegerse prohibiendo la actividad futura del trabajador, o dicho de otra manera, a qué interés industrial y comercial se refiere el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, como justificativo de la obligación de abstención de competencia. ¿Se puede prohibir toda actividad competitiva, o sólo es susceptible de prohibición la competencia desleal?

Normalmente éste es el tema más debatido en todos los ordenamientos que regulan los pactos de no competencia, e incluso se advierte una progresión cronológica de los criterios utilizados, en el sentido de que pactos que antes se consideraban nulos por atentar a la libertad de trabajo, ahora no son calificados como contrarios a derecho. La justificación clásica de la licitud de los pactos que prohíben sólo la competencia desleal se fundamenta en la distinción entre conocimientos subjetivos y objetivos del trabajador. Los conocimientos subjetivos, tales como el oficio y las habilidades, se estima que no pueden ser limitados en cuanto que no pertenecen al empresario, sino al trabajador.

En esta materia, uno de los elementos fundamentales es la protección de todo un conjunto de información que presenta la empresa y que le aporta una ventaja competitiva en cuanto que son desconocidos para las otras empresas. Estos intereses que pueden denominarse informativos se agrupan en dos grandes bloques: las informaciones tecnológicas y las no tecnológicas.

Las informaciones tecnológicas se refieren a la manera en que la empresa lleva a cabo sus principales actuaciones; o sea, cómo fabrica un producto o presta un servicio. Las informaciones no tecnológicas versan sobre todas los conocimientos relativos a la organización interna de la empresa y a las relaciones de ésta con los clientes y proveedores. De esta manera cabe incluir listas de proveedores, sistemas de cálculo de precios, coste de materiales o, como más importante, lista de clientes.

Este deber de secreto no se regula en el actual Estatuto de los Trabajadores, per en cambio, sí que existió en las Leyes de Contrato de Trabajo anteriores. Concretamente en el art. 84 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 y posteriormente en el art. 72 de la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, se regulaba esta prohibición de revelar secretos "*después de que*

⁶⁰⁶ Sobre este tema, entre otros muchos, véase RIVA SANSEVERINO, *Commentario del Codice Civile. Libro Quinto*, Bolonia, (Nicola Zanichelli Editore), 1943, págs. 264-265, BARASSI, *Il Diritto del Lavoro. Tomo II*, Milán, (Giuffrè Editore), 1957, pág. 317, ARDAU, *Manuale di Diritto del Lavoro. Tomo II*, Milán, (Giuffrè Editore), 1972, pág. 905 y GALANTINO, *Diritto del Lavoro*, Turín, (Giappichelli Editore), 1992, págs. 346 ss.

⁶⁰⁷ MOREIRA, *Compêndio de Leis do Trabalho*, Coimbra, (Libreria Almedina), 2000, pág. 338.

se extinga" el contrato de trabajo. Sin embargo, la norma permitía al trabajador utilizarlos en su beneficio propio, "*sólo en cuanto fuese exigencia justificada de su profesión habitual*", de manera que podía ser en cualquier circunstancia, ya que sólo se prohibía el lucro comercial de estos conocimientos.

En la actualidad esta materia se halla regulada en el art. 13 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, que regula la competencia desleal, que no distingue entre la protección durante la ejecución del contrato de trabajo y una vez finalizado éste. Así en diversos países de la Unión Europea, y sobre todo en Inglaterra e Irlanda, finalizado el contrato de trabajo, la buena fe sólo prohíbe la divulgación o explotación de aquello que tenga el carácter de información altamente confidencial, y si el empresario desea proteger otro tipo de información debe realizar un pacto específico con el trabajador.

En general sobre el ámbito de la protección, la jurisprudencia española que se ha pronunciado sobre el tema no es clara ni uniforme. Normalmente no se ha hecho una construcción teórica sobre el problema, limitándose a resolver el caso concreto. De la diversidad de sentencias puede deducirse que el pacto se considera lícito si lo que se prohíbe es la competencia desleal, y que la mera colocación del trabajador en otra empresa de la misma actividad no supone en principio competencia, si no concurren otras circunstancias calificadoras.

Caso de pactarse la obligación de no contratar con otra empresa de la misma actividad, en un ámbito de prohibición más amplio que el de la competencia desleal, habrá que aducir el posible perjuicio a los intereses empresariales derivado de la eventual revelación de técnicas de trabajo no protegidas por un secreto industrial, el riesgo de sustracción de la clientela, o el interés en no proporcionar, y más propiamente, hacer inaccesible, a la empresa competidora, los conocimientos adquiridos por el trabajador en virtud de una formación especializada⁶⁰⁸.

El objetivo de este pacto es, según abundante jurisprudencia, impedir que el trabajador que termina la relación laboral aproveche la formación, los conocimientos, la experiencia y la relación con la clientela adquiridos durante el tiempo que prestó servicios en la empresa, con el fin de desarrollar en beneficio propio o de tercero, actividades susceptibles de perjudicar la posición que ocupa la empresa en el sector del mercado⁶⁰⁹. Por esta razón, puede concluirse, se trata de evitar a la empresa la llamada competencia diferencial que puede ocasionarle un antiguo trabajador por el conocimiento que adquirió de las interioridades de la misma y de sus peculiaridades⁶¹⁰. Ahora bien, el Tribunal Supremo ha declarado que no sólo existe este interés para el empresario, sino que también aparece uno del trabajador que consiste en "*asegurarse una estabilidad económica extinguido el contrato, evitando la necesidad urgente de encontrar un nuevo puesto de trabajo*"⁶¹¹. Por lo que prefiere hablar de "*reciprocidad de intereses*"⁶¹².

Sin embargo, este pacto no puede considerarse como omnicompreensivo, sino que se ha delimitado una cierta reducción en cuanto a su alcance objetivo. Así, por ejemplo, en diversos países de la Unión Europea se entiende que esta restricción no puede ser tan amplia que llegue a

⁶⁰⁸ Sobre este tema véase la STSJ Andalucía/Málaga 17 de septiembre de 1999 (Ar. 2960). Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel González Viñas.

⁶⁰⁹ Entre muchas cabe destacar la STSJ Baleares 30 de julio de 1991 (Ar. 4728). Ponente Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Muñoz Jiménez y STSJ Andalucía/Málaga 14 de octubre de 1992 (Ar. 5034). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

⁶¹⁰ STSJ Andalucía/Málaga 17 de septiembre de 1999 (Ar. 2960). Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel González Viñas.

⁶¹¹ STS 24 de septiembre de 1990 (Ar. 7042). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

⁶¹² STS 29 de octubre de 1990 (Ar. 7722). Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Martín Valverde.

anular la posibilidad de realizar otros trabajos al trabajador que cesó en la prestación de servicios, por ejemplo si le ocasionan excesivas dificultades para dedicarse a otra actividad. Además, este ámbito objetivo ha de limitarse a las actividades que, en cuanto relacionadas con la tarea que llevó a cabo el trabajador, también desde el punto de vista espacial o territorial, puede llegar a suponer un riesgo objetivo y concreto.

2.9.7.3.- INTERES DEL EMPRESARIO

Es requisito legal de la validez del pacto, según la letra a) del art. 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello⁶¹³. De esta manera puede deducirse que existen dos requisitos para que se pueda aplicar este precepto: 1) La existencia de un interés empresarial que cabe proteger. 2) Este interés ha de ser efectivo.

En cuanto al primer requisito, la existencia de un interés empresarial que debe ser protegido, hay que tener en cuenta la actividad que lleva a cabo el empresario. Por esta razón es una operación extremadamente compleja poder determinar en abstracto cuándo existe dicho interés, ya que considerar que el elemento aglutinador es la efectiva necesidad del empresario de proteger los intereses competitivos a los que el trabajador tuvo acceso cuando estuvo prestando su trabajo, constituye una cierta imprecisión jurídica. Está claro que no se trata de proteger intereses personales del empresario, sin embargo, dada la ambigüedad, cabe incluir en este concepto ideas claras, pero a la vez con una amplitud suficiente para lograr la finalidad buscada.

De esta manera, el objetivo de dicha protección será claramente los clientes y los pagos que realizan a la empresa, los proveedores y lo que les paga la empresa y la estabilidad de la mano de obra y lo que se paga a los empleados. Los clientes son probablemente el elemento de mayor valor en la empresa, y por tanto más necesitada de protección, ya que a medida que crece el volumen de negocio de la empresa la relación entre ésta y los clientes se realiza exclusivamente con los concretos trabajadores, de manera totalmente personalizada. En cuanto a los proveedores, también existen muchos elementos que han de ser protegidos, sobre todo en lo relativo a las condiciones particulares de los contratos de suministro entre ambas empresas. Finalmente, la estabilidad de la mano de obra cabe ser protegida en cuanto al valor añadido que presenta el trabajador por el hecho de prestar sus servicios en una determinada empresa, por ejemplo en lo que se refiere a la formación específica adquirida por el trabajador.

En cuanto al segundo requisito, la nota característica de efectividad que se tiene que predicar del interés empresarial, se ha de relacionar los intereses competitivos del empresario con las funciones desarrolladas por el trabajador en su anterior empresa⁶¹⁴. Es evidente que todas las empresas presentan un interés relativo a protegerse frente a los trabajadores que han trabajado en sus centros de trabajo, sin embargo, no puede establecerse una protección

⁶¹³ Sobre este tema véase la STS 30 de marzo de 1964 (Ar. 2787). Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo García Galán y Carabias, STS 8 de junio de 1981 (Ar. 2702). Ponente Excmo. Sr. D. Agustín Muñoz Álvarez y STS 23 de octubre de 1982 (Ar. 6239). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Muñoz Campos. Igualmente, STCT 11 de febrero de 1974 (Ar. 658). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández, STS 21 de junio de 1974 (Ar. 3147). Ponente Excmo. Sr. D. Pedro Bellón Uriarte y STCT 11 de diciembre de 1975 (Ar. 5609). Ponente Ilmo. Sr. D. Ricardo Bernáldez Avila. Finalmente véase también la STSJ Andalucía/Málaga 17 de septiembre de 1999 (Ar. 2960). Ponente Ilmo. Sr. D. José Manuel González Viñas. De la misma manera, GOMEZ ABELLEIRA, "Pactos de no concurrencia y de permanencia", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 100, 2000, págs. 282 ss.

⁶¹⁴ NOGUEIRA GUASTAVINO, *El pacto laboral de no competencia postcontractual*, Madrid, (McGraw-Hill), 1998, pág. 101.

generalizada, sino que se debe demostrar un contacto efectivo con dichos intereses competitivos que puede generar un riesgo objetivo para el empresario⁶¹⁵.

Esta efectividad del interés empresarial está claramente relacionada con las funciones desarrolladas por el trabajador⁶¹⁶. De esta manera, sólo se predicará respecto de aquellos trabajadores que hayan mantenido contacto estrecho con los intereses competitivos del empresario y cuya marcha de la empresa los haga peligrar de modo efectivo. Así por ejemplo existe un claro interés comercial atendiendo al cargo del trabajador, director, que estriba en que éste no venda a clientes de la misma empresa que tiene el 75 por ciento del mercado⁶¹⁷.

A sensu contrario, esta limitación no tiene sentido que se imponga a los trabajadores que no tengan contacto o conocimientos relevantes de los intereses protegidos del empresario, por lo que no sean susceptibles de generar de modo objetivo un riesgo de afectación futura a los intereses de la empresa.

Una vez expresada la necesidad de la existencia de este contacto, se debe precisar en qué grado ha de estar presente. En general, esta suficiencia se deberá predicar del propio objeto del contrato de trabajo, siempre y cuando la tarea realizada por el trabajador pueda ser calificada como de relevante para el empresario, por ejemplo cuando existe una relación muy cercana entre empleados y clientes o si se realizan trabajos en los que se está en contacto directo con la información "secreta" de la empresa. Incluso en algunos países de la Unión Europea, como por ejemplo Luxemburgo, Alemania o Bélgica, se exige para la validez del pacto que el trabajador haya percibido una determinada remuneración.

2.9.7.4.- MOMENTO DE LA CELEBRACION

El pacto entre el empresario y el trabajador para evitar una futura competencia, o una posterior ocupación, puede celebrarse en cualquier momento⁶¹⁸: tanto en el inicio de la relación laboral, en cualquier momento durante la vigencia de la relación, o cuando el contrato se extingue⁶¹⁹. Lógicamente, el momento más adecuado para su obtención, en términos de estricta oportunidad empresarial, parece ser el del inicio de la relación laboral, en cuanto que es el momento en que el empresario tiene una mayor fuerza contractual⁶²⁰.

Incluso es perfectamente posible, y muy frecuente en los últimos tiempos, establecer en el contrato de trabajo un pacto de no competencia para después de su extinción, con condición suspensiva potestativa, dejando en libertad al empresario para exigirlo en el momento de la extinción, o para liberar al trabajador de esa obligación.

En este caso se podría pactar una cláusula del siguiente tenor:

"Al término de la vigencia del presente contrato la empresa podrá libremente decidir exigir a (trabajador) que durante un período de tiempo no superior a (tiempo) no colabore, trabaje ni preste servicios en empresas

⁶¹⁵ Sobre este tema véase la STS 2 de enero de 1991 (Ar. 46). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁶¹⁶ STSJ Andalucía/Granada 14 de octubre de 1992 (Ar. 5034). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Jacinto Maqueda Abreu.

⁶¹⁷ STSJ Cataluña 7 de enero de 1999 (Ar. 71). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

⁶¹⁸ MORENO DEL TORO, "El pacto de abstención postcontractual de la actividad competitiva", Revista Española de Derecho del Trabajo, número 68, 1994, pág. 905.

⁶¹⁹ STSJ Cataluña 12 de mayo de 1992 (Ar. 2834). Ponente Ilmo. Sr. D. José César Álvarez Martínez.

⁶²⁰ Sobre este tema véase NEVADO FERNANDEZ, *Las restricciones a la competencia en el contrato de trabajo*, Madrid, (Tecnos), 1998, págs. 137 ss.

concurrentes o competidoras; en cuyo caso se indemnizara al trabajador esta limitación en cuantía de (cantidad) pesetas por año de vigencia del pacto de no competencia exigido".

Obviamente, el derecho del empresario a exigir la efectividad del pacto de no competencia suscrito con anterioridad es renunciable siempre, como todos los derechos empresariales en el orden social. No obstante, la ventaja de pactar con condición suspensiva potestativa, frente al simple pacto incondicional contenido en el contrato, reside en obviar de plano la posible demanda del trabajador, exigiendo el cumplimiento del pacto en sus propios términos; es decir, pretendiendo la compensación económica en su día acordada, aún cuando el pacto de no competencia haya dejado de tener interés para el empresario. Sin duda es una posibilidad más que una probabilidad, pero en todo caso es más aconsejable la prevención del riesgo que la oposición a sus efectos.

En cuanto a la posibilidad de suscribir el pacto después de finalizada la relación laboral, tampoco plantea problemas de carácter legal. Otra cuestión es la dificultad de acordarlo, cuando se ha perdido la fuerza contractual que presenta el empresario en el inicio del contrato de trabajo.

En todo caso procede constatar que cualquier pacto entre empresario y trabajador que tenga como fin salvaguardar al primero de una actividad competitiva del segundo, se regirá siempre por lo dispuesto en el artículo 21.2 del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto el pacto tenga como causa una relación laboral preexistente.

El pacto de no competencia sin relación con un contrato de trabajo anterior no está regulado en nuestro derecho. Por supuesto existe una genérica libertad de pactar, dentro de los límites del artículo 1.255 del Código Civil, y asimismo libertad para celebrar o no el pacto.

2.9.7.5.- FORMA

Ni el Estatuto de los Trabajadores, ni ninguna otra norma de carácter laboral establece la exigencia de una forma determinada para el pacto de no competencia. Por consiguiente, el pacto de no competencia celebrado en forma verbal es válido. Pero, de acuerdo con las indicaciones del Tribunal Supremo, sí ha de ser expreso y probarse⁶²¹. Sin embargo, esta no es la regulación de la mayoría de los países de la Unión Europea, excepto Francia, en la que se suele exigir la constancia por escrito como forma *ad solemnitatem*.

El problema principal surge, claro está, en la dificultad de probar la existencia de un pacto verbal y sobre todo su alcance y contenido; por lo que una elemental precaución para preservar la seguridad jurídica, hace indispensable la forma escrita de dicho pacto⁶²².

2.9.7.6.- DURACION

El pacto de no competencia postcontractual puede tener la duración que las partes acuerden, siempre que no rebase el límite máximo previsto en las disposiciones legales, cuyo límite es de derecho necesario y por tanto indisponible e irrenunciable para las partes, y

⁶²¹ STS 6 de marzo de 1991 (Ar. 1835). Ponente Excmo. Sr. D. Víctor Fuentes López.

⁶²² Respecto a este tema, ALONSO GARCIA, *Derecho del Trabajo, Tomo II*, Barcelona, (Bosch), 1960, pág. 384.

singularmente para el trabajador, ya que en caso contrario, según MONTOYA MELGAR, “supondría una intolerable lesión al derecho al trabajo del trabajador afectado”⁶²³.

La duración de este pacto varía según los diversos regímenes legales existentes en los Estados de la Unión Europea. Así la duración máxima en Bélgica y Luxemburgo es de 12 meses, de 2 años en Alemania, de 3 años en Portugal y de 5 años para los altos directivos en Italia. En el Estatuto de los Trabajadores se establece dos límites temporales distintos, en función de las categorías profesionales de los trabajadores afectados por el pacto, para el personal técnico, el pacto no podrá tener una duración superior a los dos años, mientras que para los demás trabajadores, no considerados técnicos, la duración máxima es de seis meses.

Sobre la distinción entre personal técnico y simple trabajador a estos efectos, hay que considerar que técnicos serán los que tengan una clasificación profesional como tales; y trabajadores todos los demás. Será por tanto necesario acudir a las clasificaciones del personal contenidas en el convenio colectivo aplicable, para asimilar la concreta categoría profesional del trabajador afectado al grupo profesional de los técnicos, o al de los simples trabajadores que no reúnan esta condición. Ello no obstante, hay que tener presente que en alguna sentencia el concepto de técnico no abarca el personal no titulado, por lo que excluye, por ejemplo, el personal de ventas o comercial⁶²⁴, aunque en la mayoría de decisiones judiciales esta distinción no se produce⁶²⁵.

Por su parte, tanto el artículo 8.3 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, relativo a la relación laboral de carácter especial del personal directivo, como el artículo 10.4 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto, que regula la relación laboral de carácter especial de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta ajena, por el, señalan también el límite máximo de la duración del pacto de no competencia para estos dos tipos de colectivos en dos años.

Los plazos regulados en el Estatuto de los Trabajadores son imperativos y de caducidad⁶²⁶, de manera que si por pacto se ha establecido una duración superior a la determinada legalmente, por ejemplo, si se establece un pacto de tres años, como la ley presenta el límite de dos años, se ha de entender que éste es el plazo que se aplica⁶²⁷, en virtud de la regulación contenida en el art. 9 del Estatuto de los Trabajadores.

El cómputo del plazo de duración pactado se inicia ordinariamente en la fecha de la extinción del contrato de trabajo; a menos que el pacto se hubiera celebrado con posterioridad a la extinción, en cuyo caso su efectividad habría de coincidir con la fecha del otorgamiento, u otra posterior que las partes decidieran acordar. No tendría lógica ninguna, en cambio, la efectividad retroactiva.

⁶²³ MONTOYA MELGAR, *Derecho del Trabajo*, Madrid, (Tecnos), 1999, pág. 326.

⁶²⁴ STS 2 de enero de 1991 (Ar. 46). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁶²⁵ Por sólo citar algunas, véase STS 28 de junio de 1990 (Ar. 5537). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández. Igualmente, STSJ País Vasco 30 de marzo de 1993 (Ar. 1384). Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique de No Alonso-Misol.

⁶²⁶ Sobre este tema véase PEDRAJAS MORENO, "La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo", *Revista de Trabajo*, número 56, 1976, pág. 209 y CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, págs. 196 ss.

⁶²⁷ STSJ Cataluña 7 de enero de 1999 (Ar. 71). Ponente Ilma. Sra. D^a. Rosa María Virolés Piñol.

2.9.7.7.- INDEMNIZACION

El establecimiento de una compensación económica adecuada es requisito indispensable para la validez del pacto de no competencia⁶²⁸. Por esta razón, la abstención de la actividad pactada tiene que ser debidamente indemnizada⁶²⁹. Si no existe la compensación adecuada, el pacto de no competencia es nulo de pleno derecho, por lo que no se le podrá reconocer ningún tipo de efectividad, ni podrá ser subsanada esta falta⁶³⁰.

No existe norma alguna que permita evaluar en términos económicos la suficiencia de la indemnización, o dicho de otra forma, si la cantidad pactada puede ser estimada o no como compensación económica "adecuada". Incluso en alguna sentencia se mantiene que frente a una interpretación literal del precepto no existe ningún obstáculo para que los interesados pudieran pactar otro tipo de compensación no económica, bien con carácter exclusivo, bien a título complementario⁶³¹.

La materia se deja a la autonomía de las partes contratantes, sin más limitaciones que las comunes del derecho de contratos y obligaciones sobre cláusulas abusivas. En todo caso, de plantearse conflicto o discrepancia entre las partes acerca de la suficiencia, la cuestión habría de ser resuelta por los tribunales del orden de lo social que, gozando de una amplia discrecionalidad al respecto, podrían modificar y modular el contenido económico del pacto, en función de las limitaciones impuestas al trabajador a su libertad de trabajo.

En general, cuanto más especializado es un trabajo, más reducido será el mercado y menos posibilidades podrá tener el trabajador de realizar otra actividad, si además no son muy versátiles los conocimientos que posee. Análogamente, cuando la indemnización se pacte a tanto alzado, habrá que poner en relación su cuantía con la duración de la prohibición.

Tema importante es el punto de referencia que ha de tomarse para la fijación de la indemnización⁶³². En esta materia, la jurisprudencia española había establecido toda una serie de criterios de valoración que se debían tener en cuenta a la hora de analizar dicha cuantía, entre los que cabe destacar los tres siguientes. Primero, ha de existir "*un perjuicio real y efectivo*"⁶³³. Segundo, la indemnización tendrá estrecha relación con el salario que percibía el trabajador al servicio de la empresa que prestaba servicios, y no a los beneficios de la nueva profesión⁶³⁴. Tercero, la indemnización al trabajador no se extiende *in quantum locupletior factus est*, por regla general, sino en la medida precisa para asegurarle una indemnización durante el plazo de la prohibición⁶³⁵, por lo que debe existir una relación clara entre la

⁶²⁸ STSJ Madrid 21 de marzo de 1996 (Ar. 1233). Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Fernando Roa Rico.

⁶²⁹ LOPEZ ANIORTE, *La competencia del trabajador con su empresa*, Pamplona, (Aranzadi), 1997, págs. 31 ss.

⁶³⁰ STS 10 de junio de 1991 (Ar. 5880). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez.

⁶³¹ STSJ Madrid 7 de julio de 1997 (Ar. 2625). Ponente Ilmo. Sr. D. José Malpartida Moreno.

⁶³² Sobre este tema véase ALONSO GARCIA, *Derecho del Trabajo, Tomo II*, Barcelona, (Bosch), 1960, pág. 384, PEDRAJAS MORENO, "La prohibición de concurrencia postcontractual. Estudio crítico del artículo 74 de la Ley de Contrato de Trabajo", *Revista de Trabajo*, número 56, 1976, págs. 210-211 y CASTIÑEIRA FERNANDEZ, *Prohibición de competencia y contrato de trabajo*, Madrid, (Ministerio de Trabajo), 1977, págs. 198 ss.

⁶³³ STS 16 de marzo de 1954 (Ar. 918). Ponente Excmo. Sr. D. Juan Covián Frera.

⁶³⁴ STS 24 de febrero de 1961 (Ar. 716). Ponente Excmo. Sr. D. Eduardo García-Galán y Carabias.

⁶³⁵ STS 5 de mayo de 1966 (Ar. 2242). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Alvarez Alvarez y STS 27 de marzo de 1990 (Ar. 2358). Ponente Excmo. Sr. D. José Lorca García. De la misma manera, STCT 27 de abril de 1977 (Ar. 2307). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.

indemnización y la duración del pacto⁶³⁶. Sin embargo, una corriente jurisprudencia iniciada por el Tribunal Supremo en 1961, y que hoy todavía perdura, prefiere no expresar fórmulas de cálculo. El fundamento de esta posición jurisprudencial, en resumen, radica en evitar "*que la norma pueda convertirse en estimulante de la condición de los dependientes y en precio del quebrantamiento del deber*"⁶³⁷.

Ejemplo de estas afirmaciones puede encontrarse en esta decisión judicial en la que el tribunal para la determinación de los daños y resarcimiento de perjuicios, determina que el art. 1154 del Código civil manda al juez señalar la pena, manejando la equidad como módulo interpretativo y de individualización en la aplicación de las normas. De esta forma, para calcular el perjuicio se coge una suma correspondiente a varias rescisiones de contratos de limpieza que tenía suscritos y le descuenta salarios, materias primas, impuestos y gastos en general, y se queda con el 15 % de la cantidad total⁶³⁸.

En la mayoría de países de la Unión Europea existe la libertad de las partes para delimitar la cuantía de esta indemnización. Así, por ejemplo, en Francia, donde existe una regulación más perfeccionada a través de la contratación colectiva, la compensación suele variar entre un tercio y dos tercios del salario mensual percibido estando vigente la relación laboral. Las dos únicas excepciones aparecen en Bélgica y Alemania, donde, en el primer caso, la cuantía mínima se fija en la mitad de la remuneración bruta que viniera percibiendo el trabajador en el mes precedente a la finalización del contrato de trabajo, mientras que en el segundo caso, se percibirá una indemnización que por cada año que se prolongue dicha cláusula, será de al menos la mitad del salario.

En cuanto al tiempo y forma de pago de la indemnización se estará a lo que las partes acuerden al respecto, puesto que nada hay establecido. Puede pactarse un pago mensual durante la vigencia del pacto⁶³⁹ o puede acordarse una cantidad total y a tanto alzado. En tal caso puede satisfacerse al inicio o al término de la vigencia del pacto de no competencia.

Tiene importancia plantear la posibilidad de abonar la indemnización anticipadamente, en el transcurso de la relación de trabajo, y englobada en el salario. En cuyo caso, según la Resolución del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 24 de septiembre de 1998, han de quedar incluidos en la base de cotización a la seguridad social las cantidades que se abonen con carácter mensual en concepto de compensación económica por el pacto de no competencia, pues no puede considerarse que sean una indemnización por causa de cese o despido. En principio puede afirmarse la validez de la percepción anticipada, siempre que sea determinada. Lo que *a sensu contrario* permite abrigar serias dudas de la licitud de incorporar la indemnización a un salario global, que por definición conduce a la indeterminación de conceptos.

La indemnización pactada es siempre y en todo caso irrenunciable para el trabajador, mientras dure la vigencia del pacto.

⁶³⁶ STS 2 de enero de 1991 (Ar. 46). Ponente Excmo. Sr. D. Luis Gil Suárez.

⁶³⁷ Esta tesis fue introducida por la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 1961, y reiterada después en múltiples pronunciamientos, por ejemplo en la STS 10 de julio de 1991 (Ar. 5880). Ponente Excmo. Sr. D. Juan García-Murga Vázquez.

⁶³⁸ STSJ Madrid 15 de diciembre de 1998 (Ar. 4389). Ponente Ilmo. Sr. D. José Hersilio Ruiz Lanzuela.

⁶³⁹ STSJ Madrid 18 de mayo de 1992 (Ar. 2718). Ponente Ilmo. Sr. D. José Joaquín Jiménez Sánchez. De la misma manera, STCT 18 de mayo de 1974 (Ar. 2398). Ponente Ilmo. Sr. D. Antonio Cancio Morenza y STCT 13 de mayo de 1975 (Ar. 2376). Ponente Ilmo. Sr. D. Juan Antonio del Riego Fernández.