

La competencia desleal como falta grave en el Derecho del Trabajo

Jorge Luis Acevedo Mercado
Abogado del Estudio Valle & Grimaldo

Introducción

La libertad al trabajo es, innegablemente, un derecho fundamental de todo ser humano reconocido en nuestra Constitución y en los Convenios e Instrumentos Internacionales, cuya virtualidad se manifiesta en nuestra independencia para elegir trabajar o no, y para decidir a quien o a quienes les brindaremos nuestros servicios.

Así, la posibilidad del trabajador de prestar servicios para otro empleador fuera de su jornada laboral, o de realizar una actividad independiente o por cuenta propia -lo que en doctrina se denomina "pluriempleo"- se constituye en una las manifestaciones de la libertad al trabajo, derecho fundamental que puede ser razonablemente limitado en función a un interés jurídicamente protegido.

De otro lado, es norma general que los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato deban ser satisfechos observando el principio de la buena fe, lo que en materia laboral se traduce en deberes específicos vinculados esencialmente a las prestaciones convenidas o al "trabajo debido".

El reconocimiento de la competencia desleal como falta grave del trabajador en nuestro ordenamiento laboral, constituye una clara restricción a la libertad al trabajo, cuya razonabilidad y justificación dependen, entendemos, de la definición que del término "competencia desleal" se asuma en el derecho laboral, así como de su relación con la buena fe laboral y, finalmente, con la existencia de un interés jurídicamente protegido que justifique tal limitación.

En nuestro país, la competencia desleal en materia laboral no ha sido adecuadamente desarrollada ni legislativa, ni jurisprudencial, ni doctrinalmente; por lo que es nuestra intención brindar una propuesta de interpretación y visión crítica respecto a esta figura, teniendo presente la vigencia de nuestro actual ordenamiento jurídico y los estándares de conducta imperantes en la sociedad peruana.

Buena fe laboral

La buena fe constituye indiscutiblemente un principio general del derecho que, aplicado al ámbito contractual, exige a las partes un comportamiento social de rectitud, de lealtad y de honradez de conducta, respecto al cumplimiento de las prestaciones debidas. Esta exigencia de un modelo de comportamiento constituye el sentido objetivo del concepto de buena fe, no siendo aplicable a las relaciones contractuales -civiles o laborales- la acepción subjetiva de este concepto, la cual identifica la buena fe con el estado de ánimo, creencia o convicción respecto a una determinada conducta o situación jurídica.

La aplicación del principio de la buena fe del contrato de trabajo se deriva de la naturaleza sinalagmática y contraprestativa de éste, en cuanto generador de recíprocos deberes y derechos, de estructura análoga a los que nacen de una relación contractual civil, pero con la marcada diferencia que aquélla se sustenta en la existencia de una situación de subordinación del trabajador al poder directivo del empleador, lo que no ocurre en una relación civil que presupone, en principio, la igualdad sustancial



y jurídica de las partes contratantes. En ese sentido, consideramos que la buena fe laboral, definida en su forma objetiva como modo sincero y razonable con que uno procede en la negociación, celebración y ejecución de sus contratos, debe distanciarse de su interpretación civilista y configurarse autónomamente en el Derecho del Trabajo.

Actualmente, la posición de la doctrina es unánime en reconocer que el principio de buena fe y los deberes específicos que nacen de aquél, se derivan de considerar al contrato de trabajo como una relación pura de intercambio de prestaciones. De este modo, se ha superado ya la concepción ideológica de comunidad de intereses entre trabajador y empleador que, al subsumir el interés del trabajador dentro del interés del empresario, exigía la eliminación de la esfera privada de aquél, la conversión de la subordinación jurídica en dependencia personal y la transformación de la buena fe en deber de fidelidad.

Una aproximación adecuada al concepto que sobre la buena fe se entiende actualmente, es la establecida por el Tribunal Supremo Español, mediante sentencia de 22 de mayo de 1986:

“(...) la buena fe en su sentido objetivo constituye un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún un principio general del derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que el principio se convierte en criterio de valoración de conductas con el que deben cumplirse las obligaciones, y se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; y es cierto también que en Derecho Laboral hay mandatos legales que imponen un cumplimiento contractual de acuerdo con la buena fe”.

De la lectura de esta jurisprudencia española es válido cuestionarse si la buena fe constituye un principio general del derecho o un deber, o ambos. En nuestra opinión, la buena fe actúa como principio

general del derecho en cuanto trasciende las obligaciones que emanan de su contenido, informa al ordenamiento jurídico, constituye una directriz interpretativa y suple los vacíos de la legislación, integrándola. Asimismo, se traduce en deberes específicos no relacionados directamente a las prestaciones principales pero complementarios a las mismas, que se integran al contrato como

«...la buena fe actúa como principio general del derecho en cuanto trasciende las obligaciones que emanan de su contenido, (...) constituye una directriz interpretativa y suple los vacíos de la legislación...»

obligaciones exigibles y razonablemente esperables. Estos deberes específicos recíprocos¹ que nacen del principio de la buena fe, modalizan o equilibran los intereses contrapuestos que existen en una relación de trabajo, con la finalidad de que ambas partes obtengan el objetivo previsto en el contrato de trabajo.

La buena fe laboral aplicada al trabajador implica la obligación de abstenerse de todo acto que pueda perjudicar al empleador y de cumplir aquellos que tiendan a la protección de los intereses de éste, lo que no implica de modo alguno el sacrificio del propio interés como presupuesto previo a velar por el interés ajeno².

No existe unanimidad en la doctrina española revisada acerca de si la prohibición de competencia desleal nace como deber por aplicación del principio de buena fe laboral, si es inherente al contrato de trabajo mismo o si constituye un mecanismo de protección de los intereses del empleador. Ciertamente, el elemento de deslealtad que acompaña inescindiblemente al término “competencia”, cuando se tipifica como falta grave laboral, nos haría presuponer la necesaria intervención de la buena fe en la configuración de la misma.

En materia legislativa, la aplicación del principio de buena fe al contrato de trabajo tiene sustento normativo. Así, en materia contractual se ha dispuesto el deber de observar las reglas de la buena fe en la negociación, celebración y ejecución de los contratos³, disposición de la rama civil vigente en el derecho laboral por aplicación supletoria de las normas del Código Civil⁴.

1 Resulta interesante remarcar que el principio de buena fe, que justifica la existencia de deberes específicos de conducta, se aplica a ambas partes; constituyendo ésta una notoria diferencia con el anacrónico concepto de deber de fidelidad que, en su concepción inicial, presuponía una exigencia de comportamiento sólo al trabajador, en función a los intereses del empleador.
2 J.F. Escudero, J. Frigola y T. Corbella. El principio de Buena Fe en el Contrato de Trabajo. Ed.: Bosch, Casa Editorial S.A.: Barcelona. 1996. p. 43
3 Artículo 1362 del Código Civil de 1984.
4 Artículo IX del Título Preliminar Código Civil de 1984.

Por su parte, nuestro ordenamiento laboral reconoce la vigencia del principio de buena fe de manera indirecta cuando tipifica como falta grave, tanto su relevante inobservancia⁵, como el incumplimiento de deberes específicos derivados de la buena fe, por ejemplo, la indebida utilización de los bienes o instalaciones de la empresa⁶, o la divulgación de información reservada de la empresa o de secretos industriales de la misma⁷.

Competencia Desleal como Falta Grave en el Derecho del Trabajo

1. Antecedentes

En nuestra legislación laboral el término competencia desleal no se utilizó expresamente sino hasta el año de 1991, con la dación del Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo en cuyo artículo 58⁸ se consideró a este concepto como falta grave, y por ende, causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador.

La legislación laboral anterior⁹ a la Ley de Fomento del Empleo tuvo en común que consideró como competencia desleal la falta grave consistente en la realización de actividades idénticas a las que ejecuta el empleador atrayéndose la clientela de éste, causándole perjuicio; diferenciándose sólo en algunos términos utilizados para precisar dicha conducta, denominándola "idéntica labor" o agregándole frases como "sin consentimiento del empleador" o "en provecho propio o de terceros".

Este criterio legal se vio reforzado por la jurisprudencia de la época que consideró que "la competencia desleal debe referirse necesariamente a actividades idénticas al giro del empleador"¹⁰, precisándose que "incurre en la falta grave de realizar actividades idénticas a las del empleador atrayéndole la clientela, la secretaria de gerente que sin renunciar al cargo constituye una empresa en la

que figura como directora – gerente y que se dedica a la misma actividad de su empleador"¹¹ y en el mismo sentido, "resulta incompatible la calidad de trabajador por un lado y de ejecutivo de otra entidad comercial que se dedica a actividades idénticas"¹².

En la actualidad, y desde 1991, la competencia desleal se encuentra tipificada como falta grave laboral¹³, sin haberse desarrollado, legal o reglamentariamente, los alcances y elementos esenciales de este concepto. Ello, sumado a las pocas referencias jurisprudenciales contemporáneas sobre el tema, nos obligan a realizar un análisis sistemático de este concepto, verificando su tratamiento y definición en otros ámbitos del Derecho, y/o a elaborar una visión propia y especial de la competencia desleal aplicable en el derecho laboral.

2.- Competencia Desleal en el Derecho Mercantil

Mediante Decreto Ley 26122, se expidió en nuestro país la Ley de Represión de la Competencia Desleal (LRCD), inspirada en el modelo social que persigue la protección del "orden económico del mercado en función del interés privado de los competidores, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado"¹⁴. Con el ánimo de proscribir las conductas que configuran competencia desleal dicha ley ha optado por un diseño mixto de la norma. Así, se incluye una cláusula general en la que se define de manera genérica lo que se entiende por competencia desleal y, de otro lado, presenta un listado de conductas expresamente tipificadas que se enmarcan también dentro de este concepto.

La cláusula general referida considera acto de competencia desleal y, en consecuencia ilícito y prohibido, a toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas, y en general a las normas de corrección que deben regir en las

5 Inciso a) del Artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR (en adelante, la Ley).

6 Inciso c) del Artículo 25 de la Ley.

7 Inciso d) del Artículo 25 de la Ley.

8 Inciso d) del Artículo 58 del Decreto Legislativo 728, la Ley de Fomento del Empleo.

9 Por ejemplo, el inciso d) del artículo 1 de la Ley 18471 (Ley que estableció las causales de despido de trabajadores, 1970), el inciso d) del artículo 4 de la Ley 22126 (Ley de Estabilidad en el Empleo, 1978) y el inciso e) del artículo 5 de Ley 24514 (Ley de Estabilidad Laboral).

10 Resolución del Tribunal de Trabajo de 30 de noviembre de 1982, recaída en el Expediente No. 1834-82/T.T.

11 Resolución del Tribunal de Trabajo de 14 de octubre de 1985, recaída en el Expediente No. 0258-85-S/T.T.

12 Resolución del Tribunal de Trabajo de 1 de abril de 1986, recaída en el Expediente No. 3206-84/T.T.

13 Última parte del Inciso d) del Artículo 25 de la LPCL.

14 Kresalja, Baldo. Comentarios al Decreto Ley 26122 sobre la Represión de la Competencia Desleal. En: Derecho. PUCP, No. 47, 1993.



actividades económicas. Esta cláusula general se ha visto precisada por los Lineamientos sobre Competencia Desleal¹⁵ aprobados por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (INDECOPI), estableciendo una diferencia conceptual entre competencia prohibida y competencia desleal, así:

- (i) La competencia prohibida se presenta cuando la ley prohíbe a todos o algunos sujetos el ejercicio de determinada actividad económica. En estos casos se considera ilícito el ejercicio mismo de la actividad, incluso si aquélla se realiza con total pulcritud y corrección.¹⁶
- (ii) La competencia desleal se presenta en aquellos casos en que, reconociéndose el derecho de los sujetos a realizar determinada actividad económica, éstos infringen los deberes mínimos de corrección que rigen las actividades económicas, atentándose contra la buena fe comercial o contra el normal desenvolvimiento de las actividades económicas, con el fin de atraer clientela en perjuicio de los demás. En ese sentido, la competencia desleal no sanciona con la ilicitud el hecho de causar daños a otro como consecuencia de la actividad concurrencial, sino el hecho de haberlos causado en forma indebida.

De este modo, en el ámbito mercantil, la competencia desleal admite la validez del daño o perjuicio que pueda sufrir un empresario como producto del desempeño de la misma actividad por un competidor, pero prohíbe que los medios utilizados para producir tal perjuicio económico sean desleales.

Por otro lado, el Artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, dispone que para la configuración de competencia desleal basta el perjuicio potencial e ilícito al competidor, a los consumidores o al orden público; lo cual, veremos más adelante, es también aplicable al ámbito laboral pero referido sólo al empleador.

En este punto es importante precisar que la regulación de la competencia desleal, bajo la teoría

o modelo social, tiene como finalidad proteger no sólo al competidor afectado con la conducta ilícita, sino también a los consumidores y al orden económico, ampliándose los intereses protegidos por esta institución, resultando posible que cualquier acto de perturbación del mercado pueda merecer la calificación de desleal. Aquí radica una primera diferencia con el concepto de competencia desleal en materia laboral, que por su propia naturaleza tiene como finalidad proteger los intereses del empleador (competidor afectado), siendo irrelevante si los consumidores y/o el orden económico se ven afectados por la conducta del trabajador.

Finalmente, el mismo artículo 5 tipifica un supuesto de competencia desleal recogido textualmente por la anterior legislación laboral y que consideramos una manifestación típica de la deslealtad competitiva de un trabajador hacia su empleador: "(...) Se considerará competencia desleal grave el que se encuentre específicamente dirigido a alejar o sustraer ilícitamente la clientela de un competidor".

3.- Competencia Desleal como falta grave en materia laboral

Un primer análisis del término competencia desleal, concordante con los lineamientos de INDECOPI, nos haría concluir que la competencia entre trabajador y su empleador es válida, siempre y cuando no realice conductas desleales que ocasionen un perjuicio para el empleador. No obstante, consideramos que la interpretación laboral de este concepto debe realizarse en función del interés protegido, es decir, el del empleador en su calidad de empresario, pero sobretodo teniendo presente que la existencia de conflictos de intereses en la empresa o centro de trabajo es contraria a los deberes de confianza y lealtad derivados del principio de buena fe laboral.

Definición de Competencia

Bajo la premisa de que todo empresario –sea persona natural o jurídica– que realiza una actividad productiva persigue obtener como resultado de aquélla un beneficio, una ganancia o un lucro; se considerará competencia, o relación de

15 Aprobados mediante Resolución No. 001-2001-LIN-CCD/INDECOPI.

16 Asimismo, de acuerdo a los Lineamientos sobre Competencia Desleal, se incluye dentro del concepto de competencia prohibida aquellos supuestos en los que un sujeto no puede realizar una determinada actividad económica sin cumplir previamente con los requisitos exigidos por la Administración para desarrollarla y que pertenecen más a la disciplina de acceso al mercado que a la de competencia desleal.

competencia, aquélla en la que dos o más empresarios realizan actividades similares en un mismo mercado disputándose un idéntico potencial de clientes. La jurista María del Carmen López Anierte¹⁷ señala que son tres los elementos esenciales que se exigen para la configuración de la competencia:

- La concurrencia de actividades entre los empresarios. Las actividades concurrentes, idénticas o similares, deben verificarse en la realidad, no bastando con comparar los objetos sociales declarados en las escrituras o minutas de constitución de las empresas competidoras, de ser el caso.

- Que los competidores oferten los mismos o equivalentes servicios o productos. Así, por ejemplo, no serían competidores un laboratorio que produce medicinas para evitar el dolor de cabeza y otro que fabrique medicamentos destinados a facilitar los trasplantes de hígado: son productos distintos. En ese sentido, tampoco no serían competidores un estudio de abogados dedicado exclusivamente a la consultoría laboral y otro dedicado a patrocinar sólo procesos judiciales en materia penal.

- Que los competidores se dirijan a un mismo mercado, a idéntico público objetivo o sector económico. De este mercado, público o sector nacerán los potenciales clientes que los competidores se disputarán. No podría existir competencia cuando un trabajador de un hotel de cinco estrellas de Lima, brinda por su cuenta servicios de hospedaje en un precario alojamiento: el sector al que va dirigida su actividad es distinto.

Un criterio generalmente adoptado para delimitar al mercado o a los potenciales clientes es el ámbito geográfico. No obstante, dentro de una misma circunscripción territorial (por ejemplo, la ciudad de Lima), es posible dividir aún más al público objetivo: por sector económico, por edad, sexo, y cualesquiera otros criterios probadamente objetivo.

Nuestra jurisprudencia anterior al Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, entendió a la competencia desleal como una mera concurrencia de actividades idénticas o similares entre empleador y trabajador, siempre que se atraiga la clientela de aquél o se tenga acceso a secretos e información reservada de la empresa.

Nótese que concurrencia y competencia son en puridad dos conceptos distintos, el primero denota

sólo la coincidencia de actividades entre dos empresas, mientras que el segundo presupone la concurrencia, pero con ánimo de contienda y/o disputa de potenciales clientes.

Nuestro análisis parte de considerar competencia a aquellas relaciones que cumplen los tres elementos esenciales antes descritos, actividad concurrente, mismos servicios y productos, y dirigida a un mismo mercado. La actividad competitiva presupone la intención de obtener un beneficio propio, que bien puede darse: (i) realizando una actividad por cuenta propia (poner un negocio o ser accionista de una empresa); o (ii) indirectamente, prestando servicios para un tercero competidor de su empleador, que lo retribuye. A su vez, debemos diferenciar dos niveles completamente distintos en la competencia realizada indirectamente: (ii.1) aquella en la que el trabajador se desempeña en un cargo de dirección y/o es parte de los órganos de decisión (Directorio) y/o tiene responsabilidades directamente vinculadas al éxito del negocio, y (ii.2) aquella en la que el trabajador por el cargo que desempeña no puede imputársele un ánimo competitivo, en cuanto no es responsable directo de las decisiones empresariales del competidor.

Lo relevante en ambas formas de competencia es la intención de procurarse un beneficio (o procurárselo al competidor) en perjuicio del empleador. La deslealtad de la conducta competitiva se apreciará diferenciadamente según el tipo de competencia desarrollada por el trabajador. Así, por ejemplo, en la competencia directa "(i)" y en el primer nivel de competencia indirecta "(ii.1)", la deslealtad no se verificará en un momento posterior sino que se encuentra "per se" en la conducta competitiva del trabajador. En cambio, en el segundo nivel de competencia (ii.2), ésta recién se considerará desleal cuando exista una determinada conducta que perjudique real o potencialmente al empleador.

Supuestos de competencia desleal en materia laboral

Se ha advertido en el presente artículo que la determinación de las conductas que constituyen competencia desleal resulta relevante para clasificar las relaciones de competencia que pueden darse entre trabajador y empleador. En nuestra opinión,

17 López Anierte, María del Carmen. La Competencia del Trabajador con su Empresa. Editorial Aranzadi: Pamplona, 1997. 266 p.



existen dos supuestos en que la mera relación de competencia entre trabajador y empleador constituye competencia desleal para efectos laborales, justificado en el hecho de la intervención directa que el trabajador tiene en el desarrollo de la actividad competitiva y en el intenso interés puesto en los resultados de la misma. Así tenemos:

a) Cuando el trabajador realiza por cuenta propia idénticas o similares actividades que las de su empleador. Dentro de este supuesto se incluye la participación del trabajador como accionista de una empresa competidora. A este supuesto lo hemos denominado competencia directa. Este sería el caso del Gerente de una empresa de turismo que organiza y planifica actividades turísticas por cuenta propia, fuera de su jornada de trabajo.

b) Cuando el trabajador labore para una empresa competidora, siempre y cuando aquél tenga una labor de dirección o de participación en las decisiones de mercado de ésta. Definida como competencia indirecta de primer nivel, éste sería el caso de una secretaria del Departamento de Marketing que labora como Gerente General para una empresa del mismo ramo.

Sobre este segundo tipo de competencia señala Miguel Rodríguez Piñero¹⁸ que "(...) no se exige, para la existencia de competencia prohibida del trabajador, que necesariamente éste actúe en su propio nombre como empresario, sino que se incluye también su actuación en el mercado por cuenta de otro (...)", añadiendo este autor, que la realización de trabajos de especial relieve y relevancia, como el trabajo directivo, convierte virtualmente a ese trabajador en competidor de su empleador.

Reiteramos que, verificada la existencia de competencia entre trabajador y empleador -definida conforme a los parámetros antes citados-, se podría imputar a aquél la comisión de la falta grave de competencia desleal. La regla del derecho mercantil que supone la validez "per se" de la competencia, justificada por el modelo económico imperante en nuestra sociedad, no resulta aplicable al derecho

laboral, no sólo por lo extraordinario de este tipo de situaciones en éste ámbito, sino porque no resulta razonable que ambas partes de la relación laboral estén pugnando o compitiendo por un mismo potencial de clientes, configurándose un conflicto de intereses que resquebraja la relación de confianza que sustenta la relación laboral.

En ese sentido, consideramos que a propósito de la existencia de una relación de competencia entre las partes laborales, el principio de buena fe en materia laboral no puede admitir que el trabajador de una empresa pretenda el perjuicio -mercantilmente-lícito que dicha competencia puede ocasionarle a su empleador, teniendo presente que el trabajador dirige dicha competencia. Concordamos con un sector de la jurisprudencia española en cuanto configura como elemento

«(...) no se exige, para la existencia de competencia prohibida del trabajador, que necesariamente éste actúe en su propio nombre como empresario, sino...»

esencial de este incumplimiento (léase, competencia desleal), no el daño efectivamente producido al empleador, sino la actitud intencional del trabajador "realizando una conducta que en la búsqueda del beneficio propio, no le importa lesionar los intereses del empresario; beneficio propio que, por otra parte, tampoco se considera necesario que efectivamente se obtenga, en el

entendimiento de que la quiebra de la buena fe se genera con independencia de la ventaja económica que pudiera haberse obtenido y del perjuicio económico realmente causado."¹⁹

La conclusión anterior no implica que el trabajador esté impedido de desarrollar las mismas actividades que su empleador; lo puede hacer, siempre que no se configuren los tres elementos esenciales de una relación de competencia antes citados. Asimismo, no configuraría competencia desleal el hecho de que un trabajador compita con su empleador, contando con la expresa o tácita aceptación de éste. Finalmente, sería perfectamente válido que un trabajador labore en dos empresas que realicen las mismas actividades, cuando la propia naturaleza de dichas labores y el contexto en el que se desarrollan no suponga conflicto de intereses alguno con su empleador (competencia indirecta de segundo nivel). Seguidamente analizaremos esta última posibilidad.

18 En: Límites a la Competencia Desleal y Contrato de Trabajo.

19 López Aniorte, María del Carmen. «La Competencia del Trabajador con su Empresa». Editorial Aranzadi: Pamplona, 1997. 266 p.

Supuesto Especial de Competencia Desleal

Basados en una adaptación histórica y jurisprudencial que del término competencia han realizado los distintos operadores del derecho laboral en nuestro país, y en lo que hemos denominado competencia indirecta de segundo nivel, consideramos que en materia laboral este concepto abarca también las situaciones en las que el trabajador labora para dos empresas competidoras sin tener en ninguna de ellas un cargo de alta dirección o sin participar de la gestión y/o toma de decisiones relacionadas a la actividad competitiva, esto es, sin tener interés directo en los resultados de la competencia. En estos supuestos se requerirá de la materialización de cualquiera de las dos conductas que usualmente han calificado a la competencia desleal en materia laboral en nuestro país: la entrega de información reservada o secretos industriales y la atracción de la clientela del empleador a favor del competidor. En estos casos, concordamos con el artículo 5 de la Ley de Represión de Competencia Desleal, en que bastará que la conducta del trabajador genere un daño real o potencial al empleador para la configuración de la competencia desleal como causa justa de despido.

En este caso especial, el simple desempeño del trabajador en dos empresas competidoras no genera una infracción al principio de la buena fe, dado que no se materializa un conflicto de intereses que justifique "per se" la prohibición de dicha conducta. Deberá acreditarse una conducta desleal que perjudique al empleador, real o potencialmente.

Un perjuicio real al empleador aplicable, no sólo en este supuesto especial de competencia, sino en toda relación de competencia, será aquél producto de cualesquiera de las conductas desleales: (i) atracción de la clientela; o (ii) entrega de información reservada o secretos industriales, ambas a favor de una empresa competidora. Al respecto, podemos citar una resolución de las Salas Laborales de Lima que señala que: "incurre en falta grave quien realizando actividades idénticas a las de su empleador, sin permiso, atrae un cliente del empleador"²⁰.

Sólo un paréntesis para destacar que la entrega de secretos industriales y/o de información reservada del empleador a una empresa competidora es una conducta que por sí misma

constituye falta grave de acuerdo a nuestro ordenamiento laboral, pero que enmarcada dentro de una relación de competencia agrega el elemento de deslealtad a la misma. No obstante, deberá diferenciarse claramente el secreto industrial o la información reservada del empleador (técnicas, procedimientos), de la habilidad del trabajador para desempeñar su oficio; siendo válida la utilización de lo aprendido por el profesional en tal calidad.

El problema en este supuesto de competencia se encuentra en determinar cuándo el trabajador está perjudicando potencialmente al empleador por el hecho de laborar en dos empresas competidoras. En este supuesto, consideramos válida la premisa de que no todas las actividades concurrentes –en este caso, la labor para dos empresas competidoras– merecen la consideración de desleales sino sólo aquellas que por su trascendencia sean susceptibles de generar un perjuicio potencial al empleador. La jurisprudencia española nos da algunas luces sobre los criterios a utilizar para determinar la existencia de perjuicio potencial: (i) la permanencia o no de la actividad concurrente; (ii) la posibilidad de tener acceso a información reservada o secretos industriales del empleador; y (iii) la categoría de las funciones desarrolladas en una y otra empresa (se excluyen los casos del personal de dirección, que en sí mismos configuran un conflicto de intereses).

En este nivel de competencia no resulta correcto presumir que existe competencia desleal por la sola comprobación del hecho de trabajar para empresas que son concurrentes entre sí, sin presenciar las circunstancias propias en que se desarrollan dichas labores. Esta presunción "iuris tantum" de competencia desleal y, por ende, de perjuicio potencial, constituye una limitación injustificada de la libertad de trabajo. Al respecto dice López Anierte:²¹ "Téngase en cuenta que la especialidad profesional del trabajador le forzará como es lógico, a buscar un trabajo correspondiente a la misma, y en una empresa del ramo. Si ello se le impide, se le estará prohibiendo, implícitamente, la posibilidad de pluriemplearse".

Consideraciones especiales

Consideramos que el presente tema no se agota en las ideas y conclusiones aquí expresadas, dado que las situaciones de competencia desleal dependerán del análisis de cada caso concreto y de

20 En: Revista Actualidad Laboral No. 177. Marzo 1991.

21 López Anierte, María del Carmen. Op.Cit



los elementos conexos y complementarios al mismo. Seguidamente, y como parte final de este trabajo, presentamos algunos lineamientos que sugerimos observar al momento de calificar un hecho como competencia desleal para efectos laborales:

1. Un elemento de necesario análisis al momento de calificar como falta grave la conducta competitiva del trabajador, sea competencia directa o indirecta, es la eventualidad o permanencia de dicha actividad. Al respecto, señala López Aniorte que "(...) no puede tener la misma trascendencia acudir a trabajar exclusivamente un día a la competencia que hacerlo en forma indefinida, ni se puede valorar de igual modo el hecho de llevar a cabo una esporádica colaboración científica que participar de forma permanente en los proyectos del adversario económico".²²

2. Compartimos el criterio jurisprudencial peruano y español, que condiciona la existencia de competencia desleal a la falta de autorización empresarial, expresa o tácita, de la actividad concurrente del trabajador. Este razonamiento se sustenta en la obligatoria observancia del principio de buena fe por ambas partes laborales, exigida al trabajador como deber de información sobre su conducta competitiva, en cuanto potencialmente generadora de conflictos de intereses, y al empleador negándole la posibilidad de imputar como falta grave una concurrencia de actividades permitida por el mismo (doctrina de los actos propios). Sobre el tema, resulta ilustrativo la resolución del Tribunal de Trabajo peruano, de fecha 30 de noviembre 1982, recaída en el Expediente 834-82/T.T., en cuanto concluye que:

"(...) cuando el empleador consiente tácitamente que su empleado realice las mismas actividades fuera del horario de trabajo, sin perjuicio para los intereses de la empresa, no puede calificar como falta grave tal hecho (...)"

3. Será de cargo del empleador acreditar la existencia de una relación de competencia entre él y su trabajador, debiendo poner especial énfasis en

demostrar que las actividades concurrentes estuvieron dirigidas a un mismo mercado. Asimismo, en el supuesto especial de competencia, el empleador deberá acreditar la conducta desleal del trabajador y/o proporcionar los elementos de juicio necesarios para la verificación del daño potencial o real causado, derivado de dicha conducta. Ello tiene sustento en el Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado mediante Decreto Supremo 003-97-TR, en cuyo artículo 37 se establece que "ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos".

4. La obligación de no competir deslealmente con el empleador se mantiene vigente durante los períodos de suspensión de las prestaciones principales del contrato de trabajo (por ejemplo, vacaciones, días de incapacidad temporal, días de descanso pre y post natal), en tanto y en cuanto, entendemos que el principio de buena fe que sustenta dicha obligación se mantiene en vigor²³ durante dichos períodos.

Esta opinión es compartida por la doctrina y jurisprudencia española, a saber: "(...) si bien cuando el contrato de trabajo se halla en suspensión quedan exoneradas las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (...) perviven algunos deberes; específicamente los que guardan relación con el comportamiento de buena fe del trabajador"²⁴.

5. Los casos de competencia desleal esbozados en el presente artículo presuponen la inexistencia de pactos de exclusividad o plena dedicación, dado que su suscripción impediría al trabajador desarrollar cualquier labor distinta a la realizada para su empleador. En el Perú no existe regulación sobre este tipo de pactos, aunque consideramos que deberían configurarse tal y como lo establece la legislación española, donde se requiere para su validez que la empresa satisfaga una compensación económica al trabajador por la exclusividad otorgada, como necesario equilibrio a la disposición del derecho a pluriemplearse. 

«Será de cargo del empleador acreditar la existencia de una relación de competencia entre él y su trabajador...»

22 López Aniorte, María del Carmen. Op. Cit. P. 46-47. J.F. Escudero, J. Frigola y T. Corbella. «El principio de Buena Fe en el Contrato de Trabajo.»

23 J.F. Escudero, J. Frigola y T. Corbella. El principio de Buena Fe en el Contrato de Trabajo. Op cit. p. 88

24 Fernández Nevado, María José. «La Prohibición de Competencia por Imperativo Legal y el Pacto de no Competencia». En: Al, num 2, 1993, p. 382.