Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho del Trabajo y De la Seguridad Social

“El Pacto de Permanencia y Otros pactos en la Empresa.”

Memoria para optar al Título Profesional de Abogado

Autor:
Valentina Moreno Duque.
Profesor guía: María Cristina Gajardo Harboe

Santiago, Chile Primavera 2003

INTRODUCCIÓN . 1

II.CONCEPTO . 3

III.FENOMENO DEL PACTO DE PERMANENCIA: Influencia de los cambios tecnológicos (la nueva economía) en la existencia de pactos como el de permanencia . 5

IV. PANORAMA LEGAL EN CHILE: Ausencia de previsión legal del Pacto de Permanencia (sólo Art.10 Nº7 CT) . 7

V. DESPROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A ESTE PANORAMA: Vulnerabilidad y eventuales derechos afectados . 9

- **La Garantía Constitucional del Artículo 19 Nº16: La libertad de trabajo. Constitucionalidad del Pacto de Permanencia .** 10
- **Artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo: Irrenunciabilidad de los derechos laborales y autonomía de la voluntad . .** 13
- **Artículo 159º Nº2 del Código del Trabajo: Derecho de renuncia (Derecho a dimitir) . .** 14

VI.MECANISMOS DE PROTECCIÓN . 17

VII. JURISPRUDENCIA: Ausencia de una práctica generalizada en Chile . 21

VIII. DERECHO COMPARADO. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA. . . 23

- **Fundamento del Pacto de Permanencia en el Estatuto de los Trabajadores .** 23

IX. OTROS PACTOS SIMILARES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES . 27

- **1. Prohibición de concurrencia postcontractual .** 27
- **2. Prohibición de competencia desleal . .** 28
- **3. Pacto exclusividad .** 29

X. REFORMA DEL PROCESO LABORAL CHILENO: Proyecto de ley que propone un nuevo mecanismo de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores . . 33

XI. CONCLUSIÓN . 35

BIBLIOGRAFÍA . 37

INTRODUCCIÓN

Como suele suceder en todo contrato en general, el contrato de trabajo admite ciertas cláusulas y pactos en los que las partes regulan aspectos extraordinarios. Estos pactos suelen estipularse al momento de firmar el contrato o bien durante la vigencia de éste. Dentro de estas cláusulas insertas en el contrato de trabajo encontramos más comúnmente algunas como el pacto de permanencia, la cláusula de prohibición de concurrencia post contractual, la cláusula de competencia y la cláusula o pacto de exclusividad.

Como se verá en el desarrollo de esta investigación, destinada particularmente al pacto de permanencia en la empresa, la existencia de este tipo de cláusulas en el contrato de trabajo hace necesarias una regulación y una reglamentación legales para evitar que el poder evidentemente superior del empresario o empleador aplaste los intereses del trabajador y en definitiva se transforme en una cláusula que perjudique los derechos fundamentales de éste. En Chile no existe un sistema legal destinado a proteger o tutelar al trabajador que firma pactos de esta clase, y al parecer tampoco existe conciencia (tanto por parte de los trabajadores como también de los empresarios y de los legisladores) de que de este modo se vulneran constantemente los derechos de los trabajadores, por lo tanto no es raro ver en la práctica pactos que no respetan esta clase de derechos.

II.CONCEPTO

"El Pacto de Permanencia es un acuerdo negocial a través del cual el trabajador se compromete a permanecer en la empresa que le ha procurado cierto nivel de formación -más o menos calificada -, durante un período de tiempo acotado, por lo tanto es como una cláusula de duración mínima (y no máxima) del contrato de trabajo y cuya finalidad es la de garantizar a la empresa la amortización de, al menos, los gastos que para ella ha supuesto la inversión económica efectuada en la especialización del trabajador". [1]

La legislación española, dispone que *"cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios"* [2] .

[1] NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ, *"El pacto de permanencia en la empresa",* Edit. Tirant lo Blanch y Universitst de Valencia, Valencia 2002, pág..23.

[2] Artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores (texto equivalente al Código del Trabajo chileno).

III.FENOMENO DEL PACTO DE PERMANENCIA: Influencia de los cambios tecnológicos (la nueva economía) en la existencia de pactos como el de permanencia

El gran desarrollo que han experimentado las tecnologías de la información ha supuesto una verdadera revolución en la forma de organizar la actividad empresarial y, en consecuencia, el trabajo. Estos cambios están generando la aparición de nuevas formas de trabajo y, por lo tanto, también de contenidos nuevos en el contrato de trabajo. Las relaciones laborales que obedecen a la economía de estos tiempos presentan, en la práctica, un aumento en el uso de pactos reservados para trabajadores claves en la empresa, tales como el de exclusividad, de no competencia, de permanencia, etc, cuya finalidad es garantizar al empresario la plena disponibilidad del empleado y, en ocasiones, la vinculación a la compañía aún extinguido el contrato de trabajo.

Esta notoria necesidad de utilizar cada vez más este tipo de cláusulas, al parecer, es una consecuencia del progreso industrial y tecnológico que ha experimentado la economía mundial, sobretodo la de países desarrollados, lo que evidentemente trae aparejado una serie de secuelas en el mundo laboral. Es este fenómeno, en

consecuencia, el que ha tenido influencia en el incremento de la demanda de trabajadores especializados o calificados y, por lo tanto, en el incremento de formación especializada de los trabajadores financiado por las mismas empresas en las que éstos trabajan (y es a través de estos pactos, sobretodo el de permanencia, que las empresas pueden asegurarse mediante la vinculación temporal del trabajador con la empresa). [3]

Por otro lado es probable que este fenómeno (el de “los pactos”) obedezca también a un nuevo conjunto de políticas estratégicas de las empresas (sobretodo de las nuevas empresas) para aumentar sus oportunidades de competitividad, y en tal sentido, cabe afirmar que el pacto de permanencia, como muchos otros, forma parte de una gama de nuevos métodos destinados a aprovechar al máximo el potencial humano de las empresas, recurso que hoy en día en uno de los activos más valiosos para muchas empresas.

[3] Adviértase, en este sentido, que en aquellos países cuyas legislaciones regulan el Pacto de Permanencia, la especialización profesional que proporciona la empresa con motivo de este pacto, lo es para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico. NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ, *“El pacto de permanencia en la empresa”,* pág.41.

IV. PANORAMA LEGAL EN CHILE: Ausencia de previsión legal del Pacto de Permanencia (sólo Art.10 Nº7 CT)

En el Derecho comparado, es posible apreciar que las legislaciones de ciertos países, en particular los más desarrollados y vanguardistas como España o Italia, han instaurado un adecuado marco legal que regula cláusulas como el pacto de permanencia y a su vez que limita los eventuales excesos que podrían cometerse en desmedro de la parte contratante más débil, el trabajador, al celebrarse estos pactos. Si se observa, por ejemplo, la legislación española (a la cual me referiré más adelante), se advierte que el legislador se preocupó no sólo de permitir la estipulación de pactos como el de permanencia, sino que también procuró limitar la celebración de éstos en el sentido de no vulnerar la libertad de trabajo, derecho fundamental garantizado, al igual que en Chile, por la Constitución Política española (Art. 35º).

A diferencia de lo que ocurre en aquellas legislaciones más modernas, Chile definitivamente no cuenta con un régimen legal que prevea la posible celebración del pacto de permanencia, ni de ningún otro, por lo que el trabajador que ha firmado alguna cláusula similar, se ve en la más absoluta indefensión, siendo su única opción frente a una eventual trasgresión de sus derechos laborales, invocar la violación de su libertad de trabajo (garantía constitucional), puesto que la única disposición legal que se refiere a los pactos que las partes pueden acordar (el Art. 10 Nº7 del Código del Trabajo) [4] , no

establece ninguna clase de límites a esta facultad de celebrar “otros pactos”.

Sin embargo soy de la postura que sostiene que, en una sociedad como en la que vivimos, no basta con la sola consagración constitucional de los derechos para hacerlos valer de manera efectiva. Es más, a pesar de estimarse que estos derechos (derechos fundamentales) son innatos y universales, *“se considera su consagración en la Carta Fundamental por diversas razones: para darles mayor divulgación, garantizar debidamente su ejercicio* ***y para reglamentarlos adecuadamente*** *. Con razón se considera que si todos los derechos se van a ejercer en sociedad,* ***necesariamente ellos deberán ser objeto de limitaciones a fin de superar las eventuales colisiones*** *entre los particulares con la sociedad y el Estado, y entre los particulares entre sí” .* [5] Lo anteriormente citado confirma que es necesario un adecuado desarrollo legal de las garantías constitucionales para una apropiada tutela de éstas, en otras palabras, hace falta introducir en nuestra legislación laboral una disposición que contemple y regule el pacto de permanencia a fin de adaptarnos a los cambios que se van introduciendo en nuestra realidad.

La Constitución no determina un grado o nivel concreto de vigencia social de los derechos fundamentales. Corresponde al legislador determinar el nivel de vigencia social de los derechos fundamentales en el grado que estime pertinente dentro de los límites constitucionales. La significación que estos derechos adquieren dentro del orden constitucional impone a los poderes públicos garantizar su efectiva vigencia y, especialmente, obliga al legislador a proteger los valores positivados y formalizados en el ordenamiento a través de los derechos fundamentales, reconociendo, en su caso, las titularidades y obligaciones que repute a tal fin necesarias. [6]

La función del legislador, en este caso particular, es, en consecuencia, la de intervenir normativamente y regular de modo expreso la obligación de permanencia a fin de evitar, por un lado, el abuso en el que podría incurrir el empresario frente una total ausencia de regulación, y por el otro, de equilibrar el poder de negociación manifiestamente disminuido del trabajador. [7]

[4] Art.10 Nº7 del Código del Trabajo: “El contrato de trabajo debe contener, a lo menos, las siguientes estipulaciones: ...7º. Demás pactos que acordaren las partes.”

[5] MARIO VERDUGO MARINKOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA. *“Derecho Constitucional”*, Tomo I, pág.193. Edit. Jurídica de Chile, 1994.

[6] MAGDALENA NOGUEIRA GUSTAVINO. *“La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo”,* Pág.112. Editorial Aranzandi, 1997.

[7] La existencia de una gran oferta de mano de obra en el mercado laboral provoca que el trabajador no tenga como alternativa razonable la renuncia a contratar.

V. DESPROTECCIÓN DEL TRABAJADOR FRENTE A ESTE PANORAMA: Vulnerabilidad y eventuales derechos afectados

Al no existir un mecanismo legal en Chile que permita al trabajador celebrar esta cláusula en su contrato de trabajo, sin temor de que sus derechos como trabajador se vean afectados por el poder negociador del empresario, que sin duda es altamente superior que el del trabajador, considero oportuno analizar los eventuales derechos que podrían verse transgredidos a la hora de celebrar el pacto de permanencia, partiendo por la garantía constitucional del 19 Nº16, para luego continuar con los de rango legal.

Previamente me parece necesario dejar en claro que la situación que enfrentan los derechos fundamentales en el marco de una relación laboral es distinta a la que éstos enfrentan ante una relación de derecho privado cualquiera, y la razón de esto radica, según la opinión del profesor Luis Lizama Portal, en que la relación laboral posee un elemento absolutamente particular respecto del resto de las relaciones de derecho privado: la existencia de la subordinación o dependencia por parte del trabajador en relación a su empleador. Dicha subordinación, de algún modo, quiebra el esquema clásico de las relaciones de derecho privado como una relación de coordinación entre iguales, y lo acerca más a la relación de jerarquía entre supraordenado y subordinado,

relación propia del derecho público. [8]

La Garantía Constitucional del Artículo 19 Nº16: La libertad de trabajo. Constitucionalidad del Pacto de Permanencia

La libertad de trabajo es de aquellos derechos fundamentales que corresponde a la categoría de derechos de carácter individual, según la clasificación clásica de los derechos fundamentales, y ha estado consagrada en nuestro ordenamiento jurídico desde la Constitución de 1925.

La libertad de trabajo podemos entenderla como aquel derecho constitucional que habilita a toda persona a buscar, obtener, practicar, ejercer o desempeñar cualquier actividad remunerativa, profesión u oficio lícitos, vale decir, no prohibidos por la ley. [9]

Del tenor literal del Nº 16 del Art.19 de la Norma Fundamental se colige que la Constitución Política de la República de Chile consagra el derecho de toda persona a la libre contratación y a la libre elección del trabajo, de suerte tal que el trabajador puede decidir libremente la actividad por él a desarrollar. [10]

En otras palabras, este derecho implica que a nadie le será impuesto un trabajo y que toda actividad libremente elegida podrá ser llevada a cabo con pleno arbitrio, salvo en aquellos casos en que la Constitución lo prohíba, siempre que se cumplan ciertas condiciones legalmente establecidas. Además de la *libre elección,* este derecho implica también la *libre contratación* [11] , la que en materia laboral (a diferencia de lo que ocurre en materia civil), comprende la "libertad de conclusión" y la "libertad de configuración interna". En virtud de la primera, las partes son libres para contratar o no, y en caso afirmativo, para escoger al co-contratante; y en virtud de la segunda, las partes son libres para configurar las cláusulas o contenido del contrato como mejor les parezca. [12]

Parece pertinente recordar que, como lo han dicho nuestros tribunales, "*el principio de la autonomía de la voluntad, que se traduce en materias de derecho privado, en la libertad para realizar todo aquello que no esté prohibido, en derecho laboral se encuentra*

[8] LUIS LIZAMA PORTAL y JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO, *"Interpretación y derechos fundamentales en la empresa",* págs.165 y 166, Editorial Jurídica Conosur, año 1998.

[9] ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA. *"Los Derechos Constitucionales".* Tomo II, pág.216. . Edit. Jurídica de Chile. 1ª edición. 1986.

[10] Dictamen de la Dirección del Trabajo Nº5620/300, de 22 de septiembre de 1997.

[11] Innovación introducida por la Constitución de 1980.

[12] JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA. *"Los Contratos. Parte General".* Pág.187. Edit. Jurídica de Chile. 1ª edición, 1986.

restringido, debido, fundamentalmente, al carácter protector del conjunto de normas legales que rigen las relaciones entre trabajador y empleador...En tales condiciones, resulta que las partes no gozan de una amplia libertad para pactar circunstancias ante las cuales deba entenderse por terminada la relación laboral sólo en virtud de una convención acordada, sino que tal terminación ha de ajustarse a las normas que regulan la materia..." [13]

De lo anterior se concluye entonces que el empleador, en virtud del "Principio protector" [14] que rige en materia laboral en favor de la parte más débil de esta relación contractual (el trabajador), no puede pretender extender sin fronteras los límites de las obligaciones que suponen para el trabajador la celebración del pacto de permanencia.

Ahora, el tema de la constitucionalidad del pacto de permanencia podría mirarse desde dos perspectivas distintas: La constitucionalidad de una norma que regule el pacto de permanencia (en el sentido de si el legislador se ajustó al mandato Constitucional), y la constitucionalidad del pacto celebrado entre el empresario (empleador) y el trabajador. Sin embargo, de acuerdo a nuestra realidad chilena, corresponde únicamente examinar el segundo de estos puntos de vista, ya que, como se dijo anteriormente, en Chile no existe aún una norma legal que regule el tema en cuestión, por lo que no hay nada que analizar desde esa perspectiva.

Claro está que el hecho de incluir una cláusula como el pacto de permanencia en el contrato individual de trabajo supone una restricción a determinados derechos y libertades del trabajador que son una manifestación directa de otros derechos reconocidos a nivel constitucional (la libertad de trabajo, la que a su vez comprende la libre elección y la libre contratación).

Como se explicó en un comienzo, el pacto de permanencia involucra, entre otras cosas, el pacto indemnizatorio (según el cual el trabajador sería en único obligado para el caso en que el trabajador abandone su trabajo (renuncie) antes del tiempo estipulado), entonces cabe preguntarse ahora si es posible, constitucionalmente hablando, que el trabajador renuncie a un derecho fundamental consagrado por la Constitución [15] (la libertad de trabajo), e incluso si es posible esta renuncia aún mediando una compensación por parte del empresario hacia el trabajador (la especialización profesional soportada económicamente por el empleador).

Al ser la libertad de trabajo un derecho fundamental se entiende que se trata de un derecho con carácter de inalienable (tradicionalmente se les atribuye a los Derechos Humanos esta característica por parte de la doctrina). Esta característica significa

[13] Recurso de casación el el fondo acogido. Arica, 18 de agosto de 1999. Gaceta Jurídica Nº240 de junio del 2000.

[14] Cabe señalar que los principios del Derecho del Trabajo, como lo es el Principio Protector, deben ser aplicados cuando no exista una norma legal, y en este caso precisamente no hay disposición legal que regule y ponga límites al empresario al momento de celebrar el pacto en comento.

[15] Digo "consagrado" y no "establecido" por la Constitución, puesto que los derechos fundamentales son universales, son innatos a todo ser humano, y la Constitución sólo los garantiza o reconoce como provenientes de la naturaleza del hombre, y no como creaciones jurídicas realizadas por el hombre.

fundamentalmente, según la doctrina tradicional, que son irrenunciables por sus propios titulares. Los Derechos Humanos, en cuanto que son inalienables, se le adscriben a la persona humana al margen de su consentimiento o incluso en contra de su consentimiento. Los bienes sobre los que recae la protección de los Derechos Humanos son atribuidos a la persona humana de una forma ineludible. [16] Esta característica es, sin embargo más que dudosa, entre otras razones posibles por las dos que siguen a continuación [17] :

La necesaria presencia de límites en el ejercicio de los derechos no implica forzosamente la posibilidad de optar por parte de un sujeto de derecho entre los diversos derechos.

El configurar a los derechos como inalienables imposibilita cualquier preferencia entre los mismos e implica el automático rechazo de las numerosas situaciones en que se traduce la renuncia de un derecho en aras a la seguridad nacional u otros bienes.

Sí es admisible, sin embargo el carácter de inalienabilidad de los derechos si la referimos al fundamento de los mismos: la dignidad de la persona humana. "La dignidad le es impuesta al hombre inexorablemente: el hombre no puede renunciar a tal atributo, ni es libre para ser o no ser hombre, para tener o no tener una dignidad que él mismo no se ha conferido" [18] . **Lo que no puede hacer, pues, el sujeto activo de los Derechos Humanos es renunciar a la titularidad del derecho de que se trata, pero sí a su ejercicio.** El límite de esa renuncia viene dado por la no lesión de otros bienes y derechos fundamentales.

De acuerdo a esto podría concluirse que en este caso, el pacto de permanencia sería constitucional sólo si éste implica una restricción al ejercicio de los derechos del trabajador ya mencionados (y no una renuncia a su titularidad, caso en el cual sería un pacto inconstitucional), es decir, así como está regulado en la legislación española, el pacto en cuestión sería constitucional si sólo restringe este ejercicio **temporalmente**, mediante una **compensación** y si es en aras de la defensa de otros derechos constitucionales [19] (como sucede en el caso de la “libertad de empresa” en España [20] , que vendría a ser una figura má o menos equivalente a la “libertad económica” [21] ,

[16] LAPORTA, F. (http://www.iepala.es/DDHH/ddhh35.htm).

[17] MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER, B.: “*Los Derechos Humanos como derechos fundamentales”* **.** Del análisis del carácter fundamental de los Derechos Humanos a la distinción conceptual en BALLESTEROS, J.(Editor): **Derechos Humanos**, Tecnos, Madrid, 1992, pág.50. (fuente: Pág.web www.iepala.es/DDHH/ddhh35.htm).

[18] MARTINEZ-PUJALTE, A.-L.: **Los Derechos Humanos como derechos inalienables** en BALLESTEROS, J.(Editor): **Derechos Humanos**, Tecnos, Madrid, 1992, p. 93. (fuente: Pág.web www.iepala.es/DDHH/ddhh35.htm).

[19] NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ*, “El pacto de permanencia en la empresa”,* pág.93.

[21] Se trata de un derecho constitucional que tiene por objeto garantizar a todas las personas la libre iniciativa privada para desarrollar cualquier actividad económica, sin más limitaciones que las que establezca la Constitución. (ALFONSO VILLAHERMOSA IGLESIAS**,** *El derecho del empresario.* Fuente: www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo4.shtml)

consagrada en el Nº21 del Art.19 de la Constitución Política de Chile).

Artículo 5º inciso 2º del Código del Trabajo: Irrenunciabilidad de los derechos laborales y autonomía de la voluntad

Me parece necesario comentar, primero que nada, que la relación que existe entre el principio de la autonomía de la voluntad y el de irrenunciabilidad de los derechos laborales, es una relación de regla general y excepción, respectivamente. En virtud de **la Autonomía de la voluntad** (gran principio formador del Derecho Civil), la ley les reconoce a los particulares la facultad o poder para regular sus intereses y relaciones personales, de forma que puedan hacer todo aquello que no esté prohibido, con tal que se respeten el orden público y las buenas costumbres. Una de las tantas consecuencias derivadas de este principio es la facultad de todo individuo para renunciar a sus derechos, y consiste en que el hombre es libre para renunciar por su sola voluntad a un derecho establecido en su beneficio, con tal que mire el interés individual del renunciante y que la ley no prohíba su renuncia (Art.12 Código Civil).

Luego, en cuanto al principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales (que es uno de los principios orientadores del Derecho del Trabajo), el cual se funda en el carácter paternalista o tutelar de esta rama del Derecho, las partes no pueden acordar regular por cuenta propia su conducta de una manera distinta a como lo ha establecido el legislador, puesto que se parte de la base de que la renuncia que hace el trabajador de sus derechos, lo es por su ignorancia o falta de capacidad de negociación [22] .

En nuestro ordenamiento jurídico lo anterior se encuentra contemplado en el Art.5º de nuestro Código del Trabajo, el cual en su inciso segundo, dispone que *"Los derechos establecidos por las leyes laborales son irrenunciables, mientras subsista el contrato de trabajo"*.

Teniendo presente lo anterior, la lógica no nos lleva sino a concluir que en materia de Derecho laboral no hay cabida a la autonomía de la voluntad del trabajador (éste no puede renunciar a sus derechos como tal, por más que así lo quiera), ya que la renuncia se presenta como una limitación a aquélla.

[20] La libertad de empresa es un derecho consagrado en la Constitución española en su Art.38, el cual dispone que "se *reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación .".* El principio de la libertad de empresa supone que los empresarios son libres de crear y dirigir las condiciones de desarrollo de su actividad pudiendo utilizar todos los medios oportunos para afirmarse en el mercado: libertad de adquirir factores de producción, etc. Pero con un límite impuesto que se sobrepasa si el ejercicio de este derecho supusiere una infracción en el fin social.

[22] En doctrina se señala que los derechos laborales se regulan por normas de derecho privado, pero son de derecho público, por lo tanto la renuncia de los derechos laborales supondría una violación del orden público.

Resulta claro de la redacción del Art.5º del Código del Trabajo, que el trabajador sólo podría renunciar a sus derechos mínimos una vez que se ha extinguido su relación laboral (“...*mientras subsista el contrato de trabajo”*), y que, en consecuencia, le está prohibida en forma absoluta la renuncia anticipada de éstos al momento del perfeccionamiento del contrato de trabajo, e incluso durante el transcurso de la relación laboral.

Entonces, un pacto de permanencia en el cual el trabajador exprese renunciar a su libertad de trabajo estaría al margen de la legalidad, por cuanto no existe en nuestro ordenamiento jurídico una norma que, obedeciendo a lo dispuesto por el Art.12 del Código Civil (*“...y que no esté prohibida su renuncia”*), establezca una “contraexcepción” a la norma del Art.5º del Código del Trabajo (una norma que dé excepción a la prohibición de renuncia que establece este artículo).

Artículo 159º Nº2 del Código del Trabajo: Derecho de renuncia (Derecho a dimitir)

De acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, el modo de renunciar al trabajo se debe llevar a cabo mediante el desahucio. El desahucio es una institución a través de la cual cualquiera de los contratantes puede poner término al contrato de trabajo de tiempo indefinido dando a la otra parte un aviso con cierta anticipación. [23] Leyendo lo anterior, podemos notar que el desahucio es una expresión de voluntad que puede provenir tanto del trabajador como del empleador. En cuanto al trabajador, el Código del Trabajo le reconoce a éste, en el artículo 159 N°2, la facultad de poner término al contrato mediante el ejercicio del desahucio. Se le exige únicamente que el aviso lo dé con treinta días de anticipación, firmado por él y por el presidente del sindicato o delegado del personal, cuando procediere, o ratificado por la Inspección del Trabajo (artículo 161).

Con el pacto de permanencia, el cual se celebra estando vigente el contrato de trabajo, el trabajador está viendo restringida, no sólo su libertad de trabajo (derecho laboral de rango constitucional), sino que además está siendo restringido su derecho a renunciar al trabajo (manifestación de la libertad de trabajo), consagrado en le Art.159 Nº2 del Código del Trabajo, establecido como una facultad del trabajador de extinguir su contrato de trabajo unilateralmente (cumpliendo previamente con ciertos requisitos señalados en la misma disposición).

En todo caso cabe dejar en claro que el pacto de permanencia, tal y como lo regula la legislación española (ver capítulo I, en “concepto” de pacto de permanencia”) como otros pactos similares que se comentarán más adelante, importa una restricción al ejercicio del derecho a renunciar (denominado derecho a “dimitir” en otras legislaciones), más no importa una renuncia a tal derecho, por cuanto el trabajador siempre tiene la posibilidad de elegir renunciar a su trabajo, poniendo fin al contrato de trabajo, caso en el

[23] HECTOR HUMERES MAGNAN, *“Derecho del trabajo y de la seguridad social”,* pág.165, Editorial Jurídica de Chile. Año1977..

cual deberá pagar a su empleador la indemnización pactada.

VI.MECANISMOS DE PROTECCIÓN

Como ya he comentado anteriormente, la sola existencia del pacto de permanencia en la práctica contractual laboral (y también de los demás pactos que puedan presentarse en el contrato de trabajo) hace necesario que exista también un apoyo real, positivo y efectivo y que sea ajeno a las partes contratantes, para que en el evento de violarse ciertos derechos fundamentales de los trabajadores, como por ejemplo el de libertad contractual cuando se pacta que el trabajador no prestará sus servicios para ninguna otra empresa del mismo giro incluso un determinado tiempo después de terminado el contrato de trabajo, el trabajador afectado tenga la posibilidad de recurrir de una manera preestablecida y ante las autoridades preestablecidas.

En nuestro país no existe ninguna disposición jurídica que permita exigir la ejecución directa de los derechos fundamentales de los trabajadores. A modo de ejemplo, la Constitución peruana en su artículo 23 inciso tercero, señala que "ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales" [24] . No obstante lo anterior, nuestro ordenamiento jurídico contempla, si no un mecanismo especialmente creado para la tutela de los derechos fundamentales, una acción destinada a la protección de la libertad de trabajo (derecho consagrado en el artículo 19 N°16 de la Constitución Política). Estamos hablando del **Recurso de Protección**, acción de rango constitucional establecida en el artículo 20 de la Constitución y que constituye el medio específico que nuestro ordenamiento jurídico posee para la protección de los derechos fundamentales (no de todos).

[24] LUIS LIZAMA PORTAL…ob.cit. pág.169.

En teoría el Recurso de protección se presenta como el mecanismo más idóneo de que disponen los trabajadores para la defensa de sus derechos fundamentales como tales, frente a los actos ilegales o arbitrarios provenientes de su empleador. Sin embargo aquello que está consagrado positivamente en nuestra Constitución nuevamente no coincide con lo que ocurre en la práctica. Existe una falta manifiesta de intentos de entablar esta acción por parte de los trabajadores, y esto, al parecer, se debe, por un lado, al costo económico que implica para el trabajador recurrir a esta vía, la que no tiene por objeto obtener una compensación pecuniaria, y por otro lado al alto riesgo que significaría para el trabajador iniciar una acción como esta en contra de su empleador, puesto que frente a una situación como esta es evidente que aumenta la tensión en la relación laboral, acrecentándose enormemente las posibilidades de que el trabajador pierda su empleo. [25]

Además del Recurso de Protección, no hay que olvidarse que por mandato constitucional de los artículos 6 y 7 de la Carta Fundamental, los Tribunales de Justicia deben dar aplicación efectiva a las normas de mayor rango jerárquico como son las normas constitucionales (dentro de las cuales encontramos aquellas relativas a los derechos fundamentales). De nuevo nos encontramos de cara con la realidad (la práctica) en el sentido que es muy difícil que se dé una reclamación que se refiera únicamente a la violación de algún derecho fundamental. La regla general dice que por esta vía los derechos fundamentales son amparados de forma indirecta (por ejemplo, cuando se demanda por un despido injustificado, alegándose además que ha existido discriminación arbitraria por parte del empleador hacia el trabajador).

Finalmente queda por mencionar la labor realizada por la Dirección del Trabajo, entidad pública cuyas principales funciones son las de fiscalizar el cumplimiento de la ley laboral (velando por la correcta aplicación de las leyes del trabajo en todo el territorio de la República [26]) y de interpretar la ley laboral (interpretación que tiene por objeto dar coherencia y uniformidad a la supervigilancia de la aplicación correcta de las normas interpretadas). Esta interpretación administrativa realizada por la Dirección del Trabajo se manifiesta a través de los dictámenes que pronuncia el Director del Trabajo, ya sea de oficio o a petición de parte. A través de esta función interpretativa la Dirección del Trabajo puede cumplir mejor su función fiscalizadora.

En cuanto al tema de la obligatoriedad de los dictámenes emanados de este organismo, el profesor Luis Lizama sostiene que la obligatoriedad del dictamen emana no sólo de la norma atributiva (la ley, DFL N°2 de 1967, artículo 5°), sino que también de la disposición interpretada en materia laboral cuya observancia constituye un deber para todos los habitantes de la República (artículo 14 del Código Civil). [27]

Como señalé anteriormente no existe en Chile aún un mecanismo que tenga por objeto proteger solamente los derechos fundamentales de los trabajadores, pero es

[25] LUIS LIZAMA PORTAL…ob.cit. pág 178

[26] DFL N°2 de 1967, artículo 5°

[27] LUIS LIZAMA PORTAL…ob.cit. pág.79

preciso señalar en esta oportunidad que en Septiembre del año 2003 ingresó a la Cámara de Diputados un Mensaje Presidencial que propone un proyecto de ley que modifica el procedimiento laboral en varios aspectos. Dentro de los objetivos del proyecto se contemplan algunos como los siguientes: brindar mejor acceso a la justicia, posibilitar la efectividad del derecho sustantivo, agilización de los juicios del trabajo, modernización del sistema procesal laboral, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales en el seno de las relaciones laborales, etc. Más adelante se explicará detalladamente en qué consiste este innovador proyecto y cómo contribuye en el tema que nos convoca.

VII. JURISPRUDENCIA: Ausencia de una práctica generalizada en Chile

No es difícil notar que la realidad avanza más rápido que la ley positiva, encontrándonos así con una práctica laboral de pactos presentes en la relación de trabajo que no se encuentran regulados de manera específica por la legislación laboral. Las consecuencias que este fenómeno puede generar se manifiestan en la falta de conocimiento de los propios afectados respecto de cómo estos pactos pueden llegar a afectar sus derechos fundamentales, y ésta puede también ser una de las probables causas por las cuales los trabajadores no planteen sus problemas ante alguna instancia superior, sean los Tribunales de Justicia, sea la Dirección del Trabajo. A esta causa, se suma el hecho de que no exista aún en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo destinado especialmente a la tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores. Si observamos la jurisprudencia chilena, se han dado aisladamente casos en que trabajadores reclaman la ilegalidad o inconstitucionalidad de estas cláusulas, y en la mayoría de estos casos la jurisprudencia resuelve directamente sosteniendo la violación de algún derecho fundamental establecido en la Constitución.

Así, por ejemplo, el dictamen N° 5620/300, de 22 de septiembre de 1997 (que sostiene que no existe impedimento legal alguno para que un trabajador desempeñe actividades relacionadas con el giro de la empresa una vez extinguida la relación laboral) ha dicho que *del artículo 19N°16 de la Constitución se colige que la Carta Fundamental consagra el derecho de toda persona a la libre contratación y a la libre elección del*

trabajo, de suerte tal que el trabajador puede decidir libremente la actividad por él a desarrollar. Asimismo se deduce que ninguna labor o servicio puede ser prohibida, a menos que sea contraria a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y que una ley lo declare así. [28] También podemos mencionar el ejemplo del dictamen N°1300/0059 de 3 de abril de 2001, que estima inconstitucional una cláusula de no competencia o “prohibición de competencia”, afirmando que *la prohibición que se pretende incorporar a estos contratos de trabajo transgrede el ordenamiento jurídico, y de concretarse, estaría expuesta a las reacciones jurisdiccionales y administrativas que contempla la Constitución y la ley para situaciones como la descrita* (este dictamen no se pronuncia sobre cuáles serían estas eventuales reacciones), y más adelante este mismo dictamen establece que *esta Dirección se encuentra en el deber constitucional de objetar una cláusula de esta índole, pues como se sabe, esta jerarquía de normas debe aplicarse en forma inmediata y directa, sin intermediaciones dilatorias y bajo el principio de la eficacia, según lo prescribe el artículo 6° de la Carta Fundamental.* [29]

[28] Dictamen de la Dirección del Trabajo Nº5620/300, de 22 de septiembre de 1997.

[29] Dictamen Dirección del Trabajo 1300/0059, de 3 de abril de 2001

VIII. DERECHO COMPARADO. LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

La mayoría de las legislaciones modernas regulan el pacto de permanencia y otros pactos similares. En este trabajo se tomará de ejemplo el pacto de permanencia regulado por la legislación española en el Estatuto de los Trabajadores, pues cumple con las características de ser derecho de un país de vanguardia en este aspecto y un derecho de fácil entendimiento por el hecho de pertenecer a la lengua española.

En el Derecho español este pacto fue objeto de reconocimiento legal por primera vez en 1980, con la promulgación de la ley 8/1980 del Estatuto de los trabajadores, el cual se reguló este pacto en su artículo 21.4. De la redacción de este artículo (VER nota al pie Nº2) se puede decir que, jurídicamente hablando, el pacto de permanencia es un negocio jurídico unilateral, que obliga únicamente al trabajador, aunque sólo puede estipularse si concurre el presupuesto jurídico preestablecido, cual es la especialización.

Fundamento del Pacto de Permanencia en el Estatuto de los Trabajadores

El fundamento inmediato del pacto de permanencia está sobre todo en el interés del

empresario en amortizar la inversión realizada en la especialización profesional del trabajador. [30]

El Tribunal Supremo español ha señalado que *"la específica y singular prestación profesional del empleador de sufragar los gastos para la especialización profesional del empleado, justifica la contraprestación de éste de permanecer en la empresa durante un período".* [31] Aunque tampoco cabe desconocer el posible interés del trabajador que, a cambio de limitar su libertad de trabajo, se asegura unaventajaen su calidad profesional, lo que puede contribuir a una mejor posición en el mercado de trabajo. En este sentido el pacto de permanencia se presenta como un instrumento de proyección profesional (para el trabajador) y económica (para el empresario).

Ahora bien, si reflexionamos un poco más es posible desprender del uso generalizado de esta clase de pactos los verdaderos y más profundos pilares sobre los cuales se basa el pacto de permanencia, cuales son: la buena fe contractual, por un lado, y la libertad de la empresa, por otro.

El artículo 1546 del Código Civil chileno consagra el deber de buena fe contractual en general y en un sentido objetivo (la buena fe objetiva es aquella según la cual se exige un comportamiento conforme a las normas sociales imperantes), obligando a los contratantes a ejecutar el contrato de buena fe. Por su parte el Código del Trabajo no hace mención expresa de la obligación del trabajador y del empresario de cumplir el contrato de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe (a diferencia de lo que ocurre con el Estatuto de los Trabajadores español, el cual en su artículo 20.2 contempla esta obligación [32]), por lo que debemos recurrir de manera supletoria al 1546 del Código Civil. Pero para dar una definición de lo que puede entenderse como deber de buena fe contractual en el ámbito laboral, echaremos mano a la jurisprudencia de los tribunales españoles quienes han entendido este deber como recíproco entre trabajador y empresario y han señalado que *el deber de buena fe constituye un principio general de derecho que impone un comportamiento ajustado a valoraciones éticas…de modo que empresario y trabajador tienen derecho a esperar de la contraparte una actuación leal, confiando en que su actuación sea social y contractualmente correcta"* [33] .

Como segundo fundamento del pacto de permanencia se menciona a la libertad de empresa (derecho consagrado y garantizado por lo Constitución española), ya que del tenor del artículo 21 del ET se infiere que el legislador español intenta proteger los intereses económicos de la empresa frente a posibles actividades de similares o iguales

[30] IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, LUIS MIGUEL CAMPS RUIZ, JUAN LÓPEZ GANDÍA, TOMÁS SALA FRANCO. *"Derecho del Trabajo. Fuentes del contrato individual,*2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

[31] Sentencia del Tribunal Supremo español, de 14 de febrero de 1991.

[32] Art. 20.2 *"en cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe".*

[33] Sentencia del Tibunal Supremo Español de 6 de noviembre de 1986 (Ver IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, ob. Cit. Pág.459, nota al pie 18)

características a las del giro de la empresa, efectuadas por el trabajador.

La libertad de empresa del empleador se encuentra reconocida en el artículo 38 de la Constitución española. Este derecho consta de tres dimensiones: libertad de acceso al mercado, la libertad de ejercicio de la actividad empresarial y libertad de salida del mercado., y es esencialmente en el segundo aspecto donde se centra el auténtico contenido de la libertad de empresa. [34]

Lo que el legislador español en definitiva ha pretendido evitar es la pluralidad de vínculos con otras empresas, sean o no de la competencia (en el caso del pacto de permanencia, que la otra empresa sea de la competencia no es un factor relevante).

[34] MAGDALENA NOGUEIRA GUSTAVINO, ob.cit, págs. 113 y 114.

IX. OTROS PACTOS SIMILARES Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

1. Prohibición de concurrencia postcontractual

Primero que nada hay que señalar que el Nº2 del Art.160 de nuestro Código del Trabajo contempla como causal de término del contrato de trabajo, sin derecho a indemnización para el trabajador, las *negociaciones que ejecute el trabajador dentro del giro del negocio y que hubieren sido prohibidas por escrito en el respectivo contrato por el empleador.*Esto nos da a entender que nuestro ordenamiento jurídico contempla, muy a grandes rasgos, la posibilidad de celebrar un pacto de no competencia o de no concurrencia (no concurrencia en el sentido que no concurran dos actividades del mismo giro). Sin embargo, se puede observar también que este artículo se refiere a un pacto (por escrito) celebrado **durante la vigencia** del contrato de trabajo, ya que, como bien señala su enunciado, se trata de una causal de término del contrato de trabajo, por lo que no cabe más que concluir que esta norma no estaría contemplando una prohibición que continúe después de extinguida la relación laboral. La prohibición de concurrencia (o de

competencia "desleal" al empresario) rige para el trabajador entonces durante toda la vida del contrato de trabajo, como una de las manifestaciones de su deber de **buena fe contractual** [35] **.** En este sentido un pacto de no concurrencia (competencia) postcontractual sería ilegal, pues no está contemplado en el Código del Trabajo, y ya vimos que, de conformidad al Art.12 del Código Civil y al Art.5 inciso segundo del Código del Trabajo, es necesario que exista una norma legal que permita su celebración, puesto que implica una renuncia a un derecho laboral (la libertad de trabajo).

Ahora, si miramos la legislación española (ejemplo de comparación con el que hemos estado trabajando) podremos advertir que en ella sí se contempla de manera expresa la "prohibición de concurrencia postcontractual", en el Art.21.2 del Estatuto de los Trabajadores [36] . El fundamento de esta admisibilidad legal es doble: de un lado, el empresario se garantiza que el trabajador no utilizará en otras empresas los conocimientos adquiridos en la suya; de otro, el trabajador se asegura una cierta estabilidad económica una vez extinguido el contrato, evitando la urgente necesidad de encontrar un nuevo empleo de características similares al anterior. Dado que este pacto de no concurrencia postcontractual implica limitaciones voluntarias a la libertad de trabajo, la validez de este pacto (todavía en el ordenamiento jurídico español) se condiciona expresamente en el Art.21.2 ET a una serie de requisitos (duración determinada, efectivo interés industrial o comercial por parte del empresario y una compensación económica adecuada que se ofrezca al trabajador) [37] .

Desde una perspectiva constitucional parece evidente que, difícilmente serían tolerables prohibiciones absolutas e incondicionales a la libertad de trabajo. Pero la obligación de no competencia no lo es, pues, además de constituir una limitación proporcionada y justificada, la obligación de no competencia postcontractual no es ni absoluta ni incondicional. No es una limitación absoluta sino relativa ya que abarca tan solo a aquellas actividades cuyo desarrollo coloque al trabajador en una clara situación de conflicto de intereses con su empleador [38]

2. Prohibición de competencia desleal

Este es otro pacto también celebrado entre empresario (empleador) y trabajador y

[35] IGNACIO ALBIOL MONTESINOS, LUIS MIGUEL CAMPS RUIZ, JUAN LÓPEZ GANDÍA, TOMÁS SALA FRANCO. *"Derecho del Trabajo. Fuentes del contrato individual"*, pág.436.2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

[36] Art. 21.2 ET: "El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

[37] IGNACIO ALBIOL MONTESINOS…obra citada, pág.463

[38] MAGDALENA NOGUEIRA GUSTAVINO. *"La Prohibición de Competencia…"*, obra citada, pág117.

persigue un fin similar al que persiguen los demás pactos mencionados en este trabajo, puesto que también se presenta como una manifestación del deber de buena fe contractual [39] (o dicho de otra manera, este pacto también encuentra su fundamento en el deber de buena fe contractual).

Como bien señalé anteriormente, nuestro Código del Trabajo contempla en su artículo 160 N°2 la posibilidad de celebrar por escrito que el trabajador no ejecutará la misma clase de negociaciones que se efectúan en el giro de la empresa en la que desempeña sus funciones. En caso de infringir el pacto de no competencia (pacto sólo válido durante la vigencia del contrato), el trabajador se enfrenta a una causal de despido justificada.

El ya aludido Estatuto de los Trabajadores de España contempla también de manera expresa la prohibición de competencia desleal en el N°1 del artículo 21, el cual prescribe *"No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante una compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan".* Por otra parte, el artículo 5.d del mismo cuerpo legal enumera entre los deberes laborales básicos del trabajador, el de *no concurrir con la actividad de la empresa, en los términos fijados en esta ley".* Cabe señalar que con esto no se está prohibiendo al trabajador que tenga más de un empleo, es decir, que trabaje para más de una empresa o un empleador, sino que incurra en competencia desleal.

Soy de la opinión de Magdalena Nogueira Gustavino, en el sentido que este pacto en ningún momento podría colisionar con la libertad de trabajo, la obligación de no competencia no es una prohibición incondicional ni indefinida en el tiempo, por cuanto se encuentra limitada a la vigencia del contrato de trabajo y la prolongación de esta obligación exige un pacto expreso que la haga factible. [40] Además en cualquier momento de su relación laboral, si el trabajador no quiere asumir dicha obligación, éste siempre tiene la posibilidad de renunciar e iniciar una actividad por su cuenta y entrar a competir con su ex empleador. Es más, en una oportunidad la Dirección del Trabajo, al pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de una cláusula en particular en la que los trabajadores se obligaban a *abstenerse de comunicar secretos industriales y comerciales* de la empresa [41] , esta entidad concluyó que *la empleadora actúa en el marco de la legislación vigente…la cláusula analizada es un acto estrictamente voluntario, por tanto ninguna consideración puede significar que el trabajador vea coartada su libertad de contratación, la que debe y puede ser ejercida en plenitud.*

3. Pacto exclusividad

[39] IGNACIO ALBIOL MONTESINOS…obra citada, pág.458

[40] MAGDALENA NOGUEIRA GUSTAVINO, ob. Cit. Pág.118

[41] Dictamen Dirección del Trabajo 1300/0059, de 3 de abril de 2001

El pacto de exclusividad, también llamado pacto de plena dedicación, es aquél que se celebra entre el empresario y el trabajador y en virtud del cual éste se compromete a ser empleado exclusivo de la empresa, impidiéndose de este modo el pluriempleo, es decir, que el trabajador tenga más de un trabajo, sea cual sea éste.

No resulta extraño indicar nuevamente que estamos en presencia de otro pacto no contemplado por la legislación laboral chilena. Sin embargo en la práctica es posible observar su utilización. En una oportunidad la Dirección del Trabajo, refiriéndose a una cláusula del contrato de trabajo en que el empleador *prohíbe a sus trabajadores, hasta por cinco años, trabajar o prestar servicios para empresas que exploten los procesos de inyección…u otras tecnologías de procesos que el empleador utilice en el futuro.* En su dictamen la Dirección del Trabajo estimó que esta cláusula adolece de inconstitucionalidad, por cuanto la Constitución Política en su artículo 19 N° 18 asegura a todas las personas *"la libertad de trabajo y su protección*", precisando en seguida que *"Ninguna clase de trabajo puede ser prohibida, salvo que se oponga a la moral, a la seguridad o a la salubridad públicas, o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así"*. Así la Dirección del Trabajo sostiene que resulta evidente que la prohibición que se pretende incorporar en estos contratos de trabajo, transgrede el ordenamiento jurídico, y de concretarse estaría expuesta a las reacciones jurisdiccionales y administrativas que contempla la Constitución y la ley para situaciones como la descrita.[42]

Lo anterior nos demuestra la urgente necesidad de legislar al respecto, ya que en la práctica se van a seguir dando situaciones como la aquí expuesta, es decir, la necesidad de los empresarios de protegerse frente a la competencia se va a seguir manifestando de esta forma en los contratos de trabajo, es una situación frente a la cual no podemos taparnos los ojos, por lo tanto lo más conveniente, para proteger a los trabajadores que se vean enfrentados a una situación así, me parece que es regular expresamente en la ley laboral esta clase de pactos. Cuando hablo de regularlos me refiero a que se permitan pero con ciertos límites, para así no vulnerar ciertos derechos de los trabajadores reconocidos constitucionalmente. En este sentido el caso español es un ejemplo posible de seguir. Nuevamente es el Estatuto de los Trabajadores español la norma que contiene la regulación del pacto de exclusividad o "pacto de plena dedicación" (denominación, esta última, que utiliza dicha norma). Al efecto el artículo 21.1 dispone que "*no podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando…se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.* Por su parte el artículo 21.3 establece: *"En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y* ***recuperar su libertad de trabajo*** *en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación"*.

A diferencia de lo que ocurre con la "prohibición de competencia desleal" que no impide el "pluriempleo" del trabajador siempre que dicha competencia desleal no se aprecie, el pacto de exclusividad sí que impide el pluriempleo, con independencia de que exista o no competencia, aunque su violación puede suponer incumplimiento no sólo del

[42] Dictamen Dirección del Trabajo 1300/0059, de 3 de abril de 2001

pacto de exclusividad, sino también de la prohibición de competencia desleal. [43]

El pacto de exclusividad así regulado permite sostener que un empresario que celebra este pacto con su trabajador no estaría vulnerando su libertad de trabajo, sino que sólo se le está restringiendo temporalmente, ya que el mismo trabajador tiene la posibilidad de recuperarla si así lo desea. Hay que dejar claro eso sí que la resolución del pacto de plena dedicación por el trabajador, hace que éste pierda la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación (por ejemplo derechos relativos al horario, vacaciones, jornada, etc.).

[43] IGNACIO ALBIOL MONTESINOS…obra citada, pág 465

X. REFORMA DEL PROCESO LABORAL CHILENO: Proyecto de ley que propone un nuevo mecanismo de tutela de los derechos fundamentales de los trabajadores

Ya se mencionó anteriormente la existencia de un proyecto de ley, contenido en un mensaje presidencial, que busca sustituir las normas sobre el actual procedimiento laboral por otras más innovadoras.

En el mensaje se señala que uno de los pilares centrales del proyecto apunta a potenciar la vigencia plena, en el ámbito jurídico laboral, de los derechos que el trabajador detenta no sólo en cuanto trabajador, sino que también en su condición de persona. Se trata, en definitiva, del posicionamiento de los derechos fundamentales como ejes de relaciones laborales plenamente democráticas. Dicha vigencia requiere, como condición necesaria, no sólo de un reconocimiento material, sino que también y ante todo de mecanismos de tutela jurisdiccional eficaces e idóneos. En el mensaje se estima que es de vital importancia, siguiendo de cerca las experiencias comparadas, diseñar un modelo concreto de tutela de los derechos fundamentales al interior de la empresa, a través de un procedimiento especial que dé cuenta de una serie de garantías procesales

conducentes a una adecuada y eficaz protección.

El proyecto reemplaza todo el Capítulo II del Título I y el Título II, del Libro V, del Código del Trabajo. Dentro de las modificaciones, encontramos cambios relativos a la competencia, a los principios formativos del procedimiento, al procedimiento de aplicación general, a la prueba, a los procedimientos especiales etc, pero la modificación que nos importa en esta oportunidad es la relativa a uno de los procedimientos especiales que, específicamente, se refiere al “Procedimiento de tutela de los derechos fundamentales”.

En la actualidad existe un procedimiento laboral que tiene por objeto brindar tutela al derecho a la libertad sindical, contemplado en los artículos 292 y siguientes (prácticas desleales o antisindicales) y 387 y siguientes (prácticas desleales en la negociación colectiva). En el proyecto, esta normativa es mantenida en sus aspectos esenciales, sustituyéndose el procedimiento de protección aplicable por el nuevo procedimiento contemplado en el párrafo 6º, el cual contempla un sistema omnicomprensivo de tutela de los diversos derechos fundamentales que pueden ser ejercidos en el ámbito de las relaciones laborales. Se trata en consecuencia, de un modelo que recoge, en sus definiciones fundamentales, la actual regulación legal que fuera largamente discutida y sancionada por el Congreso en la última reforma laboral, siendo el procedimiento especial que se contiene en este proyecto un perfeccionamiento y ampliación del marco de tutela a otros derechos fundamentales.

El procedimiento que se propone es sumarísimo: admitida la denuncia a tramitación, el juez debe citar al denunciante, al denunciado y a los presuntos afectados, a una audiencia única en plazos breves. La tramitación de estos procesos gozará de preferencia respecto de todas las demás causas que se tramiten ante el mismo tribunal.

En el contenido de la sentencia condenatoria, el proyecto apunta a retrotraer la situación al estado inmediatamente anterior de producirse la vulneración denunciada, siendo la nulidad el efecto propio y natural para este tipo de ilícitos. Adicionalmente, la sentencia deberá indicar concretamente las medidas tendientes a obtener la reparación de las consecuencias derivadas de la vulneración constatada, incluyendo la posibilidad de que se imponga el pago de una indemnización. [44]

[44] Mensaje de S.E. el Presidente de la República, Boletín N°3367-13, de septiembre de 2003.

XI. CONCLUSIÓN

Los pactos como el de permanencia, el de no competencia, el de exclusividad y el de no competencia post-contractual son métodos de reacción frente al fenómeno de competitividad de las empresas, que ha ido en aumento con el asentamiento de la economía de mercado y con el creciente desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, las que, como señalé en un principio, han generado, entre otros efectos, nuevas formas y condiciones de contratación en el ámbito laboral. Sin duda este fenómeno pone al trabajador en un plano muy incierto ya que como las formas de contratación van cambiando, lo usual es que la legislación, y por lo tanto la regulación de las relaciones laborales, sea modificada para adaptarse a los cambios de la realidad en forma posterior.

Debido a que el escenario al cual se ven enfrentados los derechos fundamentales en el marco de las relaciones laborales es distinto al que se enfrentan en las demás relaciones entre particulares (en la relación laboral las partes no están en igualdad de condiciones, el trabajador y sus derechos fundamentales están mucho más vulnerables a la hora de celebrar un contrato de trabajo), urge la necesidad de prestar particular atención a los derechos fundamentales de los trabajadores, sobretodo si no existe en nuestro ordenamiento jurídico un mecanismo especial de protección. Por ello pienso que hay que aplaudir la iniciativa del Presidente de la República al plantear, con el mensaje presentado hace unos meses a la Cámara de Diputados, la carente protección de los derechos fundamentales de los trabajadores. Sería un gran avance si se aprobare dicho proyecto, siendo el próximo paso a seguir un proyecto que proponga la regulación

de esta clase de pactos, y sobre la base de esta nueva protección, abrir el sistema normativo laboral hacia nuevas modalidades de contratación.

BIBLIOGRAFÍA

NANCY SIRVENT HERNÁNDEZ, *"El pacto de permanencia en la empresa",* Edit. Tirant lo Blanch y Universitst de Valencia, Valencia 2002.

Real Decreto Legislativo 1/1995 que aprueba el texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (texto equivalente al Código del Trabajo chileno).

Código del Trabajo

MARIO VERDUGO MARINKOVIC, EMILIO PFEFFER URQUIAGA, HUMBERTO NOGUEIRA ALCALA. *"Derecho Constitucional"*, Tomo I. Edit. Jurídica de Chile, 1994.

MAGDALENA NOGUEIRA GUSTAVINO. *"La Prohibición de Competencia Desleal en el Contrato de Trabajo"*. Editorial Aranzandi, 1997.

ENRIQUE EVANS DE LA CUADRA. *"Los Derechos Constitucionales"*. Tomo II. Edit. Jurídica de Chile. 1ª edición. 1986.

JORGE LÓPEZ SANTA MARÍA. *"Los Contratos. Parte General".* Pág.187. Edit. Jurídica de Chile. 1ª edición, 1986.

LAPORTA, F. (http://www.iepala.es/DDHH/ddhh35.htm).

MARTINEZ DE VALLEJO FUSTER, B.: "*Los Derechos Humanos como derechos fundamentales".* Fuente: página web www.iepala.es/DDHH/ddhh35.htm

MARTINEZ-PUJALTE, A.-L.: Los Derechos Humanos como derechos inalienables. Fuente: Página web www.iepala.es/DDHH/ddhh35.htm

ALFONSO VILLAHERMOSA IGLESIAS, *El derecho del empresario: la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución Española.* Fuente: Página web www.delitosinformaticos.com/ciberderechos/usocorreo4.shtml

HERNÁN FRANCISCO RODRIGUEZ FLORES, PAULA ELIZABETH VAZQUEZ GONZALEZ. “Teoría de las cláusulas tácitas y jurisprudencia”. Tesis U. de Chile, año 2000

LUIS LIZAMA PORTAL y JOSÉ LUIS UGARTE CATALDO, *“Interpretación y derechos fundamentales en la empresa”,* Editorial Jurídica Conosur, año 1998.

HECTOR HUMERES MAGNAN, *“Derecho del trabajo y de la seguridad social”*, Editorial Jurídica de Chile. Año1977

Dictamen de la Dirección del Trabajo Nº5620/300, de 22 de septiembre de 1997

Dictamen Dirección del Trabajo 1300/0059, de 3 de abril de 2001

Mensaje de S.E. el Presidente de la República, Boletín N°3367-13, de septiembre de 2003.